



4ta. Edición
Aumentada y anotada
con la jurisprudencia
del Tribunal
Supremo de Justicia
hasta marzo 2004

LA CONSTITUCIÓN DE 1999

DERECHO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO

Tomo I

(Con el texto oficial de la Constitución
publicado inicialmente en la *Gaceta Oficial* No. 36.860 de 30-12-1999
y reimpresso posteriormente, con correcciones,
en la *Gaceta Oficial* No. 5.453 Extra. del 24-3-2000)

Allan R. Brewer-Carías

Caracas, 2004

Apenas fue sancionada la nueva Constitución de 1999, la Editorial Jurídica Venezolana solicitó al Profesor Allan R. Brewer-Carías publicar su libro sobre LA CONSTITUCIÓN DE 1999, el cual fue elaborado materialmente cuando la tinta de la Gaceta Oficial del 30 de diciembre de 1999, que contenía el texto constitucional, aún no se había secado. Dicha obra rápidamente se convirtió en el libro de consulta obligada sobre el nuevo texto constitucional, con tres ediciones y múltiples reimpressiones.

En la nueva Constitución se habían introducido importantes cambios institucionales que debían ser conocidos de inmediato, y a su divulgación se dedicó dicho libro: por ejemplo, se había creado una Asamblea Nacional de carácter unicameral para ejercer el Poder Legislativo Nacional, eliminándose el Senado; se había creado la figura del Vicepresidente Ejecutivo; se había creado un Tribunal Supremo de Justicia, con dos nuevas Salas, la Electoral y la Constitucional, al cual, además, se le atribuyó el gobierno y administración del Poder Judicial, eliminándose al Consejo de la Judicatura; la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República, junto con el Defensor del Pueblo, que se creó en el nuevo Texto, pasaron a formar el Poder Ciudadano como una rama del Poder Público Nacional, al igual que el Poder Electoral, éste atribuido al Consejo Nacional Electoral. Además, se introdujeron importantes modificaciones al régimen de las Fuerzas Armadas Nacionales las cuales se uniformizaron en una sola Fuerza; y se regularon aspectos nuevos, como los relativos a la Seguridad de la Nación y a la política macroeconómica.

Adicionalmente, la nueva Constitución estableció un amplio elenco de deberes y derechos de las personas y de los ciudadanos, adquiriendo, incluso, rango constitucional todos los declarados en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos.

A nivel estatal, en el marco de la Federación se centralizó su concepción, sometiéndose a los Consejos Legislativos Estadales a regulación legislativa nacional; y a nivel municipal se dispuso un régimen de diferenciación de regímenes, aún no ejecutado, pero que podría originar importantes reformas que podrían asegurar mayor participación política. Un nuevo Consejo Federal de Gobierno se reguló, con carácter intergubernamental, para dirigir el proceso de descentralización, pero tampoco ha entrado en funcionamiento.

El sistema democrático, además, en el texto formal de la Constitución encontró provisiones que podrían perfeccionarlo, al regularse adicionalmente a los mecanismos de la democracia representativa, otros de democracia directa, como los referendos consultivos, aprobatorios, abrogatorios y revocatorios.

LA CONSTITUCIÓN DE 1999

COLECCIÓN TEXTOS LEGISLATIVOS

Titulos publicados

1. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, con Estudios de Allan R. Brewer-Carías, Hildegard Rondón de Sansó y Gustavo Urdaneta Troconis, Caracas, 13ª Ed., actualizada, 2004, 268 pp.
2. *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, con Estudios de Alberto Arteaga S., Allan R. Brewer-Carías, Humberto Njaim y Manuel Rachadell, Caracas, 3ª Ed., 1989, 256 pp.
3. *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, con Estudios de Allan R. Brewer-Carías, Caracas, 3ª Ed., 1991, 144 pp.
4. *La Constitución y sus Enmiendas*, con Estudios de Allan R. Brewer-Carías, Caracas, 3ª Ed. actualizada, 1991, 218 pp.
5. *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, con Estudios de Allan R. Brewer-Carías y Carlos M. Ayala Corao, Caracas, 5ª. Ed. 1996, 217 pp.
6. *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, con Estudios de Allan R. Brewer-Carías, Cecilia Sosa Gómez, Carlos M. Ayala Corao y Humberto Romero-Muci, Caracas, 3ª Ed. 1989, 280 pp.
7. *Ley Orgánica del Régimen Municipal*, con introducción general de Allan R. Brewer-Carías, 1988, 256 pp.
8. *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, con Estudios de Allan R. Brewer-Carías, y Josefina Calcaño de Temeltas, Caracas, 3ª Ed. actualizada 1994, 359 pp.
9. *Ley de Mercado de Capitales*, con Estudio de Hugo Nemirovsky, 1989, 690 pp.
10. *Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989*, con Estudios de Allan R. Brewer-Carías, Hildegard Rondón de Sansó y Carlos M. Ayala Corao, Caracas, 2ª Ed. ampliada, 1994, 379 pp.
11. *Leyes y Reglamentos para la Descentralización Política de la Federación*, con Estudios de Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao, Jorge Sánchez Mellen, Gustavo José Linares Benzo y Humberto Romero-Muci, 3ª Ed. actualizada, Caracas, 1995, 445 pp.
12. *Código de Derechos Humanos*, Compilación y Estudio preliminar de Pedro Nikken, 1991, 632 pp.
13. *Ley Orgánica del Sufragio*, con Estudio de Allan R. Brewer-Carías, Caracas, 1993, 241 pp.
14. *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, con Estudios de Allan R. Brewer-Carías, Gustavo Linares Benzo, Luis A. Ortiz Alvarez y Faustino Flamarique Riera, Caracas, 1996, 250 pp.
15. *Ley Orgánica de la Justicia de Paz*, Victorino, Marquez F., Julio C. Fernández T., Marcos R. Carrillo P., Eva Josko de Güeron, Julio Andrés, Borges, Carlos E., Ponce S. María Elena, Sandia de Segnini, 1era. Ed., Caracas, 1996, 329 pp.
16. *Legislación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ricardo Antequera P. y Gileni, Gómez Muci, 1ra. Ed., Caracas, 1998, 464 pp.
17. *Comentarios analíticos al Código Orgánico Tributario*, José Andrés, Octavio, 1ra. Edición, Caracas, 1998, 413 pp.
18. *Legislación sobre propiedad industrial*, Gileni Gómez Muci y Ricardo Antequera Parilli, Caracas, 1999, 346 pp.
19. *Código Penal de Venezuela*, Belén Pérez Chiriboga, Caracas, 2000, 936 pp.
20. *La Constitución de 1999*, Allan R. Brewer-Carías, 1ra. Edición, Caracas, Enero 2000, 429 pp; 2da. Ed., Caracas, Junio 2000, 505 pp; 3ra. Edición (reimpresión), Caracas, Julio 2001, 505 pp; 4ta Edición, Caracas, 2004, 1.190 pp.
21. *Régimen Legal de las Concesiones Públicas aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, Alfredo Romero Mendoza (coordinador), Jesús Caballero Ortiz, Manuel Rachadell, Víctor R. Hernández-Mendible, Chris Brown, Christian C.D. Petersen, Andrés Germán Otero L., José Gómez Oriol, Antonio Vives Llabres y Prólogo de Allan R. Brewer-Carías, Caracas, 2000, 241 pp.
22. *El Régimen Legal de las ofertas públicas de adquisición de acciones y de tomas de control de empresas*, Allan R. Brewer-Carías, Caracas, 2000, 150 pp.
23. *Leyes sobre los servicios públicos domiciliarios agua, electricidad, gas*, María Elena Sandia de Segnini, José Araujo-Juarez, Oscar A. Rodríguez Pacanins y Jorge A. Neher, Caracas, 2001, 266 pp.
24. *Ley Orgánica de la Administración Pública*, por Allan R. Brewer-Carías y Rafael Chavero Gazdik, Caracas, 2002, 234 pp.
25. *Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento*, María Elena Sandia de Segnini, Caracas, 2002, 129 pp.
26. *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social*, Allan R. Brewer-Carías, Gustavo Linares Benzo, Dolores Aguerrevere Valero y Caterina Balasso Tejera, Caracas, 2002, 201 pp.
27. *Ley del Estatuto de la Función Pública*, Gustavo Briceño Vivas y Joaquín Bracho Dos Santos, Caracas, 2004, 139 pp.

ALLAN R. BREWER-CARIÁS

Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela
Individuo de Número de la Academia de
Ciencias Políticas y Sociales
Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente 1999

LA CONSTITUCIÓN DE 1999

DERECHO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO

**(Con el texto oficial de la Constitución publicado
inicialmente en la *Gaceta Oficial* N° 36.860 de 30-12-1999
y reimpresso posteriormente, con correcciones,
en la *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extra. del 24-3-2000)**

TOMO I

Cuarta Edición

**Aumentada y anotada con la jurisprudencia del
Tribunal Supremo de Justicia hasta marzo de 2004**

**COLECCIÓN TEXTOS
LEGISLATIVOS
N° 20**

**Editorial Jurídica Venezolana
Caracas, 2004**

© by Allan R. Brewer-Carías

Email: abrewer@bblegal.com

Hecho el Depósito de Ley

Depósito Legal: lf5402004340826

ISBN: 980-365-074-2

Primera Edición: Editorial Arte

Segunda Edición (Revisada y actualizada): Editorial Jurídica Venezolana y Editorial Arte,

Tercera Edición (Reimpresión: Editorial Jurídica Venezolana y Editorial Arte

Cuarta Edición (Aumentada y anotada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia hasta marzo de 2004): Editorial Jurídica Venezolana

Editorial Jurídica Venezolana

Torre Oasis, Av. Francisco Solano López,

P.B., Local 4, Sabana Grande

Apartado Postal 17.598, Caracas 1015-A, Venezuela

T: 762-25-53/762 38 42

Fax: 763 52 39

Email: fejv@cantv.net

Página web: www.editorialjuridicavenezolana.com.ve

Diagramación, y montaje por Francis Gil G.

Times New Roman 10,5. Interlineado Exacto 11, Mancha 19,5 x 12,5.

CONTENIDO GENERAL

TOMO I

PRIMERA PARTE

LOS CONDICIONANTES POLÍTICOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

- I. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA POLÍTICO Y LA NECESIDAD DE RECONSTRUIR LA DEMOCRACIA
- II. LA CRISIS DEL SISTEMA POLÍTICO DE ESTADO DEMOCRÁTICO CENTRALIZADO DE PARTIDOS
- III. LA POSIBILIDAD DE LA VÍA DEMOCRÁTICA PARA EL CAMBIO POLÍTICO Y LA CONFIGURACIÓN JUDICIAL DEL PROCESO CONSTITUYENTE
- IV. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999
- V. EL FRACASO DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999 COMO INSTRUMENTO DE CONCILIACIÓN

SEGUNDA PARTE

LA CONSTITUCIÓN Y SU SUPREMACÍA

- I. LAS FUNCIONES DE LA CONSTITUCIÓN
- II. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL
- III. LA IMPERATIVIDAD Y OBLIGATORIEDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y EL PRINCIPIO DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL
- IV. EL PODER DEROGATORIO DE LA CONSTITUCIÓN
- V. LA GARANTÍA OBJETIVA DE LA CONSTITUCIÓN: LA NULIDAD DE LOS ACTOS INCONSTITUCIONALES
- VI. LA VIGENCIA PERMANENTE DE LA CONSTITUCIÓN Y EL RÉGIMEN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN
- VII. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

TERCERA PARTE

LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO: LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y DEL SISTEMA POLÍTICO

- I. LAS IDEAS DEL PREÁMBULO
- II. LA REPÚBLICA Y LOS FUNDAMENTOS DEL ESTADO

- III. EL TERRITORIO NACIONAL Y DEMÁS ESPACIOS GEOGRÁFICOS DEL ESTADO
- IV. LA FORMA DEL ESTADO
- V. LA SOBERANÍA POPULAR Y EL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO
- VI. EL ESTATUTO DE LAS PERSONAS Y DE LOS CIUDADANOS
- VII. EL SISTEMA POLÍTICO DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y PARTICIPATIVA
- VIII. LA ACTUACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO
- IX. EL RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD Y DEFENSA DE LA NACIÓN

CUARTA PARTE

LA CONSTITUCIÓN DEL PODER PÚBLICO

- I. LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER PÚBLICO: NACIONAL, ESTADAL Y MUNICIPAL
- II. LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES
- III. RÉGIMEN DEL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO EN LOS TRES NIVELES TERRITORIALES

QUINTA PARTE

LA CONSTITUCIÓN FEDERAL:

LA DISTRIBUCIÓN DEL PODER PÚBLICO EN UN MARCO CENTRALISTA

- I. LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO FEDERAL
- II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO
- III. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO ESTADAL
- IV. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL
- V. APRECIACIÓN FINAL SOBRE LA CONTRADICCIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE FEDERALISMO Y CENTRALISMO

SEXTA PARTE

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA:

LA SEPARACIÓN ORGÁNICA DE PODERES Y SUS LIMITANTES

- I. LA ORGANIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO NACIONAL
- II. EL PODER LEGISLATIVO NACIONAL: LA ASAMBLEA NACIONAL
- III. EL PODER EJECUTIVO NACIONAL
- IV. EL PODER JUDICIAL
- V. EL PODER CIUDADANO
- VI. EL PODER ELECTORAL

SÉPTIMA PARTE

**LA CONSTITUCIÓN DE LAS PERSONAS:
DERECHOS, LIBERTADES Y DEBERES**

- I. EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
- II. LOS DERECHOS INDIVIDUALES
- III. LOS DEBERES CONSTITUCIONALES

TOMO II

OCTAVA PARTE

LA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS

- I. EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
- II. LAS GARANTÍAS JUDICIALES: EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA, EL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
- III. EL DERECHO Y LA ACCIÓN DE AMPARO
- IV. LA ACCIÓN DE *HABEAS CORPUS*
- V. LA ACCIÓN DE *HABEAS DATA*

NOVENA PARTE

LA CONSTITUCIÓN SOCIAL

- I. EL ESTADO SOCIAL Y LOS DERECHOS SOCIALES
- II. LOS DERECHOS SOCIALES Y DE LAS FAMILIAS
- III. LOS DERECHOS LABORALES
- IV. LOS DERECHOS CULTURALES Y EDUCATIVOS
- V. LOS DERECHOS AMBIENTALES
- VI. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
- VII. LOS PROBLEMAS DE UNA CONSTITUCIÓN SOCIAL CONCEBIDA PARA EL PATERNALISMO Y EL POPULISMO

DÉCIMA PARTE

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA

- I. PRINCIPIOS DEL SISTEMA ECONÓMICO
- II. EL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS
- III. EL RÉGIMEN DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA
- IV. EL RÉGIMEN FISCAL Y ECONÓMICO DEL ESTADO
- V. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO
- VI. EL RÉGIMEN DE LOS BIENES PÚBLICOS

DÉCIMA PRIMERA PARTE

**LA CONSTITUCIÓN GARANTIZADORA DE LA CONSTITUCIÓN:
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

- I. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL
- II. LOS MÉTODOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD
- III. LOS INSTRUMENTOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
- IV. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: LA SALA CONSTITUCIONAL
- V. LA POTESTAD JUDICIAL DE INTERPRETAR LA CONSTITUCIÓN Y LOS EFECTOS VINCULANTES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL

DÉCIMA SEGUNDA PARTE

EL RÉGIMEN TRANSITORIO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

- I. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA CONSTITUCIÓN
- II. EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS CON MOTIVO DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN
- III. EL RÉGIMEN TRANSITORIO SOBRE LOS PODERES PÚBLICOS ESTABLECIDO POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DESPUÉS DE LA APROBACIÓN POPULAR DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN Y NO PREVISTO EN ELLA
- IV. EL DOBLE RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LA PROLONGACIÓN DE LA TRANSITORIEDAD CONSTITUCIONAL

DÉCIMA TERCERA PARTE

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

DÉCIMA CUARTA PARTE

TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN (ENERO 2000)

La Constitución de 1999 es, o bien la última del cuarto período de la historia política de Venezuela, o la primera del quinto período de la República. Eso lo dirá el tiempo.

Lo cierto, en todo caso, es que se ha dictado en un momento constituyente excepcional, por tanto, de crisis terminal del sistema político de Estado Centralizado de Partidos que se inició en 1945, y que marcó el cuarto de los grandes períodos políticos constitucionales de nuestra historia.

En efecto, la conformación político-constitucional del Estado en Venezuela se ha realizado a través de un largo período, de casi dos siglos, que separa en la actualidad a nuestro país de la ruptura política con España (1810). Durante dicho lapso, el Estado venezolano independiente, formalmente ha estado regido por 26 textos constitucionales, los cuales fueron sancionados, sucesivamente, en los años 1811, 1819, 1821, 1830, 1857, 1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1931, 1936, 1945, 1947, 1953, 1961 y 1999.

Este excesivo número de textos constitucionales, sin embargo, no significa que en nuestro país haya habido, literal y jurídicamente hablando, 26 "Constituciones" diferentes^(). En realidad, la gran mayoría de dichos textos sólo fueron meras enmiendas o reformas parciales de los precedentes, muchas provocadas por factores circunstanciales del ejercicio del Poder, que no incidieron sobre aspectos sustanciales del hilo constitucional. Sin embargo, al no existir en nuestra tradición constitucional, salvo en el texto de 1961, el mecanismo formal de la "Enmienda", aquellas reformas parciales dieron origen a la publicación sucesiva de Constituciones como si fueran totalmente diferentes unas de otras, pero de contenido casi idéntico.*

Por otra parte, estrictamente hablando, en realidad hemos tenido muchos más actos constitucionales que los 26 textos fundamentales, los cuales en más de una ocasión no se sucedieron formalmente unos a otros. Las múltiples rupturas del hilo constitucional entre 1812 y 1899 y luego entre 1945 y 1958, por revoluciones sucesivas, hicieron aparecer "actos constitucionales" diversos y particulares cuyo análisis complementa la evolución constitucional.

En todo caso, del análisis global de todas estas Constituciones y actos constitucionales en nuestra evolución política, lo que se pone en evidencia es que regímenes cons-

(*) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, 1.210 pp.

*titucionales derivados de verdaderos pactos políticos de la sociedad, diferentes sustancialmente unos de otros, puede decirse que sólo hemos tenido los siguientes cuatro grandes periodos políticos^(**):*

El primer periodo (1811-1863) corresponde al de la estructuración del Estado independiente y autónomo que comprende dos lapsos: en primer lugar, el que correspondió a las Constituciones del proceso primario de formación del Estado independiente (1811-1819), incluso como formando parte de la Gran Colombia (1821); y en segundo lugar (1830-1863), el marcado por la Constitución que consolidó la República Autónoma (1830) y conservadora, con un esquema semi centralizado, con reformas parciales en dos oportunidades (1857-1858). Este periodo concluyó con las guerras federales (1858-1863).

El segundo periodo (1863-1901), corresponde a la federalización del Estado, que se inició con la Constitución que configuró el Estado Federal (1864), en cuyo marco se desarrolló la autocracia liberal, con modificaciones parciales en múltiples ocasiones (1874, 1881, 1891, 1893). Este periodo concluyó con la Revolución Liberal Restauradora (1899) y las guerras libradas contra los caudillos regionales.

El tercer periodo (1901-1945) corresponde a la consolidación del Estado Nacional, signado por las Constituciones que dieron forma al Estado centralizado y autocrático (1901, 1904, 1909, 1914, 1922) con su versión más acabada producto de la dictadura petrolera (1925), reformada, luego, parcialmente, en varias ocasiones (1928, 1929, 1931), incluso al final de la época del predominio de los gobernantes andinos (1936-1945). Este periodo concluyó con la Revolución de Octubre de 1945.

El cuarto periodo (1945-1999) corresponde a la democratización del Estado Petrolero, signado por la Constitución de 1947, la cual a pesar de su corta vigencia, inspiró al texto de 1961. Este periodo comprende la etapa inicial del populismo (1945-1948), el interregno militarista del gobierno (1948-1958) y el periodo del Estado Democrático Centralizado de Partidos que comenzó en 1958 y que se desarrolló al amparo del texto constitucional 1961 hasta la reforma constitucional de 1999.

*En los cambios políticos radicales que permitieron pasar de cada uno de esos periodos constitucionales a otro, siempre intervinieron Asambleas Constituyentes^(***); es decir, cuerpos de representantes convocados con el objeto de constituir o reconstituir el Estado, o establecer o restablecer la organización política de la sociedad dada.*

Ahora bien, en sentido estricto, podría decirse que sólo hemos tenido dos Asambleas efectivamente Constituyentes: el Congreso General de 1811 reunido en Caracas con el objeto de constituir el Estado venezolano independiente de la Corona Española con la sanción de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela 21-12-1811; y el Congreso Constituyente convocado en Valencia, en 1830, por el General José Antonio Páez, para constituir el Estado venezolano separado de la Gran Colombia, y la sanción de la Constitución del Estado venezolano (22-9-1830). Con esas dos Constituciones se desarrolló el señalado primer periodo de nuestra historia política: el del Estado Semicentralizado (1811-1864).

(**) Ha sido, en esta forma, como hemos analizado la evolución político-constitucional del Estado Venezolano: Véase Allan R. Brewer-Carías, *Evolución histórica del Estado*, Tomo I, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, 715 p.

(***) Véase Allan R. Brewer-Carías, "Las Asambleas Constituyentes en la Historia de Venezuela", *El Universal*, Caracas, 08-09-98, pp. 1-5.

Una vez constituido el Estado venezolano independiente y autónomo a partir de 1830, ha habido muchas otras Asambleas Constituyentes pero no en el sentido estricto de "constituir" un Estado, sino de reconstituir un sistema político en crisis y reformar la Constitución, lo que en toda nuestra historia política siempre ha ocurrido, en general, después de una ruptura de hilo constitucional.

En efecto, la Constitución de 1830 fue reformada por el Congreso en 1857 conforme al procedimiento que preveía la misma (art. 227). Posteriormente, como consecuencia del golpe de Estado contra el gobierno del Presidente José Tadeo Monagas, con la denominada Revolución de Marzo de 1858 comandada por Julián Castro, se convocó a una Gran Convención Nacional reunida en Valencia que sancionó la Constitución de 31-12-1858.

Fue como consecuencia de la anulación de dicha Constitución de 1858 por José Antonio Páez, en 1862, y de las Guerras Federales, que la Asamblea Constituyente reunida en Caracas en 1864, sancionó la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (13-4-1864), con la cual se inició el indicado segundo periodo constitucional de Venezuela, el del Estado Federal (1864-1901).

Después de múltiples vicisitudes políticas que afectaron la vigencia de la Constitución de 1864, como la Revolución Azul de 1868 comandada por José Tadeo Monagas y la Revolución de Abril de 1870 comandada por Antonio Guzmán Blanco; conforme a sus normas (art. 122) el Congreso modificó, en 1874, la Constitución de 1864. Igual sucedió después de la Revolución Reivindicadora comandada por Guzmán Blanco en 1879, correspondiendo al Congreso modificar de nuevo, en 1881, la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (27-4-1881).

El Congreso volvió a reformar la Constitución, conforme al artículo 118 de la reforma de 1881, en 1891, y luego de la Revolución Legalista de 1892 comandada por Joaquín Crespo, se convocó una Asamblea Nacional Constituyente que se reunió en Caracas en 1893, la cual sancionó la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1893 (21-6-1893).

Luego de la Revolución Liberal Restauradora comandada por Cipriano Castro en 1899, en 1900 se convocó una Asamblea Nacional Constituyente que sancionó la Constitución de 1901 (29-3-01), con lo que se inició el ya indicado tercer periodo constitucional de Venezuela, el del Estado Centralizado Autocrático (1901-1945).

Después de la Revolución Reivindicadora comandada por Manuel Antonio Matos, y del triunfo militar de Gómez contra los caudillos liberales, en 1904 el Congreso asumió las funciones, facultades y derechos que correspondían al Poder Constituyente, y sancionó la Constitución de 1904. Posteriormente con la definitiva asunción del poder por Gómez y el exilio de Castro, conforme lo preveía la Constitución de 1904 (art. 127), el Congreso enmendó la Constitución en 1909.

La consolidación de Juan Vicente Gómez en el poder originó la convocatoria de un Congreso de Diputados Plenipotenciarios que promulgó un Estatuto Constitucional Provisorio de 1914 y luego sancionó la Constitución de 1914 (19-6-1914). Dicha Constitución, como lo establecía su texto, (art. 130), fue enmendada o reformada en varias ocasiones durante el régimen de Gómez, en 1922, 1925, 1928, 1929 y 1931. Luego de su muerte, en diciembre de 1935, la Constitución fue objeto de otras reformas por el Congreso, en 1936 (20-7-1936) durante el gobierno del General Eleazar López Contre-ras; y en 1945, durante el gobierno del General Isaias Medina Angarita (5-5-1945).

El 18 de Octubre de 1945 estalló la Revolución de Octubre comandada por militares con la participación del Partido Acción Democrática. La Junta Revolucionaria de Gobierno convocó, en 1946 la elección de una Asamblea Constituyente que se reunió en Caracas y sancionó la Constitución de 1947 (5-7-1947), iniciándose en esta forma el cuarto de los mencionados periodos políticos de nuestra historia, el del Estado Democrático Centralizado.

El 24 de noviembre de 1948, sin embargo, se produjo un golpe de Estado contra el gobierno del Presidente Gallegos, disponiendo la Junta Militar en el Acta de Constitución del Gobierno Provisorio la aplicación de la Constitución de 1936, reformada en 1945. Se instaló así un régimen militar en cuyo marco, en 1953, se eligió una Asamblea Constituyente de los Estados Unidos de Venezuela, que sancionó la Constitución de 1953 (15-4-1953).

Luego de un nuevo golpe de Estado provocando una revolución democrática, en 1958, la Junta Militar y la subsiguiente Junta de Gobierno asumieron el poder, continuando en aplicación la Constitución de 1953, hasta que el Congreso electo popularmente ese mismo año 1958, conforme a dicho texto (art. 140 y sigts.), reformó totalmente la Constitución, sancionando la Constitución del 23-1-1961, que tuvo como modelo la de 1947 y que estuvo en vigencia hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1999.

Del panorama histórico antes descrito, resulta que después de las dos iniciales Asambleas constituyentes del Estado venezolano independiente (1811) y autónomo (1830), que dieron inicio al primer periodo político de nuestra historia la del Estado Semicentralizado (1811-1864); todas las otras Asambleas Constituyentes posteriores, con excepción de la de 1999, fueron consecuencia de golpes de Estado o Revoluciones. Así sucedió con la Asamblea Constituyente de 1858, dentro de dicho primer periodo histórico, que concluyó con las Guerras Federales (1858-1863).

Como resultado de estas guerras, se celebró la Asamblea Constituyente de 1864 que dio inicio al segundo periodo de nuestra historia política que fue la del Estado Federal (1864-1901). En ese periodo, luego de la Revolución Legalista de 1892 se celebró la Asamblea Constituyente de 1893, concluyendo el periodo con la Revolución Liberal Restauradora (1899).

Como resultado de esa Revolución, se dio inicio al tercer periodo histórico de la vida política venezolana, la del Estado Autocrático Centralizado, con la Asamblea Constituyente de 1901. En ese periodo histórico, en 1904 el Congreso asumió el Poder Constituyente reformando la Constitución, concluyendo dicho periodo con la Revolución de Octubre de 1945.

Como resultado de esta Revolución, se inició el cuarto periodo de nuestra historia política, el del Estado Democrático Centralizado con la Asamblea Constituyente de 1947, y la reconstitución del sistema político con la Revolución Democrática de 1958.

Cuarenta y un años después, en medio de la crisis del sistema político establecido en 1945 y reestablecido en 1958, resultaba inevitable una nueva reconstitución del sistema político y del Estado. Por primera vez en nuestra historia se planteó claramente la posibilidad de convocar una Asamblea Constituyente pero en democracia para, precisamente, evitar la ruptura del hilo constitucional y reconstituir el sistema político en libertad. Los venezolanos de estos tiempos, en un país democratizado como el nuestro, no nos merecíamos tener que soportar una ruptura del hilo constitucional, para que luego se tuviera que convocar la Asamblea Constituyente.

*En este contexto, por tanto, la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, se configuró como un hecho inédito en nuestra historia política. Por ello, puede decirse que la Constitución del 30 de diciembre de 1999^(****), es la primera que es producto de una Asamblea Nacional Constituyente electa democráticamente en medio de un proceso de cambio político radical que está experimentando el sistema político.*

Si es la última del cuarto de los periodos político-republicanos o la primera del quinto periodo histórico político del país, como antes señalamos, ello sólo lo dirá la historia.

En todo caso, su aprobación, mediante el referéndum del 15-12-99, se efectuó con una votación afirmativa de 3.301.475 votantes, contra una votación negativa de 1.298.105 votantes; es decir, 71,78% de votos "sí" contra 28,22% de votos "no". Sin embargo, la abstención electoral alcanzó un porcentaje del 55,62%, es decir, que de los 10.860.789 electores inscritos, sólo concurrieron a votar 4.819.786 electores, y se abstuvieron de votar 6.044.003 electores.

Ello significa, en realidad, que la nueva Constitución fue aprobada sólo por 3.301.475 de los 10.860.789 votantes inscritos en el Registro Electoral, es decir, se trata de un texto constitucional aprobado sólo por el 32% de los venezolanos con derecho a voto.

En todo caso, este libro tiene por objeto analizar la Constitución de 1999, lo cual haremos en las siguientes partes: En la primera parte, estudiaremos los condicionantes políticos de la Constitución; en la segunda parte, analizaremos los principios fundamentales de la organización del Estado y el sistema político contenidos en el texto; en la tercera, cuarta y quinta partes, nos referiremos a la Constitución Política, la Constitución social y la Constitución Económica en el texto constitucional; en la sexta parte, estudiaremos los sistemas de protección y garantía de la Constitución; y en la séptima parte, analizaremos el régimen transitorio en el texto fundamental.

No puedo dejar de testimoniar, al terminar esta obra, mi renovado agradecimiento a mis secretarías Arelis Torres, Francis Gil y Mirna Pinto, por toda la colaboración que me prestaron en la transcripción de mis manuscritos, lo que hicieron en buena parte, durante las fiestas navideñas de 1999. Asimismo, a mis asistentes, abogado María Fernanda Valdes y licenciada Yajaira Andueza, por la cuidadosa lectura de las transcripciones de los textos. Francis, además, preparó el arte final del libro, como siempre, impecable.

Por otra parte, redactar este libro en tan breve tiempo, ha constituido un esfuerzo muy intenso que tenía la obligación de asumir, por mi participación directa en el proceso constituyente. Mi deseo es que sea de utilidad para quienes se interesen en la nueva Constitución, para leerla y entenderla.

Caracas, 7 de enero de 2000

(****) Citamos la Constitución por la fecha de su promulgación. La Constitución, en todo caso, se aprobó por la Asamblea Nacional Constituyente el 16-11-99 y por referéndum aprobatorio el 15-12-99; se proclamó el 20-12-99 y se publicó en *Gaceta Oficial* (en lo adelante *G.O.*), N° 36.860 de 30-12-99.

NOTA A LA SEGUNDA Y TERCERA EDICIÓN

*La primera edición de esta obra, de 10.000 ejemplares, se agotó rápidamente. En la misma se publicó el texto constitucional contenido en la **Gaceta Oficial** N° 36.860 del 30-12-99.*

*En esta segunda edición, revisada y actualizada, se completan los comentarios sobre el régimen transitorio constitucional, conforme a lo resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia de 28-3-2000 (Caso: Allan R. Brewer-Carías y otros) y se publica el nuevo texto de la Constitución conforme a la **Gaceta Oficial** N° 5453 de 24-3-2000, incorporándose también, el texto de la Exposición de Motivos publicada, por primera vez, en dicha **Gaceta Oficial**. Dicho texto no fue sometido al referéndum aprobatorio del 15-12-99, por lo que no puede considerarse como aprobado.*

Caracas, 12 de abril de 2000

NOTA A LA CUARTA EDICIÓN (2004)

La Segunda Edición de esta obra, y su reimpresión como Tercera Edición, se agotaron rápidamente. Durante los tres últimos años, sin embargo, no habíamos autorizado nuevas reimpresiones pues considerábamos que la obra debía previamente ser actualizada.

Las ediciones de 1999 y de 2000, habían cumplido su cometido de tratar de explicar la nueva normativa constitucional por uno de los que habían participado, como Constituyente en la elaboración de la misma, tal como había sido plasmada en el Texto Constitucional. Pero en los últimos años, demasiadas decisiones se habían dictado por el Tribunal Supremo, y demasiados otros actos estatales habían emanado de los órganos de los Poderes Públicos, el estudio de los cual nos imponía la necesidad de proceder a una actualización del texto. La inestabilidad político-constitucional que el país ha vivido bajo la vigencia de la nueva Constitución, sin embargo, como ha sucedido en relación con todos los aspectos de la vida cotidiana de los venezolanos, también nos había afectado a quienes dedicamos buena parte de nuestro tiempo vital a leer, investigar y escribir. Durante estos años, además, el interés lo habíamos enfocado hacia otros campos de análisis e investigación durante nuestra estadía como Profesor Visitante en la Universidad de Columbia en Nueva York, todo lo cual provocó el retraso en la preparación y la aparición de esta Cuarta Edición.

*Pero nunca es tarde, y menos cuando los últimos cuatro años transcurridos desde que entró en vigencia la Constitución, han permitido ahora, presentar un texto que es casi un **Derecho Constitucional Venezolano**, actualizado y acotado con la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo de Justicia, y particularmente de la Sala Constitucional, la cual ha sido abundantísima.*

Pero el retraso en la aparición de esta Cuarta Edición, lo que sí originó fue que lamentablemente la obra haya sido copiada ilegalmente ("fusilada" en el argot editorial) en múltiples ediciones y en forma no autorizada. A pesar de todo lo que dice la Ley sobre Derecho de Autor, los editores, lamentablemente, nada pudieron hacer en el "Estado de Justicia" que regula el texto constitucional y que, por lo visto, no se ocupa de esos derechos. En todo caso, esas ediciones ilegales, si bien lograron reproducir con alguna exactitud la carátula del libro, su ilegitimidad quedó evidenciada en el grosor del libro, lo que derivó del tipo de papel utilizado por sus hacedores. En ello no tuvieron cuidado en su afán de ganancia, desmejorando la calidad de la edición original. En todo caso, y a pesar de ello, si bien esa ilegítima acción perjudicó a los editores,

como autor, en el fondo y en medio de la frustración por la falta de justicia, cierta satisfacción aparece por que evidencia la demanda que había respecto del libro.

Debemos recordar que después de publicadas la Segunda y Terceras Ediciones del libro, en las cuales incorporamos el texto constitucional contenido en la **Gaceta Oficial** N° 5453 Extraordinario de 24-3-2000, junto con la Exposición de Motivos que había sido publicada por primera vez en dicha **Gaceta Oficial**, en junio de 2003 se anunció en la prensa (**El Universal**, Caracas 13-6-2003) que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia había decidido el recurso de interpretación que había sido interpuesto por el Fiscal General de la República para determinar cuál era la publicación válida de la Constitución (si la de diciembre de 1999 o la de marzo de 2000), ya que en la edición de marzo de 2000 se había introducido algunos cambios que podían calificarse como sustanciales. Sin embargo, la publicitada sentencia, en la cual supuestamente se había indicado que el texto constitucional supuestamente válido sería el que se había publicado originalmente, nunca se incorporó al expediente respectivo. La Sala, en todo caso, en sus sentencias, ha continuado citando la versión publicada en la **Gaceta Oficial** N° 36.860 del 30-12-99.

Por ello, y ese es uno de los signos distintivos de esta edición, el texto que se publica sigue siendo el de la **Gaceta Oficial** N° 5453 Extraordinario de 24-3-2000, pero con la indicación al pie de página en cada uno de los artículos que fueron objeto de modificación sustanciales respecto del texto publicado en la **Gaceta Oficial** N° 36.860 del 30-12-99 de la modificación correspondiente.

En esta edición, además, hemos modificado la estructura y sistemática de la obra, la cual ahora hemos dividido en **doce partes**:

En la **Primera Parte**, analizamos los condicionantes políticos de la Constitución de 1999, estudiándose las características del sistema político en 1998 y la necesidad de reconstruir la democracia; la crisis del sistema político de Estado democrático centralizado de partidos; la posibilidad de la vía democrática para el cambio político y la configuración judicial del proceso constituyente; y la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, la Constitución de 1999 y el fracaso del proceso constituyente como instrumento de conciliación.

En la **Segunda Parte** estudiamos la Constitución y su supremacía, con referencias a las funciones de la Constitución, su imperatividad y obligatoriedad y el principio de la desobediencia civil; su poder derogatorio; la garantía objetiva de la Constitución y la nulidad de los actos estatales inconstitucionales; la vigencia permanente de la Constitución y el régimen de los estados de excepción; y la rigidez constitucional y la reforma de la Constitución

En la **Tercera Parte**, nos referimos a los principios fundamentales de la organización del estado y del sistema político, analizándose las ideas del preámbulo; la denominación de la república como "República Bolivariana de Venezuela" y los fundamentos del estado; el territorio nacional y demás espacios geográficos del estado; la forma del estado; la soberanía popular y el régimen democrático; el estatuto de las personas y de los ciudadanos; el sistema político de democracia representativa y participativa; la actuación internacional del estado y el régimen de la seguridad y defensa de la nación.

En la **Cuarta Parte** nos referimos a la Constitución del Poder Público, analizando el sistema constitucional de la distribución vertical del Poder Público: Nacional, Estatal y Municipal; las personas jurídicas en la Constitución y las personas jurídicas estatales; y el régimen del ejercicio del poder público en los tres niveles territoriales.

En la Quinta Parte, estudiamos la Constitución Federal, analizando los principios del Estado Federal, la distribución de competencias entre los órganos del Poder Público; el régimen constitucional de la organización del Poder Público Estatal y del Poder Público Municipal; finalizando con una apreciación final sobre la contradicción constitucional entre federalismo y centralismo

En la Sexta Parte, analizamos la Constitución Política de la República, mediante el estudio de la organización del Poder Público Nacional, en todas sus ramas: el Poder Legislativo Nacional: la Asamblea Nacional; el Poder Ejecutivo Nacional; el Poder Judicial; el Poder Ciudadano, y el Poder Electoral.

En la Séptima Parte, nos referimos a la Constitución de las personas, estudiando el régimen general de los derechos humanos y libertades públicas, en particular, los derechos individuales, y los deberes constitucionales.

En la Octava Parte, estudiamos la Constitución de las garantías constitucionales, en particular las garantías judiciales: el derecho de acceso a la justicia, el debido proceso y la tutela judicial efectiva; el derecho y la acción de amparo; la acción de habeas corpus, y la acción de habeas data.

En la Novena Parte, analizamos la Constitución Social y el Estado Social, con particular referencia a los derechos sociales y de las familias; los derechos laborales; los derechos culturales y educativos; los derechos ambientales; los derechos de los pueblos indígenas; los deberes constitucionales; y los problemas de una Constitución social concebida para el paternalismo y el populismo.

En la Décima Parte, analizamos la Constitución Económica y Financiera, con especial referencia a los principios del sistema económico; al régimen de los derechos económicos; al régimen de la intervención del Estado en la economía; al régimen fiscal y económico del Estado; del régimen tributario, y al régimen de los bienes públicos.

En la Décima Primera Parte, estudiamos la Constitución garantizadora de la Constitución, analizando la supremacía de la Constitución y la justicia constitucional; los métodos de control de la constitucionalidad; los instrumentos de la justicia constitucional; y la Jurisdicción Constitucional atribuida a la Sala Constitucional y sus competencias

Y en la Décima Segunda Parte, analizamos el régimen transitorio en la Constitución de 1999, con el estudio del régimen constitucional de las disposiciones transitorias de la Constitución; del régimen de transición de los Poderes Públicos con motivo de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, tanto el establecido en la propia Constitución como el establecido por la Asamblea Nacional Constituyente después de la aprobación popular de la nueva Constitución, y al margen de la misma, y el doble régimen constitucional resultante con la prolongación de la transitoriedad constitucional.

Esta edición nos ha exigido muchas horas de dedicación. Por ello, quiero expresar mi agradecimiento, ante todo, a Beatriz, por haber comprendido la importancia del esfuerzo que su redacción me exigió y, además, por haber protegido la dedicación que tuve que invertir en la tarea.

Mi agradecimiento, también a mis secretarias en Baumeister y Brewer, Arelis Torres y Francis Gil, por su constante asistencia, en particular a Francis por su siempre invaluable ayuda en el levantamiento y corrección de los textos; a Gabriela Oquendo, de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, por haberme insistido una y otra vez

*en la necesidad de la preparación de esta edición; a Mary Ramos Fernández y Mariabella Villegas, de la **Revista de Derecho Público**, por la valiosa recopilación jurisprudencial que han hecho de las sentencias del Tribunal Supremo y que he utilizado para esta edición; y a Yusby Méndez Apolinar, del Centro de Investigaciones de la **Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, por la ayuda que me prestó en completar la bibliografía referencial.*

Chua, 01 de abril de 2004

PRIMERA PARTE

**LOS CONDICIONANTES POLÍTICOS DE
LA CONSTITUCIÓN DE 1999**

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 sentencia de 19 de enero de 1999, dictada en Sala Político Administrativa¹, admitiera 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 Constitución². 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.

En todo caso, ese proceso fue producto del momento constituyente que venía condicionando al país desde hace algunos años, con motivo de la crisis terminal del sistema político-constitucional del *Estado Centralizado de Partidos*, el cual se había consolidado al amparo de la Constitución del 23 de enero de 1961, sancionada con la participación de todos los partidos políticos, como consecuencia del de-

- 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*, Editorial Jurídica Venezolana, 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 *Revista de Derecho Público*, N° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999. (En prensa).
- 2 Con esta sentencia, como lo ha señalado Jesús María Casal, la antigua Corte Suprema avaló ir a un proceso constituyente desarrollado al margen de los procedimientos de reforma previstos en la Constitución de 1961. Véase Jesús M. Casal, “La apertura de la Constitución al proceso político y sus implicaciones”, en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Editorial Ex Libris, Caracas, 2000, p. 146. Véase además, Norbert Lössing, “El guardián de la Constitución en tiempo de crisis. Logros y límites de la jurisdicción constitucional. Los ejemplos de Guatemala 1993 y Venezuela 1999/2002”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Editorial Gran Charoff J.A., Buenos Aires, 2000, pp. 139-162.

nominado Pacto de Punto Fijo de 1958³, en el cual la élite política del momento resolvió establecer en el país un régimen democrático representativo.

Dicho Pacto, firmado por los líderes políticos de los tres partidos políticos fundamentales de la época (Acción Democrática, Copei y Unión Republicana Democrática) fue producto, por una parte, del fracaso de dicha elite en haber pretendido establecer un régimen democrático a partir de 1945, sobre la hegemonía de un partido político dominante, exclusivista y exclusionista, sin tener en cuenta que toda democracia debe construirse sobre el pluralismo partidista, donde el diálogo, la tolerancia, la negociación y la conciliación sean instrumentos de acción; y por la otra, de la consecucional y dolorosa experiencia del régimen militar que sucedió a dicho fracaso en la década 1948-1958.

La lección aprendida condujo a la inmodificable voluntad del liderazgo político, en 1958, de implantar un régimen democrático en Venezuela, país que en esa época era de los que menos tradición y cultura democrática tenía en toda América Latina.

En esa tarea los partidos políticos asumieron el papel protagónico; por eso el Estado que comenzó a desarrollarse en 1958 fue un *Estado Democrático Centralizado de Partidos*; y tuvieron un extraordinario éxito: la democracia se implantó en Venezuela; pero, lamentablemente, de Estado de Partidos se pasó a Partidocracia, pues los partidos se olvidaron que eran instrumentos para la democracia y no su finalidad.

I. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA POLÍTICO Y LA NECESIDAD DE RECONSTRUIR LA DEMOCRACIA

El sistema político venezolano instaurado a partir de la revolución democrática (cívico-militar) de 1958, que provocó la huida del entonces Presidente de la República, General Marcos Pérez Jiménez, quien había dominado militarmente el gobierno de la República durante casi una década (1948-1957); como se dijo, estuvo comandado por los partidos políticos que se habían consolidado en la década de los cuarenta, y cuyos líderes fueron los que habían acordado implantar la democracia en Venezuela, entre otros instrumentos, mediante el denominado "Pacto de Punto Fijo" (1958); documento que en la historia política de América Latina constituye un ejemplo excepcional de un acuerdo entre las élites políticas, para asegurar la gobernabilidad democrática de un país.

Por ello, el sistema político que se consolidó durante las décadas de los años sesenta y setenta, precisamente al amparo de dicho Pacto, puede entonces caracterizarse como el propio de un *Estado democrático centralizado de partidos*, montado sobre los siguientes elementos relativos a la ordenación del Po-

3 Véase sobre el Pacto de Punto Fijo y los orígenes de la Constitución de 1961, Juan Carlos Rey, "El sistema de partidos venezolano" en J.C. Rey, *Problemas socio políticos de América Latina*, Caracas, 1980, pp. 255 a 338; Allan R. Brewer-Carías, *Evolución histórica del Estado*, Tomo I, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., pp. 394 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, pp. 201 y ss.; y Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución y sus Enmiendas*, Colección Textos Legislativos, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 13 y ss.

der: una democracia de partidos; el centralismo de Estado; y un sistema de gobierno presidencial con sujeción parlamentaria⁴.

1. *La democracia de partidos: la democracia representativa de partidos y la deformación de la representatividad y participación*

En cuanto al régimen político establecido a partir de los años sesenta, de democracia representativa y pluralista, el mismo, progresivamente fue monopolizado por los partidos políticos. A ellos, sin duda, se le debió la implantación de la democracia, pero no entendieron después de implantada, que los efectos de la democratización exigían que la misma se tornara en un sistema más representativo y más participativo.

La representatividad democrática terminó así, siendo un asunto exclusivo de los partidos políticos, concibiéndose el sistema electoral para que sólo fueran elegidos los representantes de partidos, progresivamente desligados del pueblo y de sus comunidades (sistema de representación electoral proporcional de método d'Hondt).

Pero además de convertirse en una democracia exclusivamente representativa de partidos, en ella la participación política también terminó siendo un monopolio de los partidos políticos. No había otra forma de participar políticamente en los asuntos públicos, que no fueran a través de los partidos políticos. Estos, además, progresivamente fueron penetrando, intermediando y apoderándose de todas las sociedades civiles intermedias, desde los sindicatos y los gremios profesionales, hasta asociaciones de vecinos⁵.

En todo caso, después de dos décadas de implantación y estabilización de la democracia, hasta comienzos de la década de los ochenta, puede decirse que la democratización del país había dado sus frutos, por lo que se comenzaron a plantear nuevas y diversas exigencias de representatividad y de participación política, y no sólo de los partidos o a través de ellos, las cuales lamentablemente no fueron satisfechas.

Entre otros factores se planteó la necesidad de cambiar el sistema electoral pero, por sobre todo, se propugnó hacer a la democracia más participativa. Para ello, por ejemplo, se debió plantear la necesidad urgente de una reforma del régimen y gobierno local, la cual no siempre se comprendió, siendo que, en definitiva, es la única vía para la efectiva participación democrática⁶.

El Municipio en Venezuela estaba y continúa estando tan lejos del ciudadano, que materialmente no sirve para nada bueno: ni para ser la unidad política primaria

4 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 169 y ss; y Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia en Venezuela*, Ediciones Libros El Nacional, Caracas, 2002, pp. 224 y ss

5 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La crisis de las instituciones: responsables y salidas", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 64, Caracas, 1985, pp. 130 a 155; Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988; Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, op. cit., pp. 169 y ss.

6 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La Reforma política del Estado: la descentralización política", en *Estudios de Derecho Público*, (Labor en el Senado 1982), Tomo I, Caracas, 1983, pp. 15 a 39.

dentro de la organización nacional, escuela de la democracia y centro de la participación política, ni para ser un efectivo instrumento de gestión de los intereses locales⁷. Tan lejos ha estado del ciudadano, además, que por ello se torna incontrolable, no le ha interesado a nadie (salvo a los partidos) y se ha convertido en un mecanismo de activismo político y de corrupción impune.

La crisis de la democracia representativa de partidos planteaba entonces, en Venezuela, la necesidad de su sustitución, para que sin dejar de ser representativa, se convirtiera en una democracia más participativa, en la cual el ciudadano encontrara instrumentos cotidianos para participar en los asuntos locales. Ese debió haber sido uno de los objetivos del proceso constituyente de 1999.

2. *La forma del Estado: el centralismo de Estado y la crisis de la descentralización política*

En cuanto a la forma de Estado, debe señalarse que Venezuela siempre ha tenido la forma federal. En la primera de las Constituciones de los países de América Latina, que fue la “Constitución de la Confederación de los Estados de Venezuela” de 21-12-1811, se estableció la forma federal que siempre nos ha acompañado en nuestro constitucionalismo. En el inicio, en 1811, como había ocurrido en los Estados Unidos de Norteamérica, era la única fórmula constitucional recién inventada para unir políticamente lo que nunca había estado realmente unido, como eran las Provincias disgregadas y aisladas que conformaban la Capitanía General de Venezuela (1777). Con posterioridad, toda la historia política venezolana ha estado signada por el movimiento pendular entre centralización y descentralización: al inicio de la República, las orientaciones centralistas de Simón Bolívar (1819-1821) terminaron por ceder (1830), dando paso a la forma federal que se consolidó definitivamente en 1864 con los Estados Unidos de Venezuela. La federación del siglo XIX, por su parte, también cedió a partir de 1901, produciéndose durante todo el siglo XX un proceso de centralización política, primero autocrática, hasta 1935, y luego democrática, hasta el presente.

A finales del siglo XX, la forma del Estado en Venezuela era y (sigue siendo) la de una Federación centralizada, que concentraba casi todo el poder en el nivel nacional (federal), con un vaciamiento sustancial de competencias y poder de los Estados federados⁸. El centralismo del Estado, por otra parte, fue de la mano del centralismo democrático como forma de organización interna de los partidos, dominados por “cúpulas” centrales y centralizantes.

La democracia y su perfeccionamiento, una vez que durante todo el siglo XX se había logrado la consolidación del Estado nacional y la superación de su disgregación caudillista del siglo XIX, exigían en Venezuela un gran esfuerzo de descentralización política no sólo hacia las autoridades locales, sino hacia los niveles in-

7 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Municipio, democracia y participación. Aspectos de la Crisis”, en *Revista de Estudios Municipales*, N° 11, Caracas, 1988, pp. 13 a 30; y Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, op. cit., pp. 105 y ss., 158 y ss.

8 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los problemas de la Federación Centralizada en Venezuela”, en *Revista Ius et Praxis*, N° 12, Lima 1988, pp. 49 a 96; Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Caracas, 2001, pp. 67-68.

termedios del poder, los Estados, para hacerlos autoridades realmente autónomas. Se exigía una descentralización efectiva de la Federación, para sustituir la Federación centralizada tradicional por una Federación descentralizada, como pieza esencial para la consolidación de la democracia en Venezuela.

La democracia, en definitiva, es una consecuencia y a la vez, un motivo de la descentralización política, como instrumento de articulación de poderes intermedios en el territorio, que permiten la actuación nacional más cerca de las comunidades y regiones. No ha habido ni existen autocracias descentralizadas; la descentralización del poder sólo es posible en democracias; por lo que la descentralización política es un asunto de las democracias. Es una consecuencia de la democratización; y, a la vez, una condición para su sobrevivencia y perfeccionamiento⁹.

La manifestación pública de la crisis del sistema político a partir de 1989, en tal sentido, incluso obligó a acelerar las reformas del Estado partiendo de lo que permitía la Constitución de 1961, con lo cual, en 1989, se estableció aceleradamente la elección directa de los Gobernadores de Estados (lo que no había ocurrido en los 100 años precedentes), y la elección directa de los Alcaldes municipales, superándose el sistema de gobiernos municipales colegiados.

Esos “remedios” democráticos, sin duda, fueron los que contribuyeron a oxigenar el sistema, lo que en la década de los noventa permitió la sobrevivencia de la democracia. Sin embargo, sólo se avanzó en materia de descentralización política, hasta 1993¹⁰, abandonándose luego las reformas, con lo cual el sistema político entró en la crisis terminal de finales de los años noventa. Esa crisis también fue la que provocó la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, a la cual debía corresponder hacer realidad la descentralización del poder para consolidar la democracia.

3. *La separación de poderes, y los problemas del sistema de gobierno y del control del Poder*

En cuanto al tercer aspecto de la crisis política, el mismo deriva del sistema de separación (horizontal) de poderes, del sistema de gobierno y de los instrumentos de control y contrapeso que han existido entre los poderes del Estado.

En cuanto a la separación de poderes como forma de distribución horizontal del Poder Público, además de los clásicos poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, es evidente que en el constitucionalismo americano de las últimas décadas, han aparecido una serie de órganos con autonomía constitucional, no sujetos a los clásicos tres poderes del Estado. Estos órganos han requerido consolidación constitucional como Poderes del Estado, tal y como ha sucedido con las Contralorías Generales, con los Defensores del Pueblo o de los Derechos Humanos, con el Ministerio Público y con los órganos de conducción electoral. El equilibrio, balance y contrapeso entre todos esos poderes del Estado había sido una de las exigencias de reforma en Venezuela desde finales de la década de los noventa. Lograrlo, sin duda, debió haber sido un objetivo del proceso constituyente de 1999.

9 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Democratización, Descentralización Política y Reforma del Estado”, en *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, op. cit., pp. 105 a 125.

10 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Informe sobre la Descentralización en Venezuela, 1993. Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización*, Editorial Arte, Caracas, 1994.

En cuanto al sistema de gobierno, es decir, a las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento, la tradición del constitucionalismo venezolano, como el de toda América Latina, ha sido el del presidencialismo, pero de carácter moderado por la sujeción parlamentaria y la incorporación a la Constitución de varios injertos de parlamentarismo¹¹. La crisis del sistema de gobierno, por tanto, en realidad y paradójicamente, no estaba en el propio presidencialismo, sino en el excesivo parlamentarismo, particularmente por el control férreo del poder que existía por parte de los partidos políticos.

En particular, en cuanto a la designación por el Congreso de los titulares de los órganos de los poderes públicos no electos (Corte Suprema de Justicia, Consejo de la Judicatura, Contralor General de la República, Fiscal General de la República, Consejo Supremo Electoral), se habían formulado graves críticas por el excesivo partidismo evidenciado en dichas designaciones, sin participación alguna posible de otras organizaciones sociales intermedias.

Las exigencias de reforma, en todo caso, apuntaban a asegurar un mayor balance, contrapeso e independencia entre los poderes, y a la despartidización de su conformación. En materia de control de la constitucionalidad y de garantías judiciales de los derechos constitucionales, las exigencias de reforma apuntaban a la consolidación de la jurisdicción constitucional y al perfeccionamiento de la acción de amparo.

La convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en 1998-1999, en consecuencia, constituía una necesidad política para introducir las reformas necesarias para recomponer y abrir la democracia y, en consecuencia, permitir la efectiva participación en el proceso político de todos aquellos sectores que habían sido excluidos de la práctica democrática por el monopolio de la representatividad y participación políticas que habían asumido los partidos políticos tradicionales.

Se trataba, en definitiva, de una propuesta para incluir y conciliar a todos los sectores políticos más allá de los partidos políticos tradicionales, en el rediseño del sistema democrático, el cual tenía que reafirmar, más allá de las solas elecciones, sus elementos esenciales, como los precisa ahora la Carta Democrática Interamericana.

II. LA CRISIS DEL SISTEMA POLÍTICO DE ESTADO DEMOCRÁTICO CENTRALIZADO DE PARTIDOS

Ahora bien, al final del último período constitucional de la década de los ochenta, la crisis del sistema estalló¹² cuando el centro del poder político definitivamente se ubicó afuera del Gobierno y del aparato del Estado, en la cúpula del Partido Acción Democrática que en ese momento dominaba el Ejecutivo Nacional, el Congreso y todos los cuerpos deliberantes representativos; que había nombrado

11 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Nacional y el Sistema Democrático de gobierno*, Tomo III, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996.

12 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Estado. Crisis y Reforma*, Colección Ensayos, N° 4, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1982; Allan R. Brewer-Carías, *El Estado Incomprendido. Reflexiones sobre el sistema político y su reforma*, Vadel Hermanos Editores, Caracas, 1985.

como Gobernadores de Estado incluso a sus Secretarios Generales regionales, y que designaba hasta los Presidentes de cada uno de los Concejos Municipales del país. El gobierno del Partido Acción Democrática durante el periodo 1985-1989 hizo todo lo contrario de lo que reclamaban las más de dos décadas de democracia que teníamos cuando se instaló, que era la apertura frente a la autocracia partidista que se había desarrollado, y la previsión de nuevos canales de participación y representatividad. Fue el Gobierno donde más se habló de reforma del Estado¹³ para precisamente no ejecutar nada en ese campo, sino todo lo contrario, pues en ese período de gobierno fue que apareció la Partidocracia con todo su espanto autocrático¹⁴. Afortunadamente, al menos de esa época quedaron los estudios de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado.

El Caracazo del 27 de febrero de 1989, a escasos días de la toma de posesión del nuevo Presidente electo por segunda vez, Carlos Andrés Pérez, fue el signo trágico del estallido de la crisis del sistema de Estado de Partidos, seguido de los dos intentos militaristas de golpe de Estado del 4 de febrero y del 27 noviembre de 1992, los cuales, además de atentatorios contra la Constitución, costaron centenares de vidas.

Se trataba, en definitiva, de la crisis terminal del sistema político¹⁵ que había sido instaurado a partir de los años cuarenta, y que montado sobre un esquema de *Estado Centralizado de Partidos*, como dijimos, tuvo como proyecto político la implantación de la democracia en el país de América Latina que para entonces era el que menos tradición democrática tenía. Cuarenta años después de la Revolución democrática de 1958 y cincuenta años después del fin del primer ensayo democrático en 1948, en Venezuela teníamos una de las democracias más viejas de América Latina, pero ante el asombro de otros países latinoamericanos que nos la envidiaban, era de las instituciones que menos prestigio tenía en nuestro propio país. Lamentablemente, la crisis del sistema político de partidos condujo a que se la confundiera con una supuesta crisis de la democracia como régimen político, contribuyendo a su desprestigio, cuando en realidad de lo que se trataba era de perfeccionar la democracia y liberarla del despotismo o autocracia de los partidos. Por ello, hemos insistido en que no es la democracia la que ha estado en crisis, pues régimen político democrá-

13 Durante el mismo se nombró la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado COPRE. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, pp. 9-35.

14 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, 339 p.

15 Véase lo que expusimos en Allan R. Brewer-Carías, *Cinco Siglos de Historia y un País en Crisis*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comisión Presidencial del V Centenario de Venezuela, Caracas, 1998, pp. 95 a 117; Allan R. Brewer-Carías, "La crisis terminal del sistema político" en *Una evaluación a estos cuarenta años de democracia*, *El Globo*, Caracas, 24-11-97, pp. 12 y 13; Allan R. Brewer-Carías, *La crisis terminal del sistema político venezolano y el reto democrático de la descentralización*, Ponencia al IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Caracas, noviembre 1995. Dicho texto está publicado en Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Nacional y el Sistema democrático de gobierno*, Tomo III, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., pp. 655 a 678; Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, op. cit., pp. 169 y ss; y Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 53, Editorial Arte, Caracas, 1999, pp. 13-23.

tico no es lo mismo que sistema político de Estado de Partidos, que si es el que ha estado en crisis¹⁶.

El proyecto político ideado por el liderazgo que asumió el poder a partir de los años cuarenta, y luego a partir de 1958, indudablemente que se desarrolló y el país se democratizó. El problema es que ese mismo liderazgo y los partidos políticos que contribuyeron a la consolidación y mantenimiento de la democracia, décadas después no llegaron a entender la obra que habían realizado y todavía aún muchos no la entienden.

Los venezolanos nos habituamos a la democracia y la gran mayoría de los votantes en las elecciones posteriores a 1998 han nacido en democracia. Nos hemos habituado tanto a ella que a pesar de su desprestigio, nos parecía natural el disfrute de la libertad sin que el riesgo de perderla fuera motivo de particular preocupación.

Pensamos que tenía que cambiar, aun cuando la gran mayoría no sabía cómo; y el liderazgo político de los partidos encargados de orientar, no comprendió que para continuar y sobrevivir, la democracia tenía que perfeccionarse, y al contrario, siguió tratando de conducir al país como si estuviéramos en la etapa inicial de la democratización.

Esta incomprensión fue, precisamente, la que nos ha conducido a la crisis histórica y terminal de los últimos años, donde un cambio inevitable está en curso, querámoslo o no; tal y como ocurrió a mitades del siglo pasado en la víspera de la Revolución Federal, cuando finalizó la etapa del Estado independiente semi-centralizado; como sucedió a fines del mismo siglo pasado, en la víspera de la Revolución Liberal Restauradora, con el fin del período del Estado Federal liberal; y como también ocurrió hace 55 años en la víspera de la Revolución de Octubre, con el fin de la era del Estado Autocrático Centralizado. En cada uno de esos fines de períodos políticos se puede apreciar, históricamente, el mismo signo de agotamiento del proyecto político y del liderazgo que lo desarrolló. La incomprensión de lo hecho y, a pesar de todas las advertencias, de la necesidad de renovar y transformar el sistema, fue lo que contribuyó, en cada caso, a su deterioro final y a su colapso.

Incluso, no debemos olvidar que en cada uno de esos fines de períodos histórico-políticos, la posibilidad del cambio político se planteó por la vía democrática y su fracaso fue lo que condujo, en definitiva, al derrumbe final del sistema. Así sucedió con la elección presidencial de 1846, donde Antonio Leocadio Guzmán enarbolaba la bandera del cambio apoyada por el Partido Liberal que amenazaba desplazar del poder al Partido Conservador y al liderazgo de los próceres de la independencia. Guzmán perdió la elección, fue perseguido, vino el día del fusilamiento del Congreso (1848) y luego, con la dinastía de los Monagas, el deterioro total del sistema que desembocó en las Guerras Federales.

Así sucedió también con la elección presidencial de 1897, donde el General Manuel Hernández (el Mocho Hernández) postulado por el Partido Liberal Nacionalista, con una enorme popularidad, amenazaba con desplazar del poder al desprestigiado liderazgo del liberalismo amarillo. La Revolución de Queipa que pro-

16 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La crisis de las instituciones: responsables y salidas" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 64, Caracas, 1985, pp. 130 a 155. Dicho texto está publicado en Allan R. Brewer-Carías, *Evolución Histórica del Estado*, Tomo I, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., pp. 523 a 541.

movi6 luego del fraude electoral, termin6 con la muerte del Presidente Joaqu6n Crespo y con ella, el vac6o de poder que f6cilmente llen6 Cipriano Castro.

Y por 6ltimo, as6 sucedi6 igualmente con el intento de que se cambiara el sistema electoral en 1944, que permitiera la elecci6n presidencial directa, y que el liderazgo medinista, lopecista y gomecista no permiti6, pues de lo contrario hubieran podido ser desplazados del poder por el liderazgo emergente de los nuevos partidos, particularmente de Acci6n Democr6tica. La frustraci6n democr6tica provocada por el vac6o pol6tico dejado por la incapacidad del candidato Di6genes Escalante como producto del consenso pol6tico, provoc6 la Revoluci6n de Octubre de 1945.

En todo caso, todos esos fracasos de cambio pol6tico por la v6a democr6tica, por las razones circunstanciales que existieron en cada caso, condujeron, en definitiva, a la ruptura del orden constitucional, respectivamente, con el inicio de las Guerras Federales, 12 a6os despu6s de 1846; con la Revoluci6n de Queipa (1898) y la Revoluci6n Liberal Restauradora (1899) como secuela del vac6o de poder que se produjo a ra6z de la elecci6n de 1897; y con la Revoluci6n de Octubre de 1945, meses despu6s de la insuficiente reforma constitucional de abril de ese a6o y un a6o despu6s de la elecci6n local de 1944; y, en definitiva, a que se produjera un cambio radical del sistema pol6tico, pero como consecuencia de la fuerza y la violencia.

El hecho electoral de 1998, por tanto, se configura en nuestra historia como una disidencia hist6rica. La voluntad popular de cambio expresada democr6ticamente, produjo la elecci6n de Hugo Ch6vez Fr6as, quien tambi6n amenazaba, ciertamente, con desplazar del poder a los viejos partidos pol6ticos. Pero el cambio, en este caso, a diferencia de otros tiempos, se expres6 electoralmente y tuvo un inicio democr6tico que debemos exigir y velar por que contin6e. El 6xito de su realizaci6n democr6tica, en todo caso, depender6 de que el liderazgo, tanto tradicional como emergente, entiendan e identifiquen el pago que tienen que pagar por la p6rdida de cuotas de poder, para asegurar la paz.

En todo caso, en el actual momento hist6rico estamos en una situaci6n algo similar a esos fines de per6odos antes sealados, con una crisis institucional global, pues la mayor6a no s6lo no ha cre6do ni confiado en el Congreso, ni en el Poder Judicial, ni en la Administraci6n P6blica, ni en las fuerzas de seguridad ciudadana, sino que tampoco ha cre6do ni confiado en los partidos pol6ticos, ni en las sociedades intermedias que 6stos penetraron y controlaron, como los sindicatos, los colegios profesionales y los gremios. Y adem6s, en medio de una de las crisis econ6micas m6s agudas del Estado petrolero, en la cual, sin conciencia alguna de lo que significa, la gente pide m6s como si la riqueza petrolera fuera inagotable, y como si no se hubiera comprobado que el modelo de repartir esa riqueza dadivosa, ha sido no s6lo una fuente de corrupci6n, sino una de las causas de la crisis por la que estamos ahora atravesando.

Lo lamentable es que todo este desprestigio institucional del aparato del Estado y de las organizaciones pol6ticas y sociales; en definitiva, de la forma de gobernar, ha estado arrastrando a la propia democracia, a la cual se asocia con la corrupci6n y con la ineficiencia. Y as6 han comenzado a surgir cantos de sirenas autoritarios que se han querido apoderar hasta del nombre de Bol6var y de la Patria, opacando las propias virtudes de la democracia.

En todo caso, en la historia, todos los acontecimientos tienen sus raíces en un proceso que siempre viene germinando desde mucho antes y finalmente brotan, a veces en la forma violenta, trágica o dramática de una revolución o de una guerra. La crisis del sistema político establecido en 1958 para operar la democracia que todavía tenemos, y que desde hace años nos angustia, precisamente tiene sus raíces en las décadas anteriores de democratización. Y si todavía tenemos democracia, diez años después del afloramiento de la crisis, sólo se debe a los remedios inmediatos de terapia intensiva, pero incompletos, que se le suministraron al sistema sin mucho convencimiento, en 1989, con el comienzo del proceso de descentralización política, mediante la revisión constitucional que se hizo con la elección directa de Gobernadores y el inicio de la transferencia de competencias nacionales a los Estados, reformándose el viejo y dormido esquema federal¹⁷.

Y en el futuro, no tenemos la menor duda, en este país seguirá habiendo democracia sólo en tanto en cuanto seamos capaces de entender que una vez que quedó consolidada, tiene que efectivamente descentralizarse, es decir, se hace necesario acercarla más al ciudadano, para que pueda participar en ella; y esto sólo puede lograrse llevando el Poder cerca de las comunidades, organizaciones o regiones; es decir, descentralizando el Poder. Sin descentralización efectiva del Poder la democracia, en el futuro, no podrá sobrevivir.

Pero sin duda, a pesar de todas las advertencias, las reformas en tal sentido se iniciaron demasiado tarde, sin anticiparnos a la crisis como había que hacerlo, y más bien en medio de ella. Por ello, en 1998-1999 la crisis de la democracia, de su consolidación y afianzamiento, ya no se podía solucionar con una simple reforma constitucional, sino abriendo efectivamente nuevos canales de representatividad y participación democrática para llenar el vacío que nos había dejado el deterioro de los partidos políticos tradicionales y que de nuevo colocaron al país en una orfandad política. El reto que hemos tenido los venezolanos es el de formular un nuevo proyecto político democrático que sustituya el Estado Centralizado de Partidos por un Estado Descentralizado Participativo.

Ahora bien, la tarea de hacer o rehacer el Estado es la tarea de al menos una generación, para lo cual en democracia no hay otra forma de lograrlo que no sea sino mediante un acuerdo político de largo alcance. El asunto, ahora, es mucho más complejo, por lo que para resolver la crisis de la segunda transición democrática en la cual nos encontramos, no teníamos otra salida que la de realizar un proceso de reconstitución democrática del sistema político, convocando democráticamente a una Asamblea Constituyente; por supuesto, porque en la historia constitucional en un momento de crisis terminal de gobernabilidad y de pérdida de legitimación del Poder, no hay otra forma de reconstituir al Estado y al sistema político que no sea mediante una convocatoria al pueblo. La idea de la Asamblea Constituyente, por tanto, no fue una propuesta partidaria de uno u otro candidato presidencial; nosotros

17 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Bases Legislativas para la descentralización política de la Federación Centralizada, (1990: el inicio de una reforma)", en *Leyes y Reglamentos para la Descentralización política de la Federación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 7 a 53. Véase también 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. 394 y ss.

mismos y muchos otros, la planteamos a los pocos días del intento de golpe militar de febrero de 1992 que motorizó el entonces Teniente Coronel Hugo Chávez Frías¹⁸.

El referido intento de golpe militar fue seguido de otro intento similar en noviembre de 1992, y fue el principio efectivo del fin del sistema político que se había consolidado al amparo del Pacto de Punto Fijo. Con posterioridad, un año después, en 1993 el Presidente de la República Carlos Andrés Pérez fue enjuiciado y lo sustituyó transitoriamente el Presidente Ramón J. Velázquez hasta terminar el período del primero; lapso durante el cual le dimos un gran impulso institucional al proceso de descentralización¹⁹.

La elección presidencial de 1993 pudo haber constituido la apertura de la vía democrática para el cambio político que ya resultaba indispensable y que podía superar el centralismo partidocrático, pero lamentablemente, la opción popular se inclinó por la elección del menos indicado de los candidatos para poder motorizar cambio alguno: el Presidente Rafael Caldera, bajo cuya segunda presidencia, lamentablemente, el sistema político de Estado Centralizado de Partidos entró en la etapa definitiva de crisis terminal.

La exigencia de cambio político al final del período constitucional del Presidente Caldera era incontenible, y ante el deterioro y desmoronamiento de los partidos políticos tradicionales, en particular Acción Democrática y Copei, y el consecuente vacío político que dejaron, el candidato popular que había enarbolado la bandera del cambio, Hugo Chávez Frías, como se dijo, ganó la elección presidencial en diciembre de 1998. Con ello se abrió la posibilidad de una vía democrática para el cambio político en el país, la cual lamentablemente fue desperdiciada.

III. LA POSIBILIDAD DE LA VÍA DEMOCRÁTICA PARA EL CAMBIO POLÍTICO Y LA CONFIGURACIÓN JUDICIAL DEL PROCESO CONSTITUYENTE

1. *La Asamblea Constituyente en democracia*

Ahora bien, en Venezuela, el planteamiento de convocar una Asamblea Nacional Constituyente para que sirviera de vehículo de conciliación de todos los sectores políticos y contribuyera a la recomposición del sistema democrático, si bien se materializó en 1998²⁰, en realidad se comenzó a formular antes, a partir del afloramiento de la crisis política del sistema democrático, en 1989, y luego, particularmente, como consecuencia de los dos intentos de golpes de Estado militaristas de 1992 motorizados, entre otros, por el entonces Teniente Coronel Hugo Chávez Frías, posteriormente electo en diciembre de 1998, como Presidente de la República.

18 Véase en *El Nacional*, Caracas, 01-03-92, p. D-2. Véase el texto de la declaración en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, op. cit., pp. 30 y ss.

19 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993. Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización 1993-1994*, Caracas, 1994.

20 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Reflexiones sobre la crisis del sistema político, sus salidas democráticas y la convocatoria a una Constituyente", "Presentación" del libro *Los Candidatos Presidenciales ante la Academia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998, pp. 11 a 66.

El tema, en efecto, se discutió públicamente a partir de ese año 1992, pero los líderes de los partidos políticos dominantes no entendieron la magnitud de la crisis política, y lejos de reformar las instituciones para abrir la democracia, procuraron mantener la situación existente. Con ello, paralelamente, se produjo el deterioro manifiesto del propio liderazgo partidista. Además, con el derrumbamiento de los otrora poderosos partidos, se produjo progresivamente un vacío de liderazgo político en el país, que había estado habituado a su conducción exclusivamente partidista.

En medio de dicha crisis política, en 1998, el Teniente Coronel Hugo Chávez Frías, como candidato presidencial, enarbó la bandera de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Ello no sólo no fue disputada por los partidos políticos tradicionales, sino que, inclusive, fue ignorada y rechazada por los mismos. Incluso, el planteamiento de que fuera el propio Congreso electo en diciembre de 1998 el que pudiera asumir la conducción del proceso constituyente, fue totalmente ignorado²¹..

En consecuencia, la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente se convirtió en un proyecto político exclusivo del entonces candidato presidencial Hugo Chávez Frías, y luego, del Presidente electo en diciembre de 1998. Su ejecución, sin embargo, presentaba un escollo constitucional que lucía insalvable: la institución de una Asamblea Nacional Constituyente, como mecanismo de revisión constitucional, no estaba prevista ni regulada en el propio texto de la Constitución de 1961, la cual establecía expresamente sólo dos mecanismos para su revisión: la enmienda y la reforma general.

Una Asamblea Constituyente cuando no es producto de una guerra ni, por tanto, de una ruptura fáctica del orden constitucional, para poder ser convocada tiene que estar regulada constitucionalmente. Así sucede, por ejemplo, con la Convención Constitucional regulada en la Constitución de los Estados Unidos de América o con la Asamblea Constituyente regulada en la Constitución de Paraguay.

En todo caso, el reto que teníamos los venezolanos entonces, era darnos cuenta definitivamente de cual era la disyuntiva real que teníamos planteada: o convocábamos democráticamente la Constituyente para reconstituir el sistema político en ejercicio de nuestros propios derechos democráticos, o nos la iban a convocar quizás después de conculcarnos por algún tiempo o por ahora, que siempre es un tiempo impreciso por arbitrario.

No era la primera vez que en la historia de Venezuela se producía un proceso de esta naturaleza. En primer lugar, están los procesos constituyentes iniciales, realizados, en 1811, de constitución del Estado al declararse la independencia de las colonias españolas que formaban la Capitanía General de Venezuela y crearse la Confederación de los Estados de Venezuela²², y en 1830, al reconstituirse el Estado de Venezuela como separación territorial y política de la República de Colombia (que en 1819 y 1821 había promovido Simón Bolívar); luego, en segundo lugar, se realizaron siete procesos constituyentes, en 1858, 1863, 1893, 1901, 1914, 1946, y

21 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, op. cit., pp. 78 y ss.

22 Véase Irene Loreto González, "Proceso Constituyente y Constitución de 1811", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 133-155.

1953, mediante la convocatoria de Asambleas o Congresos Constituyentes y la sanción de nuevas Constituciones²³. En todos esos casos, los procesos constituyentes fueron consecuencia de la ruptura fáctica del hilo constitucional, como consecuencia de un golpe de Estado, de una revolución o de una guerra.

Por ello, el proceso constituyente de 1999, en contraste con todos los anteriores en nuestra historia política, como antes se dijo, tuvo una peculiaridad que lo diferencia de todos los otros en nuestra historia e, incluso, de procesos similares ocurridos en otros países en las últimas décadas, y es que no fue producto de la ruptura fáctica del hilo constitucional como consecuencia de una revolución, una guerra o un golpe de Estado²⁴. Dicho proceso constituyente de 1999, en realidad, se desarrolló en democracia, aún cuando en medio de la severa crisis política del funcionamiento del régimen democrático que se había instituido desde 1958. El golpe de Estado, en realidad, lo dio la propia Asamblea Nacional Constituyente electa en julio de 1999, al irrumpir contra la Constitución vigente en ese momento, que era la de 1961²⁵.

Ahora bien, en medio de la crisis terminal del sistema político de democracia centralizada de partidos que venía funcionando, y de los conflictos políticos originados por la falta de evolución del sistema, el proceso constituyente de 1999 no podría ni debía tener otra motivación distinta que no fuera la necesidad de recomponer el sistema democrático y asegurar su gobernabilidad. Ello requería de un pacto político de todos los componentes de la sociedad que asegurara la participación de todos los sectores, para diseñar el funcionamiento de la democracia y la reforma del Estado. Para ello era que debía elegirse la Asamblea Constituyente.

La fórmula legal para llegar a ella, la cual no existía en 1992, estaba en el *referéndum consultivo* que regulaba la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que atribuía la decisión para convocarlo al Presidente de la República en Consejo de Ministros; a las Cámaras Legislativas en sesión conjunta o a un grupo equivalente al 10% de los electores²⁶.

De nuevo el país se encontró en la situación de que estaba en manos de los Poderes del Estado la decisión para que, por ejemplo, en las elecciones de noviembre o diciembre de 1998 se hubiera podido incluir una tercera tarjeta para efectuar la consulta sobre el tema de la convocatoria a una Constituyente, y se hubiera podido resolver el asunto en forma democrática, de manera que si el voto era afirmativo, como lo hubiera sido según lo que informaban las encuestas, el Congreso que se elegiría en noviembre hubiera tenido como tarea inmediata prioritaria, por mandato popular, no por un acuerdo de partidos o por una propuesta política aislada, proceder a la reforma de la Constitución para regular la Constituyente y así poder convocarla constitucionalmente en 1999.

23 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Las Asambleas Constituyentes en la Historia de Venezuela", *El Universal*, Caracas 08-09-98, p. 1-5.

24 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.

25 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002, 405 p.

26 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, *op. cit.*, pp. 52-75.

En esta situación de crisis terminal estimamos que no había que temerle a una Constituyente convocada democráticamente, es decir, no había que temerle a la democracia, siempre que tuviésemos claro que su sola convocatoria y funcionamiento no iba a acabar con los problemas del país; a lo que teníamos que temerle era a la incomprensión del liderazgo político sobre lo que estaba ocurriendo.

En todo caso, lo que sí consideramos que se debía evitar era que se procediera a su convocatoria sin previsión constitucional, como se había anunciado; y que de golpe fuéramos a resucitar otra Revolución Legalista como la de fines del siglo pasado que tuvo su origen, precisamente, en una reforma constitucional hecha irregularmente.

Una Asamblea Constituyente en estos tiempos de crisis política generalizada, consideramos que no era otra cosa que un mecanismo democrático para formular un proyecto de país, como lo fueron las grandes Constituyentes de 1811, 1830, 1864, 1901 y 1947, pero con la diferencia de que aquellas fueron el resultado de una ruptura política y no el mecanismo para evitarla. En estos tiempos de crisis de la democracia, estimamos que una Constituyente era para que las fuerzas políticas pudieran llegar democráticamente a un consenso sobre ese nuevo proyecto de país. Por eso, lo importante era que la democracia la asumiera como cosa propia, por supuesto con el riesgo para el liderazgo tradicional de poder perder el control del poder que los partidos tradicionales habían tenido durante 40 años. Ese era el precio que había que pagar para que la democracia continuara.

La Constituyente así planteada, por supuesto que no era para destruir ni para excluir como se había sugerido por algunos, pues para establecer cualquier forma de autocracia o de autoritarismo no era necesario Constituyente alguna, más bien constituía un estorbo y un enredo.

La vía democrática para la convocatoria a la Asamblea Constituyente, por tanto, era la única opción que teníamos los venezolanos para producir los cambios políticos en democracia. Por ello, en agosto de 1998 volvimos a proponer a los Poderes Públicos la convocatoria al *referéndum* para la Constituyente²⁷, para que coincidiera con las elecciones de noviembre y diciembre de 1998, la cual no se hizo.

Con el triunfo electoral del Presidente Chávez en diciembre de 1998 y la falta de disposición del liderazgo mayoritario del Congreso electo en noviembre de 1998, en asumir el proceso de cambio constitucional²⁸, la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente quedó en manos y bajo el liderazgo del Presidente electo, máxime cuando esa había sido su bandera electoral más destacada.

Con la toma de posesión del Presidente Chávez de la Presidencia de la República el 2 de enero de 1999, se inició entonces la batalla legal por encauzar el proceso constituyente dentro del marco de la constitucionalidad, de manera que la necesaria convocatoria de la Asamblea se hiciera sin la ruptura constitucional que había caracterizado las Asambleas Constituyentes en toda nuestra historia.

27 Véase la propuesta en Allan R. Brewer-Carías, "Reflexiones sobre la crisis del sistema político, sus salidas democráticas y la convocatoria a una Constituyente", *loc. cit.*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998, pp. 46 a 51.

28 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento...* *op. cit.*, pp. 78 y ss.

2. *La bandera electoral (1998) de la Asamblea Constituyente y los obstáculos 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, 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 Nacional²⁹ 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 1961³⁰, 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.

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, 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 popular³¹. Se trataba, en definitiva de un conflicto constitucional entre supremacía constitucional y soberanía popular que había que resolver³², y sólo el juez constitucional podía hacerlo.

29 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.

30 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, México, 2002.

31 Sobre los problemas jurídicos que precedieron a la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente, véase Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 3-23.

32 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.

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 1999³³, 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.

La Sala Política 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 constituidos³⁴. 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, Venezuela se encontraba 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

33 Véase el texto de esas sentencias, en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento... cit.*, pp. 25 y ss.

34 Véase en este sentido, Sylva Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University, 1990, p. 113.

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.

La ocasión para resolver el conflicto, como se ha señalado, la tuvo la Corte Suprema de Justicia con motivo de los antes mencionados 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 19-1-99³⁵, si bien desde el punto de vista jurídico no resolvió abierta y claramente el conflicto³⁶, con ellas, desde el punto de vista de la opinión pública, resultaba un espaldarazo a las pretensiones del Presidente de la República³⁷. Pero además, desde el punto de vista político, las sentencias dejaron 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.

3. *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 1999³⁸. 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 1961³⁹.

35 Véanse los textos en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 25 a 53.

36 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.

37 En 1999, Luis José Uzcátegui señaló lo siguiente sobre estas sentencias: "Este pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia es todo un caudal de significados psicológicos que el pueblo recibe sobre Chávez, líder lleno de emocionalidad y magia, a quien con esta decisión le es 'benedicida' por la ley y el 'saber', la prédica y la bandera más grande que utilizó en su campaña y en los días de Presidente electo". Véase Luis José Uzcátegui, *Chávez. Mago de las emociones. Análisis psicosocial de un fenómeno político*, Caracas, 1999, p. 87.

38 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 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.

39 Con esta sentencia, como lo ha señalado Jesús María Casal, la antigua Corte Suprema avaló ir a un proceso constituyente desarrollado al margen de los procedimientos de reforma pre-

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 ambos⁴⁰. 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*:

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 las podían 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 constitu-

vistos en la Constitución de 1961. Véase Jesús M. Casal, "La apertura de la Constitución al proceso político y sus implicaciones", en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Editorial Ex Libris, Caracas, 2000, p. 146. Véase además, Norbert Lôsing, "El guardián de la Constitución en tiempo de crisis. Logros y límites de la jurisdicción constitucional. Los ejemplos de Guatemala 1993 y Venezuela 1999/2002", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Editorial Gran Charoff J.A., Buenos Aires, 2000, pp. 139-162.

40 Véase los comentarios sobre el dilema en Lolymer 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.

cional 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 4° 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 un 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 po-

deres 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 solo 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 lugar⁴¹, la Corte Suprema de Justicia, al dictar su nada precisa y más bien ambigua decisión del 19 de enero de 1999⁴², 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 constitucional⁴³.

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 preci-

41 Véase Allan Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

42 Véase el texto íntegro de la sentencia en *idem*, pp. 25 a 53

43 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.

siones 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 regulara⁴⁴.

En ese momento, la euforia de los que de ello derivaron un “triumfo” jurídico⁴⁵, 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 momento⁴⁶, eso no había

44 *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 Lolymer Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., p. 63

45 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”. (G.O. N° 36.634 de 02-02-99).

46 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.

sido lo que había decidido la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de su Sala Político 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 reformarse 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 magistrado 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 refrendaria, 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 el 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.

4. *La apertura de la “Caja de Pandora”⁴⁷ 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.

47 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 II, 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 I, p. 391.

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 instituido⁴⁸ 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.

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

48 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*, Paris 1943, p. 143. Cfr. Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution... cit.*, p. 385.

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: imaginémosnos 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 re-

formar 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 constituyentistas, 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.* Leclerq, Claude, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnels*, París 3^{ème} Edition, pág. 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 desprendería:

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...⁴⁹.

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.

49 Art. Primero, Título VII, Véase en Jacques Godechot (ed), *Les Constitutions de la France, depuis 1789*, París 1979, pp. 65-66.

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 *ejusdem*.

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 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 inmanente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aún cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente.

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 consagratorio 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 humana⁵⁰.

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.

50 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.

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 ontológicamente, 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 el “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 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 previa⁵¹.

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 Constituyente⁵².

5. *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 Asamblea⁵³. Se pretendía, así, que se produjera un referendo ciego sobre una Asamblea Constituyente que nadie sabía cómo se

51 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.

52 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.

53 Véase el texto del Decreto en *G.O.* N° 36.634 de 02-02-99.

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 Constituyente⁵⁴.

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 “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

54 Véase los comentarios críticos a este Decreto en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, op. cit., pp. 229 a 254.

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 Política 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 Constitu-

yente”, 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 N° 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 adquiriera 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 electoral⁵⁵.

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 referendo⁵⁶.

En efecto, el acto administrativo dictado por el Consejo Nacional Electoral el 17 de febrero de 1999, contenido en la Resolución N° 990217-32⁵⁷, conforme a lo decidido por el Presidente de la República en el Decreto N° 3 antes mencionado, había resuelto:

55 El primero de los autos del Juzgado de Sustanciación, en el sentido indicado, fue dictado el 02-03-99.

56 Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 169 a 185.

57 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.

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 administrativo⁵⁸, 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 Política⁵⁹.

Con motivo de la impugnación en vía contencioso administrativa de dicha Resolución del Consejo Supremo Electoral, en sentencia de la misma Sala Política 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 1999⁶⁰, considerando que ello violaba el derecho a la participación política de los ciudadanos al excluirlas del mecanismo del *referéndum consultivo*⁶¹. 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.

58 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 *G.O.* N° 36.669 de 25-03-99.

59 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.

60 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.

61 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.

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 Resolución⁶². 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

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 popular⁶³. 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

62 Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 169 a 185.

63 Véase el texto de las bases propuestas por el Presidente en la “Orden” de 10-3-99 publicada en la *G.O.* N° 36.660 de 12-03-99 y las Resoluciones del Consejo Nacional Electoral N° 990323-70 y 990323-71 de 23-03-99 (*G.O.* N° 36.669 de 25-03-99) y N° 990324-72 de 24-03-99 (*G.O.* N° 36.672 de 30-03-99).

acto administrativo⁶⁴ el cual, sin la menor duda, también era un Decreto (aún cuando sin ese nombre y sin número)⁶⁵ 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 habían 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 autorizador y, por supuesto, tampoco un referendo decisorio.

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;

64 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.*

65 Se trataba de un Decreto en los términos de los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

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 decisivo, 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 decisivo; 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 Político 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 autorizador, 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.

6. *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 demo-

crítico 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 23-3-99⁶⁶, 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 3° del Decreto presidencial N° 3 del 02-02-99 que ya había

66 Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, *op. cit.*, pp. 186 a 188.

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 presidencial⁶⁷, 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 1999⁶⁸, 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 proyecto⁶⁹.

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 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 Asam-

67 *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.

68 Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea... op. cit.*, pp. 190 a 198.

69 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.

blea 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 refrendaria 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 magistrado 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 aquél 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 inmanentes 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 1999⁷⁰, en cumplimiento de la sentencia de la Corte

70 G.O. N° 36.669 de 25-03-99. Véanse los comentarios en el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2001, pp. 155 y ss.

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 antes⁷¹, 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 1999⁷² 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.

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 cues-

71 “Propuestas del Ejecutivo Nacional”, G.O. N° 36.660 de 12-03-99. Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2001, nota 117, pp. 147 y ss.

72 Véase los comentarios en *Idem*. pp. 162 y ss..

tionada 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 referendo⁷³.

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 las acciones de nulidad que había sido intentada contra la mencionada “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”⁷⁴ 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 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 cum-

74 G.O. N° 36.707 de 24-05-99.

plir la orden judicial que derivaba de la anulación de la Resolución N° 990217-32 con 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 publicado⁷⁵.

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)⁷⁶, 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 preserva-

75 Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2001, la nota N° 118 de las pp. 150 y ss.

76 Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, *op. cit.*, pp. 190 a 198.

ción 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....

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%⁷⁷.

77 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.

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.

7. *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:

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 Na-

cionales 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 *lure*” esto es, que se trata de un proceso enmarcado dentro del actual sistema jurídico venezolano⁷⁸.

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*) 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 políticas⁷⁹.

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 1999⁸⁰; 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”⁸¹.

78 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999 (En prensa).

79 *Idem*.

80 Véase el texto de esas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea...* *op. cit.*, pp. 221 y ss.

81 Caso: *Milagros Gómez y otros*. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 82.

8. *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 constituyentes⁸². Una Asamblea Constituyente conformada por una mayoría de esa naturaleza, por supuesto, impidió toda posibilidad de que se convirtiera en un instrumento válido de 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 nacimiento⁸³. 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 constitucional⁸⁴, por lo que la Asamblea tenía los límites contenidos en las *bases comiciales* del mismo, a los cuales estaba sometida.

82 Allan R. Brewer-Carías, Alberto Franceschi, Claudio Fermín y Jorge Olavarría como Constituyentes Nacionales y Antonio Di'Giampaolo y Virgilio Avila Vivas como Constituyentes Regionales

83 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.

84 Véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 6 de 25-01-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 81-82.

Sin embargo, prevaleció el criterio de la mayoría que quedó plasmada, contra toda la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, en el artículo 1° 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 Constituyente⁸⁵.

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”⁸⁶, desvinculando

85 Véase en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, agosto-sep. 1999, pp. 144 de la sesión del 07-08-99. Véase el texto, además, en *G.O.* N° 36.786 de 14-09-99.

86 Una Asamblea Constituyente no puede tener poder originario o soberano alguno; el soberano es el pueblo, como poder constituyente originario, y este no puede trasladar o delegar su soberanía en una Asamblea; es decir, constitucionalmente no existe una Asamblea Constituyente originaria pues es el pueblo, como poder constituyente, el único que puede ser originario. Sobre ello, Ricardo Combellas, uno de los miembros de la Comisión Presidencial Constituyente que había nombrado el Presidente Chávez, había señalado claramente en 1998, que la Asamblea Constituyente es “un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre”⁸⁶; agregando que “La Asamblea Constituyente no reviste como algunos con ignorancia sostienen, el rango de poder constituyente originario sino derivado, por la sencilla razón de que se trata de un cuerpo representativo. La teoría democrática sólo reconoce un poder constituyente originario, el pueblo, cuya voluntad genuina se manifiesta a través del referendo, en virtud de lo cual la Constitución más legítima es aquella ratificada refrendariamente por los ciudadanos”. Véase en Ricardo Combellas, *¿Qué es la Constituyente? Voz para el futuro de Venezuela*, Caracas 1998, p. 101. Muchas de las afirmaciones formuladas en este libro sobre la naturaleza de la Asamblea Constituyente fueron radicalmente distintas a las formuladas por el mismo autor en su libro Ricardo Combellas, *Poder Constituyente (Presentación, Hugo Chávez Frias)*, Caracas, 1999. En todo caso, meses más tarde, Combellas cambiaría de opinión y se colocaría del lado de los “ignorantes” a los cuales se había referido, al votar en la Asamblea Nacional Constituyente como miembro de la mayoría electa con el apoyo del Presidente Chávez, a favor de que la Asamblea adquiriera poderes originarios. Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, cit., Sesión de 07-08-99, N° 4, pp. 16 y ss. Esa Asamblea fue, precisamente la que asaltó el poder y sentó las bases del autoritarismo constitucional en el país. Pero cuatro años después de haber apoyado los poderes de esa Asamblea, en febrero de 2004, el mismo Combellas reconocería la existencia en Venezuela de una “dictadura que se ampara tras la Constitución” identificando entre los culpables de ello, precisamente, a “La Asamblea Nacional Constituyente, cuando aprobó el régimen transitorio, el TSJ al declarar la supraconstitucionalidad de ese régimen y también la complicidad sutil, y a veces descarada, de los poderes del Estado en función de un proyecto hegemónico y personalista”.

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 emitiera⁸⁷.

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 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 Asamblea⁸⁸.

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 vigente⁸⁹. 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 constituyentes⁹⁰.

un proyecto hegemónico y personalista”. Véase entrevista con Roberto Giusti, *El Universal*, Caracas 23-02-2004, p. 1-4. *¿Qué es la Constituyente? Voz para el futuro de Venezuela*, cit., p. 101.

- 87 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.
- 88 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México, 2002.
- 89 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, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001.
- 90 Sentencia N° 1562 de la sala Constitucional de 12-12 2000, *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

La consecuencia de esta doctrina fue la consideración de que los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no estaban sujetos a la Constitución de 1961⁹¹, y de que tenían “carácter supra-constitucional”⁹², 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 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”⁹³. Ese carácter de poder constituyente originario le sería reconocido posteriormente, validando las decisiones, por la Sala Constitucional designada por la propia Asamblea Constituyente⁹⁴.

En esta forma, la Asamblea Nacional Constituyente se auto proclamó como un superpoder estatal, contrariando lo dispuesto en el estatuto de su elección contenido

91 Véase sentencia N° 6 de la Sala Constitucional de 27-01-2000; *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 95-96

92 Véase sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 30-05-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 151.

93 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, cit., pp. 207 y ss.

94 Véase sentencia N° 179 de la Sala Constitucional de 28-03-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 82-86.

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 originario⁹⁵, el cual, al contrario le había sido negado por la Corte Suprema de Justicia en 1999.

9. *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 municipales⁹⁶.

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:

95 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, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 93-95 y sentencia N° 1563 de 13-12-2000 en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

96 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, cit., pp. 213 y ss.

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 Presidente⁹⁷. 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 Asamblea⁹⁸.

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 negativamente⁹⁹.

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 Justicia¹⁰⁰. 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 Comisión¹⁰¹.

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 escrito¹⁰². 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 1961¹⁰³.

97 Véase en *Gaceta Constituyente, cit.*, p. 3 de la sesión del 09-08-99.

98 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.

99 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 *G.O. N° 36.764* de 13-08-99.

100 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 *G.O. N° 36.782* de 08-09-99.

101 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.

102 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 *G.O. N° 36.772* de 26-08-99.

103 Véase el texto del Acuerdo en *El Nacional*, Caracas, 10-9-99, p. D-4.

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, razonándolo¹⁰⁴.

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 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 Asamblea¹⁰⁵.

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.

104 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 *G.O.* N° 36.776 de 31-08-99.

105 Véase las referencias en Allan R. Brewer-Carías. *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, *op. cit.*, p. 233 y ss.

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*) 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.

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. 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 al final, luego de aprobado popularmente el nuevo texto constitucional el 15 de diciembre de 1999, violándose esta vez, el nuevo texto aprobado.

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 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 le reconoció supuestos poderes “supraconstitucionales” a la Asamblea¹⁰⁶.

Se trataba, por tanto, del centro del poder más poderoso que había en el país¹⁰⁷, que escapaba a toda posibilidad efectiva de control judicial sobre sus actos y que

106 Véase las referencias en Allan R. Brewer-Carías. *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, *op. cit.*, p. 233 y ss.

107 Véase Ricardo Antela Garrido, “La transición constitucional (o cómo la Asamblea Nacional Constituyente se transformó en un poder suprapopular)”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2 (enero-junio). Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 19-45; y en general, sobre el rol político de la Asamblea, en Diego B. Urbaneja, “El proceso constituyente venezolano de 1999 y el concepto de lo político de Carl Schmitt”, en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Editorial Ex Libris, Caracas, 2000, pp. 761-784

actuaba como brazo político del Presidente de la República, para el asalto final al poder. Ello ocurrió una semana después de aprobada la Constitución por referendo popular, el 22 de diciembre de 1999, con la sanción, por la propia Asamblea Nacional Constituyente que a pesar de ello siguió funcionando, de un “Régimen de Transición del Poder Público”¹⁰⁸ paralelo, el cual se analiza en la *Décima Segunda Parte* de este libro, y que no fue sometido a referendo aprobatorio, pues quizás de haber ocurrido, se habría podido presentar el riesgo de que la nueva Constitución no fuera aprobada¹⁰⁹.

En ese Régimen Transitorio, que violaba la propia nueva Constitución, la Asamblea ratificó al Presidente de la República y nombró directamente y sin someterse a lo que la Constitución establecía, a los integrantes del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, a nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral y a los titulares de la Fiscalía General de la República, de la Contraloría General de la República y del Defensor del Pueblo.

Todo el poder, por tanto, quedó en manos de la mayoría que controlaba la Asamblea y que respondía a los dictados de Presidente. La Asamblea Nacional Constituyente, además, creó una Comisión Legislativa que no estaba regulada en la Constitución, para que actuara como órgano legislativo hasta que se eligiera la nueva Asamblea Nacional, para lo cual, la propia Asamblea Constituyente asumió funciones legislativas que no tenía, cambiando la Ley electoral.

Todas estas inconstitucionalidades, por supuesto, fueron avaladas y lavadas por el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, cuyos Magistrados habían sido nombrados a la medida para defender el poder. El Tribunal, así, nuevamente en sentencia de 26 de enero de 2000¹¹⁰ reconoció un supuesto carácter originario de la Asamblea, con poderes supraconstitucionales, justificando la transitoriedad constitucional que no ha cesado y que ha permitido avalar muchas otras acciones contrarias a la Constitución por parte de los órganos del Estado. En la *Décima Parte* se analizan las diversas decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo avalando la transitoriedad constitucional *sine die* a la que ha estado sometido el país en los últimos años.

El caso más destacado fue el de la sanción, en 2000, por la Asamblea Nacional electa en agosto de ese año, de una Ley Especial Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional de 14-11-00¹¹¹, contrariando el texto expreso de la Constitución que exige que se constituyan sendos Comités de Postulaciones integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad civil. Esos Comités son los que deben postular candidatos a esos cargos ante la Asamblea Nacional para que ésta los designe. La Ley Especial violó este mecanismo de participación de la sociedad civil que regula la Constitución, y reguló una Comisión parlamentaria ampliada para efectuar

108 G.O. N° 36.859 de 29-12-1999.

109 Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, op. cit., pp. 343 y ss.

110 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 93 y ss.

111 G.O. N° 37.077 de 14-11-00.

los nombramientos. Lo insólito del proceso de asalto al poder es que una vez que la Defensora del Pueblo atacó la Ley por inconstitucional ante el Tribunal Supremo, éste en sentencia N° 1562 de 12 de diciembre de 2000¹¹², decidió en su propia causa, actuando como juez y parte, avalando la inconstitucionalidad en nombre de la supuesta “transitoriedad constitucional” que ha servido como traje a la medida para el control del poder por quienes han seguido al Presidente de la República.

10. *La sumisión de la Corte Suprema al poder constituyente de la Asamblea y su extinción final a manos de la Asamblea que había creado*

Con fundamento, entonces, en el 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, como se ha reseñado, 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”. 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.

112 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 108 y ss.

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 referendada 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, autoatribuyéndose “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 cons-

tituyente, 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 Landae-ta; 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 indi-

cando 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 desaguisados 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 el 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 intervención¹¹³.

113 G.O. N° 36.772 de 25-08-99 reimpresso en G.O. N° 36.782 de 08-09-99.

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 1° 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. 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 1999¹¹⁴.

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 conjuces 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).

114 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.

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 reformado¹¹⁵, 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.

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 Inspección 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 Inspección 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*.

115 G.O. N° 36.825 de 09-11-99.

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 jueces¹¹⁶.

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 la Asamblea y en conformidad con el artículo 1° del Decreto de Reorganización del Poder Judicial del 25 de agosto de 1999”, dictó otro Decreto que confirió facultades a la Comisión de Emergencia

116 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.

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)¹¹⁷.

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 del 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 Acuerdo¹¹⁸, 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 el 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.

117 G.O. N° 36.832 de 18-11-99.

118 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 Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, *cit.*, pp. 75 y ss.

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:

Respalda 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 el 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 1999¹¹⁹, 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).

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

119 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 25 a 55; 169-198; 223 a 250. Véanse los comentarios en Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2001, Segunda Parte.

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, usurpándosele 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 denegación 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 los 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 Su-

premo 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.

IV. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Después de las sentencias de la Corte Suprema, el carácter de la Asamblea Nacional Constituyente puede decirse que había quedado delineado: de acuerdo a las mismas, se trataba de un nuevo medio de reforma constitucional, distinto a los previstos en la Constitución de 1961 (art. 245 y 246), que podía derivarse de una consulta al pueblo, es decir, de una manifestación de la soberanía popular. Conforme a ello, la Asamblea Constituyente tenía que actuar con sujeción a la Constitución de 1961, hasta que este texto fuese sustituido por uno nuevo, producto, precisamente de la actividad de la Asamblea; por lo que la Asamblea Constituyente convocada bajo el marco de la Constitución de 1961 luego de un *referéndum consultivo*, no podía tener otras funciones que no fueran las de elaborar una nueva Constitución producto del pacto político-social-constitucional a que llegara la Asamblea.

Pero del total de los 131 constituyentes que conformaron la Asamblea sólo 4 de los electos en la circunscripción nacional y 2 de los electos en las circunscripciones regionales recibieron el voto popular sin formar parte de las listas electorales que apoyó el Presidente de la República y los partidos políticos de la coalición de gobierno. La Asamblea, así, resultó dominada por los 125 constituyentes electos con el directo y abierto del apoyo del Presidente Chávez, quienes imponiendo su mayoría la convirtieron en órgano aparentemente con poderes imprecisos e ilimitados para “transformar el Estado y crear un nuevo orden jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa” (art. 3, Primera). Ese carácter exclusivo de la Asamblea se debió, entre otros factores, al sistema electoral que fue diseñado especialmente.

1. *El sistema electoral escogido y el exclusivismo político de la Asamblea*

Ese sistema electoral que se estableció, definitivamente no fue producto de algún acuerdo político entre los diversos sectores del país¹²⁰. Lo definió sólo el Presidente de la República, como un sistema de carácter nominal mediante postulación individual de cada candidato, y una elección personificada. Los 104 constituyentes regionales debían elegirse en cada región, en un número variable según la población de cada una. Una vez concluida la fase de postulaciones individuales, la autoridad electoral elaboró una lista alfabética de todos los postulados en cada región, y el elector tenía derecho a votar, escogiendo de la lista hasta un número igual a los que correspondía elegir. En la circunscripción nacional, la postulación también fue nominal y una vez elaborada la lista de todos los candidatos que se postularon individualmente se dispuso que cada elector tendría derecho a votar sólo por 10 candidatos y no por los 24 que debían ser electos.

120 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia en Venezuela*, Ediciones Libros El Nacional, Caracas, 2002, pp. 234 y ss.

Este sistema electoral, aparentemente nominal y personalizado, se convirtió en el más diabólico mecanismo de control de la Asamblea Nacional Constituyente por parte del Presidente de la República y sus seguidores. El Presidente, personalmente, hizo campaña electoral en todo el país, y propuso su propia lista en cada región, con los candidatos a elegir. Por otra parte, para la elección de los constituyentes nacionales, propuso a los electores de los Estados orientales una lista de 10 candidatos y a los electores de los Estados occidentales otra lista con otros 10 candidatos. En consecuencia, el Presidente de la República, en una multimillonaria campaña electoral (que ahora, en 2002, se sabe que fue financiada por el Banco Bilbao Vizcaya de España), en cada circunscripción regional presentó y apoyó una lista de los candidatos a elegir en la región, más la lista de los 10 candidatos nacionales correspondientes.

Efectuada la votación el 25 de julio de 1999¹²¹, en la cual se produjo una abstención del 53%, el resultado fue que el Presidente de la República logró la elección de todos los candidatos regionales, menos dos, es decir, un total de 102 de los 104 que correspondían; y los 20 candidatos nacionales que conformaban sus listas. Por tanto, sólo llegaron a ser electos sin el respaldo del Presidente Chávez y más bien adversándolo, 4 constituyentes nacionales (ello fue posible, porque la votación por elector sólo podía hacer por 10 candidatos). Los tres representantes indígenas fueron electos de acuerdo con “las costumbres ancestrales” respectivas, y los mismos resultaron adeptos al partido de gobierno.

El sistema electoral establecido por el Presidente de la República en la convocatoria al referendo, por tanto, fue el menos indicado para conformar una Asamblea Constituyente pluralista que incluyera a todos los grupos y actores políticos. Lejos de contribuir al pluralismo y a la representación plural, el sistema electoral impuesto por el Presidente de la República en su convocatoria, condujo a la instalación de una Asamblea Constituyente exclusivista, en la cual quedaron excluidos de representación todos los partidos políticos tradicionales, quedando dominada por el partido de gobierno y por los seguidores del Presidente. De 131 miembros, sólo 2 tenían pertenencia partidista respecto de los partidos tradicionales desplazados (un constituyente nacional y uno regional) y otros cuatro habían sido candidatos independientes postulados por iniciativa propia. Entre ellos, incluso, no había un proyecto común. Se convirtieron en el grupo opositor en la Asamblea, por reflejo, por no formar parte del grupo que apoyaba al Presidente de la República.

Una Asamblea Constituyente conformada por una mayoría de esa naturaleza, por supuesto, impidió toda posibilidad de convertirse en un instrumento válido de 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. En realidad, debió haberse tratado de un medio o instrumento político de conciliación, necesario para recomponer el sistema democrático y asegurar su gobernabilidad, para lo cual era necesario asegurar la participación de todos los sectores de la sociedad, lo que sin embargo, no se logró. Al contrario, por esa falta de participación, acentuó las diferencias fundamentales entre los sectores políticos, y profundizó la fraccionalización del país. Por tanto, lejos de haber constituido un mecanismo para promover el diá-

121 Véase José E. Molina y Carmen Pérez Baralt, “Procesos electorales. Venezuela abril, julio y diciembre 1999”, en CAPEL-IIDH, *Boletín Electoral Latinoamericano*, N° XXII, San José, 2000, pp. 63 y ss.

logo y consolidar la paz, permitiendo la competitividad y convivencia, sirvió para acentuar las diferencias y agravar la crisis política.

Por ello, la Asamblea Constituyente que se eligió en julio de 1999 y se instaló el 3 de agosto de 1999, fue 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.

2. *Las etapas en el funcionamiento de la Asamblea Constituyente*

El funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente durante el lapso previsto en la *base comicial novena del referéndum del 25 de abril de 1999*, que era por 180 días, puede distribuirse en cuatro etapas hasta el momento de la sanción de la nueva Constitución, ya que con posterioridad se abrió una quinta etapa de “régimen de transición del Poder Público” desvinculada, incluso, de lo dispuesto en las *Disposiciones Transitorias* de la propia Constitución de 1999 y totalmente ilegítima desde el punto de vista constitucional:

En la *primera*, como se dijo anteriormente, que duró el primer mes de funcionamiento (del 08 de agosto al 02 de septiembre de 1999), la Asamblea asumió la tarea de reorganizar los Poderes Públicos constituidos; en la *segunda*, que duró del 02 de septiembre al 18 de octubre, el trabajo se concentró en las Comisiones Permanentes y en la Comisión Constitucional, tendiente a la elaboración del Proyecto de Constitución; en la *tercera*, que duró desde el 21 de octubre al 14 de noviembre, la Asamblea, en sesiones plenarias se dedicó a la aprobación del Proyecto de Constitución; y la *cuarta*, desde el 15 de noviembre al 15 de diciembre, se dedicó a la difusión del texto del *Proyecto* para el *referéndum aprobatorio* que se efectuó en esa oportunidad.

Ya nos hemos referido a la primera etapa del funcionamiento de la Asamblea, que duró entre el 8 de agosto y el 2 de septiembre de 1999, durante la cual intervino todos los poderes públicos irrumpiendo contra la Constitución de 1999. La elaboración del proyecto de Constitución fue una tarea posterior, que se desarrolló en las etapas subsiguientes.

En efecto, en la *segunda etapa* de funcionamiento de la Asamblea, que duró del 2 de septiembre al 18 de octubre de 1999, no se realizaron sesiones plenarias de la Asamblea, habiéndose concentrado el trabajo de la misma en las 20 Comisiones Permanentes que se habían designado, las cuales elaboraron las partes correspondientes del Proyecto de articulado, que se remitieron a la Comisión Constitucional, la cual durante el período comprendido entre el 28 de septiembre y el 18 de octubre de 1999, pretendió realizar la labor de integración normativa necesaria para, de los 20 informes de las Comisiones, elaborar un Anteproyecto de Constitución.

Lamentablemente, desde el inicio no se llegó a adoptar una metodología adecuada para elaborar un Proyecto de Constitución. Debíó, ante todo, partirse de un Anteproyecto concebido como un todo orgánico, sobre el cual las diversas Comi-

siones debieron haber trabajado para la elaboración de las ponencias respectivas. Lamentablemente no fue así, y no se siguió la experiencia de la Constituyente de 1947, que partió de un Anteproyecto elaborado por una Comisión que había sido nombrada por la Junta Revolucionaria de Gobierno el 17-11-45 (Decreto N° 53) y que presidió Andrés Eloy Blanco, quien luego presidió la Asamblea Constituyente de 1946-1947. Asimismo sucedió en 1958, cuando el Congreso, para la elaboración de la Constitución de 1961, adoptó como Anteproyecto el texto de la Constitución de 1947.

En la Asamblea Nacional Constituyente, lamentablemente no se partió de algún Anteproyecto elaborado previamente, a pesar de que el Presidente de la República había designado una Comisión Constituyente para ello. Del Presidente, sin embargo, la Asamblea recibió un documento intitulado *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República* (agosto 1999), el cual, en realidad, no podía considerarse un Anteproyecto de Constitución y ni siquiera fue considerado como tal por la Asamblea para que las Comisiones iniciaran su trabajo, como incluso lo propusimos en la Comisión de Coordinación.

Metodológicamente, por tanto, el trabajo de la Asamblea, se inició con la falla fundamental de carecer de un Anteproyecto como punto de partida, por lo que la Comisión Constitucional, con la premura y presión que se le imprimió, no pudo realizar adecuadamente en los 15 días que sesionó, la tarea de elaborar un Proyecto acabado de Constitución, totalmente integrado y coherente.

El 18 de octubre de 1999, en todo caso, la Comisión consignó ante la Asamblea el Proyecto de Constitución para la discusión en la plenaria, el cual sin embargo, fue revisado y reformulado por otras Comisiones especiales, razón por la cual la discusión en las sesiones plenarias se iniciaron el 20 de octubre de 1999.

La *tercera etapa* del funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, en consecuencia, duró desde el 19 de octubre al 17 de noviembre de 1999, cuando se firmó el Proyecto de Constitución, sesión a la cual deliberadamente no concurrimos por estar en desacuerdo globalmente con el Proyecto.

Durante esa etapa, la *primera discusión* del Proyecto, en una forma inusualmente rápida y con celeridad casi irracional, se efectuó en 19 sesiones plenarias que se desarrollaron entre los días 20 de octubre y 09 de noviembre de 1999, y la *segunda discusión* se desarrolló en sólo tres sesiones plenarias, entre los días 12 al 14 de noviembre de 1999. En las discusiones desarrolladas en dichas sesiones intervinimos en todos los Títulos, Capítulos y Secciones del Proyecto y en materialmente, todos los artículos del mismo.

3. *La atropellada elaboración de la nueva Constitución y la ausencia real de participación política*

Una vez intervenidos los poderes públicos y en medio del conflicto político que ello ocasionó, la segunda etapa de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente (septiembre-octubre 1999) se destinó a la elaboración del texto de un proyecto para una nueva Constitución. Ese proceso no siguió ningún modelo que pudiera permitir la efectiva discusión pública y participación popular. La Asamblea Nacional Constituyente, incluso, comenzó a elaborar el proyecto de nueva Constitución, desde el principio, colectivamente, sin que hubiera habido un proyecto inicial.

Por tanto, en la elaboración de la nueva Constitución no se siguió la vía ortodoxa en procesos similares de haberse elaborado previamente un proyecto de Constitución por una Comisión constitucional pluralista, para luego ser discutida por una Asamblea plenaria.

El Presidente de la República, efectivamente, había creado, al instalarse en el gobierno, un Consejo Constituyente integrado por personas del mundo político independiente, pero que en realidad dedicaron su tiempo a la elaboración de las bases para la elección de la Asamblea Constituyente. Dicho Consejo no elaboró ningún proyecto de Constitución, ni sus trabajos fueron públicos ni participativos. Consistieron, sólo, en reuniones cerradas con el Presidente de la República H. Chávez, durante las semanas previas y posteriores a la instalación de su gobierno.

En el proceso de elaboración del proyecto de Constitución por la Asamblea Nacional Constituyente, por tanto, no se partió de un proyecto previo, y si bien el Presidente presentó un documento a la Asamblea¹²², fue sólo eso, un documento que fue a engrosar otros muchos documentos de trabajo que presentaron algunos grupos e individualidades. Por tanto, en el proceso, si bien hubo un Consejo Constituyente que diseñó las bases de funcionamiento de la Asamblea, no fue de efectiva integración plural, pero no hubo una Comisión Constitucional que hubiera elaborado un proyecto de Constitución, mediante un proceso de consulta pública, para ser sometido a la discusión de la Asamblea.

En consecuencia, la Asamblea Nacional Constituyente, después de dos meses de funcionamiento, comenzó el proceso de elaboración de un proyecto de Constitución mediante el método menos adecuado, que consistió en nombrar 20 comisiones que trataron los 20 temas esenciales de cualquier Constitución, y a ellas se encargó la elaboración en forma aislada, de sus propuestas en cada tema. Eso se hizo durante el mes de septiembre de 1999, es decir, un período excesivamente corto, durante el cual cada Comisión actuó aisladamente, realizando escasas consultas y propiciando esporádicamente la participación en la elaboración de proyectos, de los grupos que consideraron apropiados.

Para finales de septiembre de 1999, las 20 Comisiones sometieron a la Comisión Constitucional los 20 proyectos de articulado constitucional, que en conjunto sumaban casi 800 artículos. La Comisión Constitucional de la Asamblea era la encargada de conformar el proyecto de Constitución; pero lamentablemente se le impuso que en un lapso de sólo 2 semanas realizara la integración de todos aquellos textos redactados aisladamente, en un solo proyecto. La rapidez atropellada del proceso de elaboración de un anteproyecto de Constitución, dominado por un solo grupo que constituía mayoría abrumadora en todas las comisiones, por supuesto, impidió toda posibilidad de discusión pública del proyecto y de participación de la sociedad civil en la elaboración del texto que debía someterse a las discusiones de la Asamblea en plenaria. El texto que la Comisión Constitucional presentó el 18 de octubre ante la Asamblea, en todo caso, y por la premura impuesta, lamentablemente resultó ser muy deficiente, por constituir un agregado o catálogo de deseos, peticiones y buenas intenciones integrados en un texto excesivamente extenso.

De nuevo, la premura en tener listo el nuevo texto constitucional se impuso por presiones del gobierno, exigiéndose a la Asamblea Nacional Constituyente la tarea

122. *Ideas fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, Caracas, 1999.

de discutir y aprobar el proyecto de Constitución en sólo un mes, lo que ocurrió entre el 19 de octubre y el 17 de noviembre de 2000. Es decir, en sólo 19 sesiones de primera discusión (20 de octubre a 9 noviembre) y de 3 sesiones de segunda discusión (12 al 14 de noviembre) lo que equivale a sólo 22 días de discusión, en Venezuela se aprobó una nueva Constitución!¹²³.

La manera inusitadamente rápida con que se elaboró la Constitución, con una celeridad irracional exigida e impuesta por el Presidente de la República, condujo a que fuera completamente imposible que se asegurara la posibilidad de participación pública en el proceso constituyente.

A pesar de algunas buenas intenciones y una corta propaganda política, la verdad es que por lo reducido del tiempo, fue imposible toda participación política y pública efectiva en la elaboración del proyecto. Antes de la elaboración del proyecto, no hubo discusión pública, ni participación para la definición de las cuestiones constitucionales básicas que debían resolverse en la Asamblea (presidencialismo, bicameralismo, separación de poderes, descentralización, federalismo, municipalismo), ni sobre la misión básica de la misma. Tampoco hubo un programa de educación pública, para permitir la incorporación de propuestas de grupos de la sociedad civil y de organizaciones no gubernamentales. Estos no se incorporaron efectivamente al proceso constitucional, y sólo las organizaciones indigenistas tuvieron posibilidad de participar, por el hecho de contar directamente con 3 constituyentes indígenas.

El escaso tiempo que se impuso a la Asamblea para su trabajo, en todo caso, dispó toda posibilidad real de participación. Quienes controlaron el proceso optaron más por un proceso rápido sin participación, que por un proceso participativo que era más lento.

La participación popular en el proceso constituyente de 1999, en consecuencia, quedó realmente reducida a votaciones populares generales: en abril de 1999, en el referendo consultivo sobre las bases y misión de la Asamblea Constituyente; en julio de 1999, en la elección de los miembros de la Asamblea; y finalmente, en diciembre de 1999, en el referendo aprobatorio del proyecto de Constitución que se había divulgado durante sólo tres semanas previas.

La Constitución fue aprobada el 15 de diciembre de 1999, en un referendo aprobatorio¹²⁴ en el cual hubo una abstención del 55%. Ese texto, en todo caso, no se configuró como un documento que como lo había precisado el referendo consultivo de abril de 1999, asegurara la transformación del Estado y del sistema democrático venezolano. Es decir, el texto aprobado no llegó a constituir la nueva visión de la sociedad que se exigía, con la definición de los principios fundamentales que se requerían para la reorganización política del país y la redistribución del poder, de manera que se pudiera reemplazar el sistema de Estado centralizado de democracia de partidos por un Estado descentralizado de democracia participativa.

En realidad, el gran debate que no se dio en la Asamblea Nacional Constituyente y que era el que se imponía en el momento de crisis que vivía el país, era el relativo a la descentralización política y a la democracia participativa. Más demo-

123 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002, p. 239 y ss.

124 Véase José A. Molina y Carmen Pérez Baralt, *loc. cit.*, pp. 67 y ss.

cracia exigía más descentralización política, que era la única forma de lograr que fuera más representativa y más participativa. Para ello se debía construir un nuevo modelo de Estado descentralizado, con un nuevo sistema de distribución del poder y de democracia participativa, que no podía quedar reducida a referendos, y que eliminara el monopolio de la representatividad y de la participación que tenían los partidos. Lamentablemente nada de esto se logró.

El proceso constituyente, por tanto, lejos de conciliar políticamente al país, acentuó las diferencias fundamentales y condujo a un mayor fraccionamiento y polarización extrema, al servir de instrumento para que un grupo asumiera el control total del poder¹²⁵. Además, la Constitución que fue aprobada por la Asamblea, lamentablemente, en nuestro criterio, no aseguraba la transformación que requería el sistema político para perfeccionar la democracia, de manera de garantizar el reemplazo del Estado *Centralizado de Partidos*, que estaba y sigue estando en crisis terminal, por uno *Descentralizado y Participativo*¹²⁶.

Siempre pensamos que el gran debate del momento constituyente que vivía el país era el relativo a la descentralización política y por la democracia participativa. Más democracia exigía y exige más descentralización, única forma de lograr que sea más representativa y más participativa. Para ello debíamos construir un nuevo modelo de Estado Descentralizado, con un nuevo sistema de democracia de participación, la cual no podía quedar reducida a referendos, que eliminara el monopolio de la representatividad y de la participación que detentan los partidos políticos.

Lamentablemente, nada de ello se logró. La nueva Constitución, a pesar de que denomina al Estado como Federal descentralizado (art. 4), no pasa de consagrar el anhelo de siempre, no alcanzado. La verdad es que el texto aprobado no logra superar el esquema centralista de la Constitución de 1961, con Estados minimizados políticamente, sin recursos tributarios propios que se le quitaron en la *segunda discusión* y con entes legislativos regionales que no pasan de ser las Asambleas Legislativas tradicionales con otros nombres, pero reguladas por el Poder Nacional.

El centralismo del Estado, en todo caso, ahora aparece agravado con la eliminación del Senado, institución que podía haber permitido una representación igualitaria de los Estados para participar en la formulación de las políticas nacionales. Con una Asamblea Nacional Unicameral, los Estados poco poblados están en la posición de poder ser aplastados por la representación popular de los cinco o seis Estados densamente poblados del país, que pueden dominar la Asamblea.

125. Durante la discusión del Proyecto de Constitución, el autor elaboró 127 votos salvados en relación con la aprobación de 132 artículos del Proyecto de Constitución, que formuló tanto en *Primera* como en *Segunda discusión*, y presentó sucesivamente y por escrito, conforme al artículo 77 del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea, ante el Secretario de la misma. El país fue testigo del tiempo que le dedicó a los trabajos de la Asamblea, así como de las propuestas que formuló en diversas ocasiones para tratar de mejorar el texto constitucional. El autor hubiera querido que el mismo estuviese redactado en otra forma y lo más importante, hubiera querido que en el texto se hubiesen sentado, efectivamente, las bases para la transformación del sistema político-democrático venezolano. Véase el texto de los votos salvados 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, pp. 107 a 308.

126. Por ello el autor firmó el Proyecto de Constitución del 17 de Noviembre de 1999. Sólo firmó el texto constitucional en el acto de su proclamación el 20-12-99, una vez que fue aprobado en el referéndum del 15-12-99, en virtud de que ya había una decisión popular.

La descentralización política, como condición para el perfeccionamiento de la democracia, la verdad es que quedó pospuesta, defraudándose así al país en su conjunto.

Pero no sólo no se superó el centralismo del Estado, sino que la Asamblea no cambió nada en relación con la partidocracia, es decir, el sistema en el cual los partidos políticos han ejercido el monopolio de la representación popular y de la participación política.

De acuerdo con el texto aprobado, la elección de las Juntas Parroquiales, Concejos Municipales y Comisiones Legislativas Estadales, tendrá que seguir realizándose mediante el sistema de representación proporcional, el cual conduce, inexorablemente, a la sola representación de partidos políticos, los cuales podrán así seguir mediatizando la voluntad popular. La Asamblea no quiso introducir la elección uninominal a nivel local y asegurar la efectiva representatividad popular territorial por la que tanto se ha clamado.

En esta forma, el gran cambio político por el cual hemos venido luchando tantos años, no encontró cabida en la nueva Constitución, por lo que con ella difícilmente podrá superarse la crisis del Estado Centralizado de Partidos y llegar a perfeccionarse la democracia, lo que sólo puede lograrse con un sistema político descentralizado y participativo, que ha quedado ausente de la Constitución.

Y es que al centralismo y a la partidocracia, en la nueva Constitución se agrega una concepción fuertemente estatista del sistema socio económico, contrario a toda idea de libertad y solidaridad social, en el cual el Estado sustituye a la propia Sociedad civil y a las iniciativas particulares. El signo de la Constitución de 1999 es el paternalismo estatal que minimiza la educación privada, los servicios médicos particulares y la participación de los individuos, incluso los asegurados, en el manejo de la seguridad social. En nuestro criterio, los Constituyentes de 1999 no habíamos sido electos para formar parte de una Asamblea Constituyente que en definitiva se limitaría a constitucionalizar los fracasos del Estado en el seguro social o en los servicios públicos de salud, ni para reducir las iniciativas privadas en la educación.

Por supuesto no nos arrepentimos de haber formado parte de la Asamblea, donde hicimos nuestro mejor esfuerzo por cumplir a cabalidad el mandato popular que nos confiaron más de un millón doscientos mil electores. Sin embargo, en el referéndum aprobatorio de la Constitución no pudimos votar¹²⁷ por una Constitución que, como luego ocurrió, abría la vía al autoritarismo y que, en definitiva, cambiaba un centralismo por otro y una partidocracia de unos partidos por otros; que además, acentuaba el estatismo y que mezclaba el presidencialismo con el militarismo. Ese no había sido el cambio político por el cual habíamos luchado y por el cual hemos continuado y continuaremos luchando. En ese sentido, la Asamblea Nacional Constituyente puede considerarse que fue un fracaso político¹²⁸: no fue un instrumento para la conciliación democrática ni fue un mecanismo político para transformar el sistema político y perfeccionar la democracia; al contrario, en forma absolutamente exclusivista, consolidó los peores vicios del sistema político que se había querido cambiar, estableciendo las bases para el autoritarismo.

127 Véase las razones de la campaña del autor por el voto "No" en el referendo de diciembre de 1999, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 309 a 340.

128 Véase lo expuesto en tal sentido en Allan R. Brewer-Carías, *La Crisis de la democracia venezolana*, Ediciones Libros El Nacional, Caracas, 2002.

V. EL FRACASO DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999 COMO INSTRUMENTO DE CONCILIACIÓN

De todo lo anteriormente expuesto, se evidencia, que si bien en Venezuela se han producido cambios políticos de importancia con motivo del proceso constituyente de 1999, ellos han consistido fundamentalmente en el apoderamiento de todas las instancias de poder por un nuevo grupo político que gira en torno al Presidente H. Chávez y en desplazamiento del poder de los partidos tradicionales que lo controlaron por cuatro décadas. Sin embargo, en cuanto a las reformas políticas y del Estado que motivaron la convocatoria de la Asamblea Constituyente, a pesar de la reforma constitucional efectuada, no se produjo ninguna. Nada de lo que había que cambiar¹²⁹ en el sistema político fue cambiado; y más bien el resultado constitucional del proceso constituyente, fue la acentuación de los aspectos más negativos del sistema.

Por ello, el proceso constituyente puede decirse que fue un fracaso¹³⁰, y si bien se han realizado cambios políticos de gran importancia, los mismos lo que provocaron fue la acentuación de los elementos de la democracia que estaban en crisis¹³¹, pero con un cambio de los actores políticos por el acceso al poder de nuevos líderes que han contribuido a acentuar las diferencias entre los venezolanos y extremar la polarización política, haciendo cada vez más difícil la conciliación. El proceso constituyente de 1999, por tanto, sirvió para legitimar una Constitución¹³², pero por sobre todo, para permitir el apoderamiento de la totalidad del poder por un grupo que ha aplastado a todos los otros, abriendo heridas y rivalidades sociales y políticas, que no se habían presenciado en décadas, y acentuando los conflictos sociales y políticos del país.

Sin duda, insistimos, en 1999 se produjo un cambio político sin precedentes en la historia política del país desde los años cuarenta, en el sentido de que aparecieron nuevos partidos políticos, que asumieron el poder con carácter casi monopolístico, habiendo sido materialmente barridos los partidos tradicionales.

-
- 129 Véase Allan R. Brewer-Carías, "América Latina: retos para la Constitución del Siglo XXI", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2000, Konrad Adenauer Stiftung, Ciedla, Caracas, 2000, pp. 13-33. Publicado también en *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, op. cit., pp. 11-39; y como «Retos constitucionales para el siglo XXI» en *Revista Politeia (Constitución y Constitucionalismo hoy. Bicentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo)*, N° 26, enero-junio 2001, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 47-68
- 130 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El proceso constituyente y la fallida reforma del Estado en Venezuela" en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, pp. 25-48; y Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, op. cit., pp. 243-253.
- 131 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías "Reflexiones sobre la crisis del sistema político, sus salidas democráticas y la convocatoria a una constituyente", en Presentación del libro *Los Candidatos Presidenciales ante la Academia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998, pp. 11 a 66.
- 132 Véase Lolymar Hernández Camargo, "El Poder Constituyente como principio legitimador de la Constitución", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I. Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 113-130. Sobre el proceso constituyente y la nueva Constitución, véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, op. cit., pp. 153 y ss. Véase además, Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 93 y ss.

Un nuevo liderazgo político se entronizó en todos los niveles del Poder, habiendo quedado desplazado el liderazgo partidista y no partidista anterior. A parte de haberse conservado disposiciones fundamentales del constitucionalismo anterior¹³³, además, se produjeron importantes cambios y reformas constitucionales como, por ejemplo, la separación pentapartita del Poder Público, la eliminación del Senado como parte del Poder Legislativo Nacional, la consagración de la reelección presidencial, la creación de la figura del Vicepresidente de la República, la creación del Defensor del Pueblo, y la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos con lo cual la regulación de los mismos fue perfeccionada y ampliada en muchos aspectos.

Sin embargo, ninguna de esas reformas produjeron un cambio efectivo en el sistema político de Estado democrático centralizado representativo de partidos¹³⁴. A pesar del verbalismo constitucional, el Estado continúa montado sobre una democracia meramente representativa de partidos (sólo que ahora son nuevos partidos); el Estado sigue siendo centralizado a pesar de que se lo denomine “descentralizado”; y el presidencialismo se ha exacerbado, agregándose a los poderes del Estado, el poder militar, sin sujeción a la autoridad civil como nunca antes había ocurrido en nuestro constitucionalismo. En definitiva, hay un nuevo y acentuado centralismo y partidismo, con un acentuado presidencialismo y un nuevo militarismo constitucionalizado.

Esas reformas constitucionales que se introdujeron en el texto de la Constitución de 1999 para dejar todo igual o peor desde el punto de vista democratizador; pueden agruparse en relación con los mismos tres aspectos respecto de los cuales se requería y continúa requiriéndose una reforma política para perfeccionar la democracia.

1. *La pervivencia de la democracia representativa de partidos*

La partidocracia o democracia monopolizada en forma exclusiva por los partidos políticos, sistema en la cual los partidos políticos monopolizan la representatividad, controlan la participación política y todas las manifestaciones del poder, ha continuado en Venezuela a pesar del proceso constituyente de 1999 o quizás, como consecuencia de la forma hegemónica como aquél se desarrolló.

En efecto, como hemos señalado anteriormente, la Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999, se constituyó con 141 miembros de los cuales 135 fueron electos de las listas de candidatos apoyados abiertamente por el Presidente de la República que había sido electo meses antes, en diciembre de 1998, y de su partido de gobierno. La Asamblea, por tanto, fue un instrumento de imposición y exclusión y lejos estuvo de ser un instrumento constitucional para establecer un pacto político de la sociedad venezolana que se plasmara en una nueva Constitución. Al contrario, la Constitución de 1999 puede considerarse como un texto impuesto por la mayoría partidista y partidaria del Presidente de la República en la Asamblea Nacional Constituyente, que estuvo sometida a sus designios.

133 Véase Eva Lozada Caraballo, “Persistencia de principios en la Constitución venezolana”, *Libro Homenaje a Enrique Tejera París, Temas sobre la Constitución de 1999*, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas, 2001, pp. 11 a 50.

134 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia en Venezuela*, Ediciones Libros El Nacional, Caracas, 2002, pp. 246 y ss.

Como consecuencia del proceso constituyente, es cierto, los partidos políticos tradicionales casi desaparecieron, habiéndose trastocado el sistema multipartidista tradicional por un sistema de partido hegemónico, cuyo Presidente es el propio Presidente de la República y cuyo coordinador o director nacional ha sido el Ministro de Relaciones Interiores y de Justicia. La Constitución dispone que los funcionarios públicos no pueden estar al servicio de parcialidad alguna, sino al servicio del Estado (art. 145), pero ello parece que no ha importado a los nuevos controladores del poder. Además, el sistema electoral no fue cambiado en la nueva Constitución, conservándose el sistema de representación proporcional personificado, que es un instrumento de dominio partidista.

La nueva Constitución, sin embargo, formalmente estableció un conjunto de regulaciones que evidenciaron lo que puede denominarse una reacción contra los partidos políticos, pero las cuales 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) lo cual no se cumple; 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), lo cual no se ha cumplido; quinto, la obligación de los partidos políticos de escoger sus directivos y candidatos mediante procesos de votación internos (art. 67), lo cual tampoco 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 ingerencia estatal en la sociedad política tampoco se ha cumplido; y séptimo, la prohibición constitucional del financiamiento público a los partidos políticos (art. 67) lo cual lamentablemente ha provocado no sólo al financiamiento privado ilegítimo (narcotráfico, comisiones de partidos), sino al financiamiento público irregular y corrupto, difícil de identificar en un sistema donde no existe control fiscal ni parlamentario del ejercicio del poder, precisamente por su control hegemónico partidista que el gobierno ejerce en todos los niveles.

Pero a pesar de todas estas normas “reactivas” contra los partidos políticos, sin embargo, estos siguen siendo el eje del proceso político, aún cuando ahora se trate de nuevos partidos, entre ellos el del Presidente de la República. Se trata de su instrumento electoral y político, a través del cual, incluso, el Presidente de la República quiso imponer políticamente a un candidato gubernamental a la presidencia de la Confederación de Trabajadores de Venezuela.

La democracia venezolana, por tanto, sigue siendo esencialmente representativa de los partidos políticos, los cuales la controlan totalmente. Nada ha cambiado en el sistema, salvo que ahora hay nuevos partidos, con nuevos nombres y nuevos líderes, y un Presidente de la República que impunemente actúa como Presidente de un partido político.

Además, el sistema se ha configurado con nuevas e intolerables ingerencias en la sociedad civil, al atribuirse por ejemplo al Consejo Nacional Electoral, la potes-

tad de organizar todas las elecciones sindicales y de gremios profesionales (art. 293,6). Ello ha originado un permanente conflicto irresoluble, entre las organizaciones sindicales y el gobierno, con la frecuente intervención de la OIT en defensa de los sindicatos.

Pero por otra parte, es cierto, la Constitución de 1999 es quizás el texto constitucional que más emplea la palabra “participación”, regulando el derecho constitucional a la participación política (art. 62) y calificando al sistema de gobierno como democracia participativa, sentando incluso las bases para un municipalismo que concrete la participación (art. 184). Sin embargo, nada de ello ha ocurrido y con un régimen con tendencia a la centralización y concentración del poder, no habrá efectiva descentralización política a pesar de que, incluso, la Constitución califica como una política nacional (art. 158).

Sin embargo, debe destacarse que en un aspecto la Constitución de 1999 materializó directamente el espíritu de participación que la verbaliza, estableciendo directamente un mecanismo de participación “de los diversos sectores de la sociedad civil” para la designación de los titulares de los Poderes Públicos que no son elegidos por vía de sufragio universal, es decir, de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (Poder Judicial), del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo (Poder Ciudadano) y de los miembros del Consejo Nacional Electoral (Poder Electoral). En todos estos casos, y como una reacción contra los partidos políticos que tradicionalmente habían escogido y se repartían esas posiciones mediante el control de los votos de diputados en el antiguo Congreso Nacional; la Constitución de 1999 le quitó expresamente a la Asamblea Nacional el voto discrecional para tales designaciones, y estableció un complejo sistema conforme al cual las postulaciones para esos cargos sólo la pueden hacer sendos Comités de Postulaciones integrados “por representantes de los diversos sectores de la sociedad” (arts. 264, 279, 295). En esta forma, la Asamblea Nacional no puede recibir directamente postulaciones para esos cargos y no puede designar a nadie que no haya sido postulado por los Comités de Postulaciones.

Por supuesto, este sistema de participación política previsto en la Constitución, fue concebido como reacción contra el tradicional control de los partidos políticos en el parlamento y en los referidos nombramientos; pero como el actual partido de gobierno ejercía una hegemonía partidista en la Asamblea Nacional, no renunció a ella y simplemente dictó, en el año 2000, una Ley Especial mediante la cual no sólo no se desarrolló la Constitución, sino que más bien se la violó, atribuyéndose, a sí misma, como Asamblea Nacional, mediante una Comisión parlamentaria, tales designaciones. Ello, lamentablemente fue amparado por la supuesta e indefinida supremacía constitucional, convalidada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a pesar, incluso, de la acción de nulidad y amparo que ejerció contra dicha Ley, la entonces Defensora del Pueblo.

Aparte de lo anterior, sin embargo, no puede dejar de mencionarse que la Constitución de 1999 incorporó al constitucionalismo todos los mecanismos imaginables de democracia directa, regulando todos los referendos imaginables (arts. 71 a 74).

Pero en relación con la forma de gobierno democrático, el aspecto de las reformas constitucionales de 1999 que podía considerarse como parte de la reforma del Estado, era el de la atribución a los representantes de los diversos sectores de la

sociedad civil la potestad exclusiva de postular a los candidatos para ocupar las altas posiciones en los órganos del Poder Público no electos popularmente. Sin embargo, como hemos señalado, se trató de una reforma fallida, por burlada, por la Asamblea Nacional y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sobre ello, véase lo expuesto en las *Sexta y Décima Segunda Parte*.

2. *La pervivencia de la Federación centralizada con el nombre de Federación descentralizada*

La gran reforma política del Estado que debió haber signado los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, era la concerniente al reforzamiento del federalismo mediante la descentralización política de la Federación. Se trataba de avanzar en las reformas que se habían iniciado en 1989, con la elección directa de los gobernadores de Estado y con el inicio de transferencias de competencias nacionales a los Estados. Era necesario prever una más precisa distribución de competencias exclusivas entre el nivel nacional, el de los Estados y el de los Municipios, así como la identificación, también más precisa, de las competencias concurrentes entre las diversas entidades político-territoriales.

Por lo demás, el aspecto más importante en el cual se debía avanzar para hacer realidad la descentralización política de la Federación, era la previsión expresa de competencias tributarias propias para los Estados.

En esta materia, sin embargo, nada se avanzó respecto de lo que ya había ocurrido con las reformas iniciadas en 1989¹³⁵. Más bien hubo notables retrocesos: primero, se eliminó el Senado y el bicameralismo en el Parlamento nacional, eliminándose, en consecuencia, toda posibilidad de igualdad entre los Estados (art. 159), pues la única instancia en la cual podrían ser iguales es cuando tienen un mismo voto, con igual valor, en una Cámara Federal; segundo, la competencia tradicionalmente residual de los Estados de la Federación fue trastocada, estableciéndose además, una competencia residual a favor del Poder Nacional en toda materia tributaria no atribuida expresamente a los Estados y Municipios (art. 156,12); tercero, ninguna competencia tributaria fue asignada expresamente a los Estados, por lo que incluso la competencia tradicional en materia de impuestos al consumo que tenían como competencia originaria, fue eliminada totalmente (art. 156,12); cuarto, se estableció que los Estados sólo podrán tener competencias tributarias en las materias que le sean asignadas expresamente por ley nacional (art. 167,5); quinto, las competencias que se identifican como exclusivas de los Estados de orden sustantivo, sólo pueden ejercerse de conformidad con la legislación nacional que se dicte (art. 164); sexto, la autonomía de los Estados fue duramente lesionada, al prescribirse que la regulación de las materias de competencia concurrente sólo pueden dictarlas los Consejos Legislativos, cuando en el nivel nacional se dicten leyes de base y sólo conforme a ellas (art. 165); y séptimo, la autonomía estatal fue seriamente limitada al atribuirse a la ley nacional (art. 162) la regulación del régimen y funcionamiento de los Consejos Legislativos de los Estados que son parte de sus poderes públicos, y respecto de los cuales debía corresponder a los Estados regularlos en su propia Constitución (art. 164,1).

135 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001.

La Federación, en Venezuela, por tanto, sólo es formalmente “descentralizada” en el calificativo inserto en el artículo 4 de la Constitución; pues en la práctica, está tanto o más centralizada que en la Constitución de 1961. En esta materia, la reforma política que se realizó fue regresiva, acentuándose el centralismo, tal y como se analiza en la *Quinta Parte*.

3. *La concentración del Poder Público, el presidencialismo exacerbado y el militarismo*

El tercer aspecto en el cual resultaban necesarias reformas políticas y constitucionales para perfeccionar la democracia, es el que concierne a la separación orgánica de poderes, para el establecimiento de sus autonomías, balances, contrapesos y controles.

En esta materia, en la Constitución de 1999 se introdujo una reforma constitucional de importancia, consistente en la sustitución de la clásica división tripartita del Poder Público (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) por una división pentapartita, al agregarse al Poder Ciudadano y al Poder Electoral como parte de la separación orgánica de Poderes.

Sin embargo, es de la esencia de todo sistema de separación orgánica de poderes la consagración efectiva de la autonomía e independencia entre los poderes, lo que implica, fundamentalmente, que la permanencia de los titulares de los Poderes Públicos no puede estar sujeta a decisiones de los otros poderes del Estado, salvo por lo que respecta a las competencias del Tribunal Supremo de enjuiciar a los altos funcionarios del Estado. Pero salvo estos supuestos de enjuiciamiento, los funcionarios públicos designados como titulares de los órganos del Poder Público, sólo deberían cesar cuando se les revoque su mandato mediante referendo; por lo que los titulares de los Poderes Públicos no electos, tendrían derecho a permanecer en sus cargos durante todo el período de tiempo de su mandato. Esta era la tradición del constitucionalismo venezolano.

Ahora, sin embargo, en la Constitución de 1999, esta autonomía entre los poderes del Estado ha quedado trastocada, distorsionándose la propia esencia de la separación de poderes al atribuirse a la Asamblea Nacional la potestad de remover tanto a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 265), como 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 (art. 279) y a los Miembros del Consejo Nacional Electoral (art. 296). Es decir, los titulares de los órganos del Poder Electoral, del Poder Judicial y del Poder Ciudadano han quedado a la merced de la Asamblea Nacional, la cual, como órgano político, puede disponer la remoción de aquellos. Esto es la negación de la separación de poderes, y más bien es un signo de concentración del Poder en una Asamblea que, además, está controlada por el partido de gobierno y por tanto, directamente por el Presidente de la República, quien es el Presidente en ejercicio de dicho partido. Esto ha sido la negación a la separación de poderes y, más bien, es el signo más evidente de su concentración en una sola Magistratura, con grave riesgo para la libertad.

Pero en otro aspecto de la separación de poderes, entre el Legislativo y el Ejecutivo que concierne al sistema de gobierno, tampoco se introdujeron reformas esenciales, salvo las que han provocado la exacerbación del presidencialismo,

abandonándose así el sistema tradicional del presidencialismo moderado o con sujeción parlamentaria que con todos sus problemas operativos, era la tradición de nuestro constitucionalismo reciente. Esta exacerbación del presidencialismo, en efecto, resulta de los siguientes elementos: primero, la elección presidencial por mayoría relativa (art. 228), abandonándose la propuesta de la elección por mayoría absoluta y doble vuelta, para buscar una mayor legitimidad que se había propuesto durante el proceso constituyente; segundo, la extensión del período presidencial de 5 a 6 años (art. 230); tercero, la previsión por primera vez en más de un siglo, de la reelección presidencial inmediata (art. 230); cuarto, la atribución al Presidente de la República de la potestad de legislar, cuando sea habilitado mediante ley, sin que haya límites en cuanto a las materias que pueden ser objeto de la delegación legislativa (arts. 203 y 236,8); y quinto, la posibilidad que tiene el Presidente de la República para disolver las Cámaras Legislativas en el caso de que se produzcan tres votos de censura contra el Vicepresidente de la República (art. 236,21).

Por último, debe señalarse en relación con la separación de poderes, que en la Constitución de 1999 lamentablemente se trastocó la tradicional concepción constitucional de la sujeción del poder militar al poder civil, estableciéndose, al contrario, un régimen específico sobre la “seguridad de la Nación” y de la Fuerza Armada (arts. 322 y sigts.), cuyo único vínculo con el poder civil, materialmente, es la coincidencia de la figura del Presidente de la República con el de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional (art. 236,5). Además, se atribuyó al Presidente de la República la potestad de ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, la de promover sus oficiales a partir del grado de coronel o capitán de navío (arts. 236, 5 y 6), correspondiendo a la propia Fuerza Armada Nacional las otras promociones.

La Constitución de 1999, por tanto, está imbuida de un militarismo nunca conocido en el constitucionalismo venezolano anterior, el cual se concretiza, entre otros, en las siguientes regulaciones que apuntan a la eliminación de la tradicional subordinación de la autoridad militar a la civil: primero, la eliminación de la prohibición que establecían las Constituciones anteriores del ejercicio simultáneo de autoridad civil y autoridad militar; segundo, la eliminación del control por parte del Parlamento de los ascensos militares; tercero, el abandono de la previsión constitucional del carácter no deliberante y apolítico de la institución militar; cuarto, la eliminación de la obligación constitucional de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas que preveía la Constitución de 1961; quinto, la atribución a los militares del derecho al sufragio activo (art. 330); sexto, el establecimiento del privilegio del antejuicio de mérito ante el Tribunal Supremo de Justicia para el enjuiciamiento de altos oficiales (art. 266,3); séptimo, la atribución a la Fuerza Armada del control sobre todas las armas, incluso las civiles (art. 324); octavo, la atribución a la Fuerza Armada Nacional de competencias generales la materia de policía administrativa (art. 329); y por último, la introducción a la Constitución de principios relativos a la doctrina de la seguridad nacional, globalizante y omnicompreensiva, abandonada en el constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas (art. 322 y sigts)¹³⁶.

136 Véase en general, “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999” en el libro de Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de Méxi-

Lamentablemente, las reformas constitucionales antes referidas relativas a aspectos de concentración del poder y debilitamiento de la autonomía e independencia entre los poderes públicos; al presidencialismo exacerbado, y al militarismo; han configurado un marco constitucional abierto al autoritarismo “democrático” o de presidencialismo plebiscitario, que puede llegar a impedir toda idea de democracia basada en la participación política, y pretender centrar las relaciones de poder en una supuesta relación directa entre un líder y el pueblo, sin siquiera la intermediación de partidos, y sólo con un “partido militar” que, con el apoyo de la fuerza, apuntale un sistema político populista. Todas esas reformas constitucionales, por supuesto, en nada han contribuido a la democratización del Estado y del país.

Del panorama anterior resulta, por tanto, que la reforma política para el perfeccionamiento de la democracia, todavía es una tarea pendiente en Venezuela. En 1999, luego de un proceso constituyente, se adoptó una nueva Constitución, sin duda, con un conjunto importante de reformas constitucionales; sin embargo, las mismas no llegan a configurarse como el proceso de reforma que exigía la democracia venezolana, para sustituir el Estado democrático centralizado de partidos por un Estado, igualmente democrático, pero descentralizado y participativo¹³⁷.

El proceso constituyente de Venezuela, en 1999, por tanto, no condujo a una mayor democratización del país y, al contrario fue utilizado para constitucionalizar el autoritarismo, el cual, en definitiva, ha demostrado ser un instrumento profundamente antidemocrático.

Por ello, puede decirse que el régimen constitucional de 1999, no es un régimen constitucional definitivo y consolidado; pues ni siquiera logró ser el producto de un consenso político. Al contrario, fue el resultado de la imposición de un grupo político sobre el resto de la población. Su duración, por tanto, es previsible que sea corta, tanta como dure en el control del poder, el grupo que lo asaltó en 1999.

La Constitución de 1999, por tanto, puede considerarse como una Constitución de transición, dictada en medio de la crisis de un sistema político, pero que no ha producido su solución. En el futuro, por tanto, continúa pendiente la realización de la reforma del sistema político para su democratización, la cual no se logró realizar por la Asamblea Nacional Constituyente de 1999.

No es de extrañar, por tanto, que en poco tiempo se pueda volver a plantear en Venezuela la necesidad de convocar una Asamblea Constituyente para que se configure como instancia de conciliación política y de reforma política para perfeccionar la democracia; es decir, para que asuma la tarea en la cual la Asamblea de 1999 fracasó. Ojalá, en todo caso, que Venezuela no tenga que pasar por una guerra para llegar a ello.

En todo caso, esta obra está dedicada a comentar el texto de la Constitución de 1999, con sus desarrollos jurisprudenciales más destacados.

co, México 2000, pp. 171-193; 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; y en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 7-21.

137 *Idem*.

SEGUNDA PARTE

LA CONSTITUCIÓN Y SU SUPREMACÍA

I. LAS FUNCIONES DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de 1999, como toda Constitución contemporánea, es la ley suprema a los efectos de la integración política de la Nación, de la normación de la sociedad y de la organización del Estado¹³⁸. En relación con estas funciones de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de N° 23 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 71 de la Constitución*), las ha precisadas en el marco de la actividad política del Estado venezolano, en los siguientes términos:

En cuanto a la función integradora, precisado el término integración, como “el proceso mediante el cual las fuerzas políticas, económicas, culturales o de otra índole, que participan en el debate público, forman una unidad política”, entonces,

La Constitución es, en este sentido, el punto en el cual convergen y se reconocen grupos de opinión, partidos políticos, asociaciones o sindicatos con lineamientos ideológicos, doctrinarios o teóricos diversos, incluso enfrentados, pero en el que, no obstante la diversidad en la opinión o en las ejecutorias, se ha convenido en la implementación de mecanismos institucionales indispensables para hacer posible la gobernabilidad y el pluralismo en el ejercicio del Poder; y se ha dotado, de paso, a dichos mecanismos de los instrumentos que garanticen la participación de las mayorías en la toma de decisiones, el respeto a los derechos fundamentales y el relevo pacífico de las élites gubernamentales.

138 Véase en general, Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 9 y ss.; Jesús M. Casal H., *Constitución y justicia constitucional: los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, pp. 19 y ss.; Marcela I. Basterra, “Nuevas reflexiones en torno a la Constitución venezolana de 1999”, en *Revista Científica de Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, Vol. IV, N° 2, Buenos Aires, 2000, pp. 44 a 69, y en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7, enero-junio 2003, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 23 a 43; Marcela I. Basterra, “La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en *Boletín Informativo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, N° 165, Buenos Aires, 2000, pp. 15 a 23. Gustavo Linares Benzo, “Las innovaciones de la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Público*, N° 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 23-28.

En cuanto a la función normadora, ha dicho la Sala que:

Si bien la Constitución surge, o se explica, sobre la base de un acuerdo político, o de un hecho político, es necesario que luego de concluido el momento constituyente, se imponga la normalidad que contribuya a la realización de dichos objetivos; nada mejor para ello que la prevalencia de una normatividad que, en última instancia, funde su legitimidad en el acuerdo constituyente y en la aceptación por la mayoría de las reglas de juego allí convenidas. El carácter prescriptivo de la Constitución, que está asociado también con la necesidad de encontrar día a día el punto de convergencia o de reconocimiento entre las diversas tendencias que actúan en el ámbito de lo público y con el mantenimiento de la paz social, exige que los actores de mayor peso en la escena nacional, así como las instituciones públicas y los ciudadanos en general, amolden sus conductas y ordenen sus iniciativas en el marco de las normas y los principios establecidos en la misma.

Por último, en cuanto a la función organizadora, la Sala Constitucional precisó que:

...de la Constitución se desprenden, a su vez, tres principios básicos acerca del modo como se relacionan los órganos titulares de los Poderes Públicos. En primer lugar, el *principio de competencia*, el cual actúa como un instrumento ordenador del ejercicio del poder una vez que éste es legitimado; seguidamente, el *principio de separación de poderes*, conforme al cual la Constitución le asigna a diversas instituciones la operación de determinadas funciones públicas en torno a un ámbito objetivo más o menos específico; y tercero: *el principio de legalidad*, elemento esencial del Estado de Derecho y del sistema democrático. Dichos principios, en tanto fundamentales del Estado de Derecho, 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; pero, al mismo tiempo, y a través de su correcta aplicación y de su recto desempeño, garantizan los objetivos de unidad política y convivencia pacífica¹³⁹.

Ahora bien, con todas estas funciones, la Constitución de 1999 fue aprobada para ser la ley suprema del país, lo que implica que por estar en la cúspide del ordenamiento jurídico, sus normas prevalecen sobre todas las otras normas que lo integran¹⁴⁰. Además, las normas constitucionales son directamente aplicables a los funcionarios del Estado y a los habitantes y a los ciudadanos, siendo de obligatorio cumplimiento por parte de todos.

Siendo la ley suprema, la garantía de dicha supremacía se manifiesta en dos aspectos: en primer lugar, en que la Constitución tiene en sí misma un poder derogatorio respecto de todas las normas anteriores a su entrada en vigor que contradigan sus postulados; y en segundo lugar, en que todos los actos estatales dictados

139 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003 (En prensa).

140 Véase sobre la supremacía constitucional Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Valencia 2002, pp. 210 y ss; Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas 2001, pp. 80-82; Esther García Bigott, "Supremacía de la Constitución" en *Derecho Constitucional. General y Particular. Actualizado con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 24-03-2000*, Tomo I, Universidad Santa María, Caracas, pp. 420-444.

por los órganos del Estado con posterioridad a su entrada en vigencia y que contradigan sus postulados se consideran nulos.

La supremacía implica además, que las normas constitucionales, tanto las relativas a la organización y funcionamiento del Estado como las relativas a las garantías y derechos constitucionales, tienen una vigencia permanente, no pudiendo ser alteradas ni suspendidas, salvo en circunstancias excepcionales que la propia Constitución regula como sucede en los estados de excepción.

Esta supremacía implica, además, rigidez constitucional en el sentido de que el texto constitucional es inmutable mediante los mecanismos ordinarios de formación de las leyes, siendo sólo modificables mediante los procedimientos de revisión constitucional (poder constituyente derivado) que la Constitución prevé expresamente con participación popular, reservándole al pueblo el poder constituyente originario.

Por último, la supremacía constitucional otorga a la Constitución el carácter de fuente de interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a sus normas. Ello ha llevado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 23 del 22 de enero de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 71 de la Constitución*) ha indicar lo siguiente que la interpretación constitucional posibilita el giro del proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución, agregando que:

Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución. Tal conformidad requiere del cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert, *Les Forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.

Por ello, un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, no puede colocarse por encima de la Constitución, ni que su interpretación llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta. Desde esta perspectiva es nugatoria cualquier teoría que postule derechos o fines absolutos y, aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre éstas y los principios jurídicos (normas constitucionales inconstitucionales), la interpretación o integración debe hacerse según la tradición de cultura viva cuyo sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1° *eiusdem*¹⁴¹.

141 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003 (En prensa).

II. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Siguiendo los principios fundamentales de la organización del Estado esenciales al constitucionalismo moderno, conforme a su artículo 7, por tanto, la Constitución de 1999 debe considerarse como “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”, a la cual quedan sujetos “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público”¹⁴²; constituyendo, además, uno de los deberes constitucionales de los ciudadanos y funcionarios, el “cumplir y acatar” la Constitución (art. 131).

Es indudable, por supuesto, que para que una Constitución sea efectivamente la ley suprema de una sociedad, debe ser producto de ella misma, sin imposiciones. Las Constituciones impuestas por un grupo político al resto de los integrantes de la sociedad tienen, por tanto, no sólo una precaria supremacía, sino una duración limitada a la presencia en el poder del grupo que la impuso. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia de 9 de noviembre de 2000 ha destacado lo que considera un “hecho fundamental” aunque no siempre “evidente a simple vista”, que:

La Constitución es suprema en tanto es producto de la autodeterminación de un pueblo, que se la ha dado a sí mismo sin intervención de elementos externos y sin imposiciones internas. Así, la Constitución viene a ser, necesariamente, la norma fundamental a la cual se encuentran vinculadas las múltiples formas que adquieren las relaciones humanas en una sociedad y tiempo determinados¹⁴³.

Esta idea de la Constitución como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico, conforme a una tradición normativa que se remonta al texto de la Constitución de 1811, se acompaña con la prescripción expresa de la obligatoriedad de sus normas para todos los órganos que ejercen el Poder Público y los particulares. Por eso la Sala Constitucional en la misma sentencia citada ha señalado que dela supremacía deriva que:

Que la Constitución ostente, junto con el ordenamiento jurídico en su totalidad, un carácter normativo inmanente; esto es, un deber ser axiológico asumido por la comunidad como de obligatorio cumplimiento, contra cuyas infracciones se activen los mecanismos correctivos que el propio ordenamiento ha creado. La Constitución, también, sin que pueda ser de otro modo, impone modelos de conducta encaminados a cumplir pautas de comportamiento en una sociedad determinada¹⁴⁴.

La consecuencia de la consagración expresa del principio de la supremacía constitucional es, por una parte, la previsión en el propio texto constitucional, de todo un sistema para la protección y garantía de esa supremacía constitucional fren-

142 Nos correspondió proponer en la Asamblea la consagración en forma expresa de dicho principio constitucional. Véase 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. 24.

143 Sentencia de la Sala Constitucional N° 1347 de 9 de noviembre de 2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 265.

144 *Idem*, p. 264.

te a las leyes a través del control de su constitucionalidad, lo cual, sin duda, constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo contemporáneo y del Estado de Derecho¹⁴⁵. Entre ellos está por una parte, la previsión del control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las leyes¹⁴⁶; y por la otra, la obligación de todos los jueces de asegurar la integridad de la Constitución (art. 334). Será en la *Décima Primera Parte*, donde analizaremos el sistema de justicia constitucional en la Constitución, como la garantía por excelencia de su supremacía

Ahora bien, en materia de derechos humanos, el principio de la supremacía constitucional cede ante las normas de los tratados, pactos y convenciones internacionales relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, los cuales también tienen jerarquía constitucional, pero que incluso prevalecen en el orden interno, conforme lo establece el artículo 23 de la propia Constitución, “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”, siendo además “de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Sobre esta norma que le otorga rango constitucional e incluso supra constitucional a esos instrumentos internacionales, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, ha puntualizado en sentencia N° 1942 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación de diversos artículos del Código Penal*), que del artículo 23 constitucional se desprenden dos elementos claves:

1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos... Repite la Sala, 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.

La Sala, por lo demás, reivindicó en la materia su carácter de máximo y último interprete de la Constitución y de los Tratados, Pactos y Convenios sobre derechos humanos los cuales por adquirir jerarquía constitucional e integrarse a la Constitución vigente, “el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara”. De allí la Sala señaló que “es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela”.

En realidad, debe señalarse que esa potestad no sólo corresponde a la Sala Constitucional, sino a todos los tribunales de la República cuando actúen como juez

145 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Evolución Histórica del Estado*, Tomo I, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp. 47 y ss.

146 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Justicia Constitucional*, Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1997, 658 pp.

constitucional, por ejemplo, al ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o al conocer de acciones de amparo.

La posición de la Sala en esa sentencia, en todo caso, fue una inadmisibles reacción contra los órganos jurisdiccionales de orden internacional en materia de derechos humanos, invocando el principio de la supremacía constitucional, pero ignorando la propia disposición constitucional que garantiza la prevalencia de las normas internacionales sobre derechos humanos si contienen disposiciones más favorables que las previstas en la propia Constitución. En ese orden de ideas, la Sala señalado sobre su propia competencia, que:

No puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, 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.

Lo declarado inmediatamente no contradice el artículo 31 constitucional, que está referido al derecho de toda persona a dirigir peticiones o quejas a los organismos internacionales reconocidos por la República, conforme a los tratados, pactos o convenios suscritos por ella, a fin que sean amparados por ellos en sus derechos humanos.

A las decisiones de esos organismos 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, el cual reza: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución” siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, 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.

Si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, 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. Es posible que si la República así actúa, se haga acreedora de sanciones internacionales, pero no por ello los amparos o los fallos que dictaran estos organismos se ejecutarán en el país, si ellos resultan violatorios de la Constitución de la República y los derechos que ella garantiza.

Al fin y al cabo, el artículo 19 constitucional garantiza a toda persona el goce y ejercicio de los derechos humanos, siendo el respeto de ellos obligatorio para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución de 1999, con los Tratados sobre Derechos Humanos suscritos por la República y las leyes venezolanas, siempre que éstos cuerpos normativos no colidan con principios constitucionales sobre Derechos Humanos, o atenten contra los Principios Fundamentales de la Constitución¹⁴⁷.

147 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003. (En prensa).

III. LA IMPERATIVIDAD Y OBLIGATORIEDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y EL PRINCIPIO DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL

Una vez que fue publicada en la *Gaceta Oficial*¹⁴⁸ luego de la aprobación por referéndum el 15 de diciembre de 1999, la Constitución comenzó a regir como norma suprema (art. 7) y, en consecuencia, desde que entró en vigencia goza de *imperatividad*, es decir, de fuerza coactiva inmediata y por sí misma, lo que implica que sus normas son de aplicación inmediata¹⁴⁹. Es decir, la Constitución es una norma que crea derechos y obligaciones directamente ejercibles y exigibles. Como lo ha señalado la Sala Constitucional en sentencia N° 963 de 5 de junio de 2001 (Caso: *José A. Guía y otros vs. Ministerio de Infraestructura*), en virtud de que el constituyente ha acentuado el carácter normativo de la Constitución, puede inferirse que la misma:

En primer lugar, que la Carta Magna es un instrumento con aliento jurídico que vincula, en grado a la naturaleza del precepto aplicable, tanto a los órganos del Poder Público como a los particulares; en segundo lugar, que la propia Constitución otorga o impone situaciones jurídicas constitucionales -según se trate de derechos o deberes- con referencia a valores indispensables al aseguramiento de la libertad, la igualdad y la dignidad humanas; y finalmente, que la Constitución ha diseñado un sistema garantizador de tales situaciones jurídicas constitucionales, en el cual el Poder Judicial juega un papel de primer orden¹⁵⁰.

Esto tiene particular importancia en materia de derechos humanos, respecto de los cuales la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia ya había establecido que no caben las llamadas cláusulas programáticas. Esto se ratifica expresamente en el artículo 22 de la Constitución al disponer que la falta de ley reglamentaria de los derechos humanos no menoscaba el ejercicio de los mismos. Sobre ello, sin embargo, la Sala Constitucional, reservándose en forma inapropiada la justiciabilidad de ciertos derechos, ha señalado que:

Las normas constitucionales tienen vigencia plena y aplicación directa, y que cuando las leyes no han desarrollado su ejercicio y se requiere acudir a los tribunales de justicia, debido a la aplicación directa de dichas normas, es la jurisdicción constitucional, representada por esta Sala Constitucional, la que conocerá 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 contrario¹⁵¹.

En todo caso, en cuanto a los preceptos orgánicos de la Constitución, es decir, las normas relativas a los órganos de los Poderes Públicos y sus competencias, la Sala Constitucional, los ha considerado también como de vigencia inmediata, no siendo necesaria, la sanción previa de las leyes que desarrollen lo dispuesto en la

148 *Gaceta Oficial* N° 36.860 de 30 de diciembre de 1999.

149 *Ibidem*, pp. 501 a 505.

150 Véase *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 447. (En prensa).

151 Véase sentencia N° 332 de 14-03-2001 (Caso: *INSACA vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*), en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 492. (En prensa).

Constitución, para que tengan efectividad. Así lo sostuvo en sentencia N° 1 de 20 de enero de 2000 (Caso: *Emery Mata Millán*), al expresar que “los preceptos orgánicos son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos, y, en particular, por los órganos a los que la disposición constitucional se refiere. Exista o no las normas que desarrollen la regulación constitucional, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por lo tanto, establece pautas para el funcionamiento del órgano al que se refiera la norma constitucional”¹⁵².

En definitiva, la Sala Constitucional ha estimado que siendo la Constitución es un “sistema de normas”, ello:

Conduce a descartar la reapertura de la discusión acerca del carácter programático de las disposiciones que la integran, no podría considerarse como un documento político contentivo de “programas”, que sólo podrían ser ejecutados una vez que éstos se hicieren operativos mediante el proceso legislativo, por tanto, considera esta Sala, que no se requiere la intermediación de la legislación para ser aplicada directamente... De esta manera, sería inaceptable calificar una norma como programática por no haberse promulgado legislación que la desarrolle, dado que en definitiva sería negar la aplicación de una disposición constitucional¹⁵³.

Con base en estos argumentos, en la noción de supremacía constitucional y en el “efecto directo de la Constitución”, la Sala concluyó en esa sentencia citada N° 51 de 19 de mayo de 2000, que “el Consejo Nacional Electoral, erigido por efecto de ese mismo texto normativo como el órgano rector del nuevo Poder Electoral, está obligado a ejercer las atribuciones constitucionalmente conferidas, aún en ausencia de textos legislativos que lo desarrollen”.

En todo caso, la publicación tardía del texto constitucional (30-12-99) después de haber transcurrido 15 días desde su aprobación popular el 15-12-99 mediante referendo, permitió a la Asamblea Nacional Constituyente adoptar una serie de “actos constituyentes” que adquirieron rango constitucional en virtud de sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, creada precisamente mediante esos mismos “actos constituyentes”. Esta Sala Constitucional llegó a decidir, que los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente antes de la publicación de la Constitución de 1999, no estaban sujetos “ni a ésta, ni a la Constitución de 1961” es decir, eran “aconstitucionales”, y que “sólo los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la publicación de la nueva Constitución estarían sujetos a ésta”¹⁵⁴. La misma Sala Constitucional, sin embargo, respecto de actos de la Asamblea Nacional Constituyente que violaron la nueva Constitución, justificó posteriormente su validez, aduciendo la vigencia de una transitoriedad constitucional, que la propia Asamblea Constituyente había creado sin aprobación popular mediante el Decreto de Régimen de Transición del Poder Público el 21 de diciembre de 1999¹⁵⁵, para supuestamente “evitar el vacío institu-

152 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 226.

153 Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 51 de 19-05-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 139-141.

154 Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 6 de 27-1-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000 p. 95-96.

155 Véase sentencia de la sala Constitucional N° 1560 de 19-07-2001, *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial jurídica Venezolana, Caracas, 2001 (En prensa).

cional¹⁵⁶ que la propia Asamblea había creado. En todo caso, el régimen transitorio constitucional se analizará ampliamente en la *Décima Segunda Parte*.

La Constitución, en todo caso, como ley suprema, es de obligatorio acatamiento no sólo por parte de los ciudadanos y personas en general, sino en particular para los funcionarios públicos. Esta obligatoriedad de la Constitución es la que en definitiva fundamenta por una parte, el deber ciudadano de obediencia respecto de la autoridad, pero por la otra, el derecho también ciudadano a la desobediencia civil que también consagra la Constitución, respecto de regímenes, legislación y autoridades que contraríen la Constitución.

A tal efecto, el artículo 350 de la Constitución dispone que:

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 democráticas o menoscabe los derechos humanos.

Este artículo consagra constitucionalmente lo que la filosofía política moderna ha calificado como desobediencia civil¹⁵⁷, que es una de las formas como se manifiesta el derecho de resistencia, cuyo origen histórico está en el derecho a la insurrección, que tuvo su fuente en la teoría política difundida por John Locke¹⁵⁸. Además, tiene su antecedente constitucional remoto en la Constitución Francesa de 1793 en el último de los artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que la precedía, en el cual se estableció que:

Artículo 35. Cuando el gobierno viole los derechos del pueblo, la insurrección es, para el pueblo y para cada porción del pueblo, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes.

Esta norma, típica de un gobierno revolucionario (como el del Terror), fue anómala y desapareció de los anales del constitucionalismo.

Sin embargo, ello no ha impedido la aparición en las Constituciones de algunas versiones contemporáneas, no del derecho a la insurrección, sino del derecho a la rebelión contra los gobiernos de fuerza, como el consagrado, por ejemplo, en el

156 Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 1562 de 12-12-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000 pp. 108-111.

157 Sobre la desobediencia civil y el artículo 350 de la Constitución, véase: María L. Álvarez Chamosa y Paola A. A. Yrady, "La desobediencia civil como mecanismo de participación ciudadana", en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7 (Enero-Junio). Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 7-21; Andrés A. Mezgravis, "¿Qué es la desobediencia civil?", en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7 (enero-junio), Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 189-191; Marie Picard de Orsini, "Consideraciones acerca de la desobediencia civil como instrumento de la democracia", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 535-551; y Eloisa Avellaneda y Luis Salamanca, "El artículo 350 de la Constitución: derecho de rebelión, derecho resistencia o derecho a la desobediencia civil", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 553-583.

158 Véase John Locke, *Two Treaties of Government* (ed. P. Laslett), Cambridge 1967, p. 211.

artículo 333 de nuestra Constitución que establece el deber de “todo ciudadano investido o no de autoridad, de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución”, si la misma perdiera “su vigencia o dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella”. Es el único caso en el cual una Constitución pacifista como la de 1999, admite que pueda haber un acto de fuerza para reaccionar contra un régimen que por la fuerza haya irrumpido contra la Constitución.

Pero frente a leyes inconstitucionales, ilegítimas e injustas dictadas por los órganos del Poder Público, en realidad, no estamos en presencia de este deber-derecho a la rebelión, sino del derecho a la resistencia y, particularmente, del derecho a la desobediencia civil, que tiene que colocarse en la balanza de la conducta ciudadana junto con el deber constitucional de la obediencia a las leyes¹⁵⁹.

El tema central en esta materia, por supuesto, es la determinación de cuándo desaparece la obligación de la obediencia a las leyes y cuándo se reemplaza por la también obligación-derecho de desobedecerlas y esto ocurre, en general, cuando la ley es injusta; cuando es ilegítima, porque por ejemplo emana de un órgano que no tiene poder para legislar, o cuando es nula, por violar la Constitución.

Por ello, en Venezuela, la desobediencia civil no sólo es un tema de filosofía política, sino de derecho constitucional, pues es la propia Constitución la que consagra expresamente el derecho ciudadano a la desobediencia civil, incluso más allá de la sola resistencia a la ley.

Las condiciones para la aplicación del antes mencionado artículo 350 de la Constitución, en todo caso, serían las siguientes:

En *primer lugar*, se establece como un derecho constitucional del “pueblo de Venezuela”, es decir, se trata de un derecho de ejercicio colectivo y, consecuentemente, público. No se puede justificar en esta norma, cualquier violación individual de una ley.

Ahora bien, en cuanto a qué debe interpretarse por “pueblo” como titular de este derecho, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 350 de la Constitución*) ha señalado 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:

Por otra parte, 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.

En *segundo lugar*, siguiendo con el contenido del artículo 350 de la Constitución, consagra un derecho basado en la tradición republicana del pueblo, su lucha

159 Véase expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia en Venezuela*, cit., pp. 33 y ss.

por la independencia, la paz y la libertad. Se trata, por tanto, de un derecho ciudadano democrático, de carácter pacífico y no violento. No se pueden justificar en esta norma, acciones violentas que son incompatibles con los principios constitucionales que rigen al Estado, a la sociedad y al ordenamiento jurídico.

En *tercer lugar*, el derecho colectivo a la desobediencia civil (“desconocerá”, dice la norma) surge cuando el régimen, la legislación o la autoridad, primero, “contraría los valores, principios y garantías democráticas”; y segundo, “menoscabe los derechos humanos”. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la citada sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003, ha aclarado a fin de que la interpretación aislada del artículo 350 “no conduzca a conclusiones peligrosas para la estabilidad política e institucional del país, ni para propiciar la anarquía”¹⁶⁰, que:

El argumento del artículo 350 para justificar el “desconocimiento” a los órganos del poder público democráticamente electos, de conformidad con el ordenamiento constitucional vigente, es igualmente impertinente. 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 disposición¹⁶¹.

Luego de analizar el sentido de la ubicación de la norma en el Título sobre la revisión de la Constitución, en particular, de la Asamblea Nacional Constituyente, la Sala señaló:

El derecho de resistencia a la opresión o a la tiranía, como es el caso de los regímenes de fuerza surgidos del pronunciamiento militar, que nacen y actúan con absoluta arbitrariedad, está reconocido en el artículo 333 de la Constitución, cuya redacción es casi idéntica al artículo 250 de la Carta de 1961. 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.

Aparte de la hipótesis antes descrita sólo debe admitirse en el contexto de una interpretación constitucionalizada de la norma objeto de la presente decisión, la posibilidad de desconocimiento o desobediencia, 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 estos casos quienes se opongan

160 Véase Giuseppe Rosito Arbia, “Consideraciones sobre la desobediencia civil a propósito de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 22 de enero de 2003, que interpreta el artículo 350 de la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6, enero-diciembre-2002, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 233 a 239; y Addendum Jurisprudencial, “Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia-Sala Constitucional del 22-01-2003. (Nueva interpretación del artículo 350 de la Constitución)”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7, enero-junio 2003, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 223 a 231.

161 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003 (En prensa).

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.

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 Fundamental¹⁶².

En *cuarto lugar*, la desobediencia civil que tiene su fundamento en el artículo 350 de la Constitución, como derecho ciudadano colectivo, de ejercicio público y pacífico, se puede plantear no sólo respecto de la legislación, sino de “cualquier régimen... o autoridad” que, como se dijo, contraría los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.

Este derecho constitucional del pueblo, se establece, por tanto, no sólo frente a las leyes (legislación), sino frente a cualquier régimen o autoridad que contraría los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos, lo que lo amplía considerablemente respecto del tradicional ámbito político institucional de la misma conocido en la ciencia política, que la reduce a la desobediencia de las leyes para lograr su reforma.

En todo caso, este derecho a la desobediencia civil puede decirse que fue interpretado en forma restrictiva por la Sala Constitucional en la misma sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 350 de la Constitución*) al señalar que el desconocimiento al cual alude la norma del artículo 350, 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 ciudadanas¹⁶³”.

162 *Idem*.

163 *Idem*.

En nuestro criterio, al contrario, la desobediencia civil en la Constitución no sólo tiene el efecto demostrativo de buscar la reforma de leyes injustas, ilegítimas o inconstitucionales, sino de buscar cambiar el régimen o la autoridad que contraría los valores, principios y garantías democráticos establecidos en la Constitución o los definidos en la Carta Democrática Interamericana; o que menosprecie los derechos humanos enumerados en la Constitución y en los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, los cuales 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 la Constitución y en las leyes (art. 23).

En todo caso, tratándose de un derecho constitucional colectivo, del pueblo de Venezuela, la desobediencia civil tiene que ser motorizada por las organizaciones sociales, por los organismos de la sociedad civil, por los sectores de la sociedad, es decir, por toda organización que sea de carácter no estatal. He aquí el gran valor y poder de la sociedad civil organizada, esa que está fuera del alcance del Estado.

El pueblo organizado es la sociedad civil y esta es la organización que se contrapone al Estado. La sociedad civil así, es la esfera de las relaciones entre individuos, entre grupos y entre sectores de la sociedad, que en todo caso se desarrollan fuera de las relaciones de poder que caracterizan a las instituciones estatales. En este ámbito de la sociedad civil, en consecuencia, entre otras están las organizaciones con fines políticos (partidos políticos); las organizaciones religiosas; las organizaciones sociales; las organizaciones ambientales; las organizaciones comunitarias y vecinales; las organizaciones educativas y culturales; las organizaciones para la información (medios de comunicación) y las organizaciones económicas y cooperativas que el Estado, por otra parte, tiene la obligación constitucional de respetar y proteger e, incluso, de estimular, facilitar y promover (arts. 52, 57, 59, 67, 100, 106, 108, 112, 118, 127, 184 y 308).

En definitiva, conforme a la sentencia de la sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia N° 30 del 28 de marzo de 2001 (Caso: *Victor Maldonado vs. Ministerio de la Familia*) la llamada ‘sociedad civil’, debe ser entendida “como la organización democrática de la sociedad, no estatal, política, religiosa o militar, que busca fines públicos coincidentes con los del Estado.

Sin embargo, ha sido la Sala Constitucional la que también en este caso, le ha dado una interpretación restrictiva a lo que debe entenderse por sociedad civil. En primer lugar, mediante la sentencia N° 1050 de 23 de agosto de 2000 (Caso: *Ruth Capriles y otros vs. Consejo Nacional Electoral*), la Sala puntualizó que:

mientras la ley no cree los mecanismos para determinar quiénes pueden representar a la sociedad civil en general o a sectores de ella en particular, y en cuáles condiciones ejercer tal representación, no puede admitirse como legítimos representantes de la sociedad civil, de la ciudadanía, etc., a grupos de personas que por iniciativa propia se adjudiquen tal representación, sin que se conozca cuál es su respaldo en la sociedad ni sus intereses; y sin que pueda controlarse a qué intereses responden: económicos, políticos, supranacionales, nacionales o internacionales.

Esta Sala ha sostenido que las normas constitucionales tienen aplicación inmediata, por ello antes que la ley establezca las formas de participación ciudadana establecidas en la Constitución y los elementos que legitiman tal representación, ha permitido que organizaciones, asociaciones o grupos de personas de reconocida y extensa trayectoria en sus respectivos campos, o conformados de acuerdo a las leyes (tales como las asocia-

ciones de vecinos legalmente constituidas), actúen en las áreas que la Constitución abre a la participación ciudadana; pero ello no se extiende a cualquier grupo que se auto-proclame representante de la sociedad civil, y que sin llenar requisito legal alguno, pretenda, sin proporcionar prueba de su legitimidad, más allá del uso de los medios de comunicación para proyectarse públicamente, obrar por ante la Sala Constitucional, sin ni siquiera poder demostrar su legitimación en ese sentido.

La función pública se haría caótica, si cualquier asociación o grupo de personas, arrojándose la representación de la ciudadanía o de la sociedad civil, pretendiere fuese consultada antes de la toma de cualquier decisión; o exigiere de los poderes del Poder Público la entrega de documentos, datos o informaciones sin que la ley los faculte para ello; o quisiera ingresar a dependencias del Estado a indagar sobre lo que allá acontece sin que ninguna disposición legal se lo permita. Tal situación caótica se acentuaría si estos entes mediante el uso de los medios de comunicación trataran de formar matrices de opinión pública favorables a sus pretensiones cuando ellas carecen de fundamento legal. De allí, que se hace impretermisible, para el desarrollo de los derechos de tales organizaciones ciudadanas, que la ley establezca los requisitos y condiciones a cumplir para que puedan ser considerados representantes de la sociedad civil y de la ciudadanía¹⁶⁴.

En otra sentencia de la Sala Constitucional N° 1395 de 21 de noviembre de 2000 (*Caso: Gobernación del Estado Mérida y otras vs. Ministerio de Finanzas*), la Sala Constitucional, al analizar el artículo 326 de la Constitución, relativo a la seguridad de la Nación, señaló en forma aún más restrictiva que:

1) Que la sociedad civil es diferente al Estado y a los entes que lo componen (Estados, Municipios, Institutos Autónomos, Fundaciones Públicas, Sociedades con capital de los Poderes Públicos, etc). En consecuencia, el Estado no puede formar parte, bajo ninguna forma directa o indirecta, de la sociedad civil. Fundaciones, Asociaciones, Sociedades o grupos, totalmente financiados por el Estado, así sean de carácter privado, no pueden representarla, a menos que demuestren que en su dirección y actividades no tiene ninguna influencia el Estado.

2) Que estando el Estado conformado por ciudadanos que pertenecen a fuerzas políticas, la sociedad civil tiene que ser diferente a esas fuerzas, cuyos exponentes son los partidos o grupos políticos. Consecuencia de ello, es que las organizaciones políticas no conforman la sociedad civil, sino la sociedad política cuyos espacios están delimitados por la Constitución y las leyes. Por lo tanto, todo tipo de participación partidista en personas jurídicas, desnaturaliza su condición de organizaciones representativas de la sociedad civil.

La sociedad civil la forman los organismos e instituciones netamente privados, mientras que la sociedad política es el dominio directo que se expresa en el Estado y en el gobierno jurídico, en el cual contribuyen los partidos en un régimen democrático...

3) Que la sociedad civil, tomada en cuenta por el Constituyente, es la sociedad civil venezolana, y de allí el principio de corresponsabilidad general con el Estado, y el particular que ella ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar. Resultado de este carácter nacional es que quienes la representan no pueden ser extranjeros, ni organismos dirigidos, afiliados, subsidiados, financiados o sostenidos directa o indirectamente, por Estados, o movimientos o grupos influenciados por esos Estados; ni por asociaciones, grupos, o movimientos transnacionales o mundiales, que persigan fines políticos o económicos, en beneficio propio.

164 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 182 y ss.

Reconocer derechos colectivos a grupos o entes extranjeros o influenciados por ellos, para que actúen a nombre de la sociedad civil nacional, es permitir que minorías étnicas o extranjeras, intervengan en la vida del Estado en defensa de sus propios intereses y no en la seguridad de la Nación, intereses que pueden ser nocivos para el país, y que pueden desembocar en movimientos separatistas, minorías agresivas o conflictivas, etc., que hasta podrían fundarse en derechos colectivos como el de autodeterminación de los pueblos...

4) Cuando la Constitución de 1999 sectoriza a la sociedad civil, al prever que ella esté conformada por diversas organizaciones, reconoce una realidad... cual es que los diversos grupos de esa sociedad ante una representación política insuficiente, que para Venezuela la reconoce la misma Constitución, como resultado de la problemática de cada sector que conforma la sociedad, necesita una representación propia y específica, que a veces, además, coincide con zonas geográficas. De allí que la sociedad, no puede ser representada por grupos u organizaciones, según las materias de que se trate, de una sola región del país, como lo serían las de la capital de la República. Por ello, se hace necesario que la ley dé orden en este sentido. La sociedad civil, según las materias en que debe actuar, sólo puede ser representada por los sectores nacionales o locales, identificados según la materia y región.

Esta composición sectorizada de la sociedad civil, permite distinguir “sociedades civiles” nacionales, regionales, estatales, municipales, vecinales, locales, así como sociedad civil obrera, profesional, etc., ya que a veces un tema concreto es lo importante a los fines de la consulta, o la participación, o el ejercicio del derecho...

5) Debido a lo etéreo que resulta el concepto de sociedad civil, ella tiene que estar conformada por actores sociales organizados en forma democrática, los cuales por interpretación del artículo 293 de la Constitución de 1999, que señala que los procesos electorales de las organizaciones de la sociedad civil, los puede dirigir el Consejo Nacional Electoral, tienen que ser organismos con funcionamiento democrático, con un número de miembros que permita elecciones, por lo que la sociedad civil no puede estar representada por individualidades, por mas notables que sean, por autopostulados, por grúsculos sin personalidad jurídica y organizaciones semejantes. Si bien es cierto que la sociedad civil y otros entes, carecen de personalidad jurídica, sus actores sociales deben tenerla, como resultado del artículo 293 *eiusdem*. Ahora bien, no toda organización no gubernamental (ONG), por el hecho de serlo puede ser representante de la sociedad civil, ni pertenece a ella. Sus finalidades pueden ser inocuas en relación a las áreas de participación que les señala la Constitución y las leyes...

6) Los actores sociales que conforman la sociedad civil son organizaciones no gubernamentales de la más diversa índole, pero sus voceros no pueden ser ni militares activos, ni religiosos. Si los militares en servicio activo y quienes no son de estado seglar, tienen limitaciones para ejercer cargos como los de gobernadores (artículo 160 de la Constitución), de alcaldes (artículo 174 *eiusdem*), de Presidente de la República (artículo 227 de la vigente Constitución); de jueces (artículo 11 de la Ley de Carrera Judicial); o para ejercer la abogacía (artículo 12 de la Ley de Abogados); y otras leyes limitan su acceso a cargos representativos, mal pueden representar a la sociedad civil.

7) Ahora bien, la sociedad civil, para cumplir sus cometidos tiene que estar organizada, y por ello sociedad civil organizada, término utilizado en los artículos 182, 185 y 211 de la Constitución vigente, no es sino una expresión sinónima de sociedad civil, la cual a la vez atiende a un concepto diferente al de sociedad en general (como sucede cuando la Carta Fundamental utiliza genéricamente esa voz), y que es un término abstracto para lograr la participación social en diversos ámbitos, distintos a los del artículo 326 citado, y cumplir así con el protagonismo social, al cual se refiere el Preámbulo de la Constitución. (En los artículos 62, 79, 80, 81, 102 y 127 de la vigente Constitución, por ejemplo, se señalan a la sociedad en forma genérica).

8) La sociedad civil es corresponsable de la seguridad de la Nación, y debe ser vigilante de los principios constitucionales, y del desarrollo sustentable, así como de la aplicación de tales principios constitucionales en los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar, lo que significa que los actores sociales u organizaciones de diversa índole que conforman a la sociedad civil, deben tener por objeto los ámbitos de ejercicio de la corresponsabilidad, y ser ellos, dentro de los límites constitucionales y legales, los representantes de la sociedad; de allí que el artículo 182 *eiusdem* coloque a las organizaciones vecinales dentro de la sociedad organizada, por su referencia en los señalados ámbitos.

Ahora bien, del transcrito artículo 326 de la vigente Constitución, se evidencia que la sociedad civil no es un ente opuesto al Estado o a la sociedad política, sino diferente, y que para nuestro Constituyente, ella no es un representante del mercado, ni su enemigo. Sus fines, conforme a la Constitución, son la colaboración con el Estado en una forma distinta, aun no percibida, de la conducción del Estado y de la Política...

9) Resultado de lo anterior es que la sociedad civil... es una esfera organizada de la vida social en la que actores colectivos expresan intereses y valores dentro de un marco legal, y efectúan demandas al Estado, definidas como fines públicos. Su destino es influir en el Estado para obtener cambios beneficiosos para toda la sociedad o la nación, de allí, su corresponsabilidad en la seguridad de ésta.

La transparencia de estos actores sociales requiere que ellos no persigan fines de lucro, que no suplanten al ciudadano por el consumidor; o que no persigan adoctrinamientos políticos, religiosos o de cualquier índole. De allí que hay quienes consideran que los actores sociales, componentes de la sociedad civil, forman parte de redes no lucrativas, y del derecho no lucrativo...

Las diversas iglesias pueden crear actores sociales, siempre que su función no sea el adoctrinamiento religioso sino coadyuvar con el Estado a los fines del artículo 326 citado. Igualmente, los actores sociales pueden ser gremiales, sindicales, sociedades, fundaciones, asociaciones no gubernamentales, confederaciones de entes, incluso representantes de grupos económicos netamente nacionales que no persigan distorsiones de mercado o económicas (sin fines de lucro), mediante su participación como entes colectivos.

Tal como se desprende del artículo 326 de la vigente Constitución, la sociedad civil que requiere de regulación legal, es un intermediario entre el ciudadano y el Estado, y por ello la sociedad civil conformada por actores sociales que se encuentran en un mismo plano (redes horizontales), debe ser preferida a la formada por organizaciones cupulares o verticales, donde lo que impera es la orden que viene de la dirección principal, tal como sucede con Federaciones, en contraposición con sus miembros.

Está consciente la Sala, de que grupos dominantes, que persiguen intereses propios, puedan tratar de distorsionar los fines de la sociedad civil, pero será la Ley la que oriente la conformación y el accionar de esta sociedad, que no debe representar la hegemonía de nadie y que se caracteriza por lo jurídico. Es más, su conformación, necesariamente provendrá de leyes diversas, tal como se desprende del artículo 211 de la vigente Constitución, el cual prevé que en el Reglamento de la Asamblea Nacional se establecerán los términos para la elección de los representantes de la sociedad organizada.

10) La sociedad civil, conforme a lo expuesto está conformada por instituciones u organizaciones con personalidad jurídica, las cuales serán reguladas de acuerdo a los requisitos que imponga la ley¹⁶⁵.

5 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 315 y ss.

En todo caso, en nuestro criterio, son las organizaciones de la sociedad civil, precisamente, las que en nombre del pueblo podrían motorizar la reacción contra las leyes injustas o inconstitucionales y, en última instancia, ejercer el derecho a la desobediencia civil que regula la Constitución, también, contra el régimen o la autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos.

Este derecho, por supuesto, adquiere cada vez más importancia, porque no sólo se puede ejercer constitucionalmente ante leyes inconstitucionales como las recién dictadas mediante decretos leyes, sino ante el régimen y autoridad que tenemos, que cada vez más contradice los valores, principios y garantías democráticas y menoscaba los derechos humanos. Por ello, incluso, más que un derecho a la desobediencia civil, comenzamos a estar en presencia de un deber ciudadano que debe cumplirse para salvaguardar nuestra democracia y proteger nuestros derechos.

IV. EL PODER DEROGATORIO DE LA CONSTITUCIÓN

La supremacía constitucional implica por una parte, el *poder derogatorio* de la Constitución respecto de toda norma previa que contradiga las previsiones del texto constitucional.

En efecto, la Disposición Derogatoria, “Única” de la Constitución dispone:

Queda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno. El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga a esta Constitución.

Ahora bien, como lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, “la pérdida de la vigencia del orden preexistente o la denominada ‘inconstitucionalidad sobrevenida’ del ordenamiento, no acontece de manera inmediata a la promulgación de un nuevo Texto Fundamental” sino que por el contrario, tal y como lo ha previsto adecuadamente el Constituyente, la Disposición Derogatoria si bien deroga expresamente la Constitución de 1961, “el resto del ordenamiento jurídico preserva su vigencia en todo lo que no contradiga la Constitución, pero adicionalmente también, continúan vigentes las instituciones existentes y los mecanismos de actuación hasta tanto se de cumplimiento a las disposiciones del nuevo Texto constitucional y sus procedimientos”¹⁶⁶.

Por supuesto, en esta labor de actualización del ordenamiento, tiene particular importancia tanto la labor legislativa de la Asamblea Nacional como la competencia de control de constitucionalidad de las leyes que corresponde a la Sala Constitucional, lo que ha llevado a esta Sala a señalar que “La validez, aplicabilidad y eficacia de ciertas normas anteriores y posteriores a la Constitución, lo determinará este máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional”¹⁶⁷.

166 Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 1560 de 19-07-2001, *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001. (En prensa).

167 *Idem*.

V. LA GARANTÍA OBJETIVA DE LA CONSTITUCIÓN. LA NULIDAD DE LOS ACTOS INCONSTITUCIONALES

Siguiendo una tradición que se remonta a la Constitución de 1811¹⁶⁸, la garantía de la supremacía constitucional puede considerarse como una garantía objetiva, en el sentido de que todo acto estatal que se dicte en contravención con sus disposiciones debe considerarse nulo. Así está expresamente establecido en diversas normas del texto constitucional, respecto de los actos del Poder Público que violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución y la ley, los cuales se declaran nulos (art. 25); respecto de los actos de los patronos que sean contrarios a la Constitución, los cuales también se declaran “nulos y no generan efecto alguno” (art. 89,4) y los despidos contrarios a la Constitución, los cuales también se declaran nulos (art. 93); y respecto de la autoridad usurpada, la cual la Constitución declara “ineficaz y sus actos nulos”(art. 138).

En todo caso, el monopolio para la declaratoria de nulidad de los actos contrarios a la Constitución la tiene el Poder Judicial, a través de la Jurisdicción Constitucional que a se atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (arts. 266,4 y 336) y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 259), que se atribuye a las Salas Político Administrativa y Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales que establece la ley. En particular, en la *Décima Primera Parte* se analizará el sistema de justicia constitucional como garantía por excelencia de la supremacía constitucional.

VI. LA VIGENCIA PERMANENTE DE LA CONSTITUCIÓN Y EL RÉGIMEN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

La Constitución, como ley suprema ordenadora de la sociedad tiene que tener una vigencia permanente, cuyo aseguramiento compete y compromete no sólo a los funcionarios públicos sino a todos los ciudadanos, de manera que si la Constitución dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella, todo ciudadano investido o no de autoridad, tiene “el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia”. Así lo dispone el artículo 333 de la Constitución, siguiendo lo que regulaba el artículo 250 de la Constitución de 1961.

1. *Los estados de excepción*

Por otra parte, el Capítulo II del Título VIII de la Constitución, relativo a la “Protección de la Constitución”, está destinado a regular las circunstancias excepcionales que pueden originar situaciones de excepción que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas, y que ameriten la adopción de medidas político constitucionales para afrontarlas. Conforme al artículo 338 de la Constitución una ley orgánica (LO) debe regular los estados de excepción y determinar las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos; por lo que

168 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Los Derechos humanos en Venezuela: Casi 200 años de historia*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, N° 38, Caracas 1990, p. 139.

la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción de 15-08-2001¹⁶⁹ que no sólo los regula en sus diferentes formas, sino que además, regula “el ejercicio de los derechos que sean restringidos con la finalidad de restablecer la normalidad en el menor tiempo posible” (art. 1).

Ahora bien, el artículo 337 de la Constitución califica expresamente como estados de excepción,

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.

La Ley Orgánica precisa que “los estados de excepción *son circunstancias* de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones”, por lo que “solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios que dispone el Estado para afrontarlos” (art. 2) y en caso de “estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad” (art. 6).

Por otra parte, la misma Ley Orgánica exige que “toda medida de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación” (art. 4), debiendo además “tener una duración limitada a las exigencias de la situación que se quiere afrontar, sin que tal medida pierda su carácter excepcional o de no permanencia” (art. 5).

Se trata, por tanto, de circunstancias excepcionales que sobrepasan las posibilidades de su atención mediante los mecanismos institucionales previstos para situaciones normales, pero que solo pueden dar lugar a la adopción de medidas que estén enmarcadas dentro de principios de logicidad, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, lo que se configura como un límite al ejercicio de las mismas.

Además, debe señalarse que la declaratoria del estado de excepción en ningún caso interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público (art. 339 C.); lo que se confirma la Ley Orgánica respectiva (art. 3).

Por último, debe señalarse que la declaración de los estados de excepción no modifica el principio de la responsabilidad del Presidente de la República, ni la del Vicepresidente Ejecutivo, ni la de los Ministros de conformidad con la Constitución y la ley (art. 232 C.).

169. G.O. N° 37.261 de 15-08-2001. Véase en general sobre los estados de excepción en la Constitución: Jesús M. Casal H., “Los estados de excepción en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1 (septiembre-diciembre), Editorial Sherwood, 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; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Valencia 2002, pp. 579 y ss; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 239 y ss; Hildegard Rondón De Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 355-365.

2. *Las diversas formas de los estados de excepción*

Las diversas formas específicas de estados de excepción, se enumeran en el artículo 338 de la Constitución, en el cual se distingue el estado de alarma, el estado de emergencia económica, el estado de conmoción interior y el estado de conmoción exterior; las cuales se regulan en los arts. 8 a 14 de la Ley Orgánica.

A. *El estado de alarma*

Conforme al artículo 338 de la Constitución y el artículo 8 de la Ley Orgánica puede decretarse el estado de alarma en todo o parte del territorio nacional cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos. La Ley Orgánica incluye también, como motivo, el peligro a la seguridad de las instituciones de la Nación (art. 8).

Dicho estado de excepción sólo puede tener una duración de hasta treinta días, siendo prorrogable por treinta días más desde la fecha de su promulgación.

B. *El estado de emergencia económica*

El estado de emergencia económica puede decretarse en todo o parte del territorio nacional cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación (art. 338 C; art. 10 LO).

Su duración no puede ser mayor a sesenta días, prorrogables, sin embargo, por un plazo igual.

C. *El estado de conmoción interior*

También puede decretarse el estado de conmoción interior en caso de conflicto interno, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones (art. 338 C; art. 13 LO).

De acuerdo con el artículo 13 de la Ley Orgánica, constituyen causas para declarar el estado de conmoción interior entre otras, todas aquellas circunstancias excepcionales que impliquen grandes perturbaciones del orden público interno y que signifiquen un notorio o inminente peligro para la estabilidad institucional, la convivencia ciudadana, la seguridad pública, el mantenimiento del orden libre y democrático, o cuando el funcionamiento de los Poderes Públicos esté interrumpido.

En este caso, la duración puede ser de hasta noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

D. *El estado de conmoción exterior*

El estado de conmoción exterior puede decretarse en caso de conflicto externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones (art. 338 C; 14 LO).

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley Orgánica constituyen causas, entre otras, para declarar el estado de conmoción exterior todas aquellas situaciones que impliquen una amenaza a la Nación, la integridad del territorio o la soberanía.

El estado de conmoción exterior tampoco puede exceder de noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

3. *El decreto de estado de excepción*

En las circunstancias excepcionales antes mencionadas, corresponde al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, decretar los estados de excepción. (art. 337)¹⁷⁰.

Este decreto, como lo precisa el artículo 22 de la Ley Orgánica, tiene “rango y fuerza de Ley” y entra “en vigencia una vez dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros”, agregando la norma que “deberá ser publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela y difundido en el más breve plazo por todos los medios de comunicación social, si fuere posible”.

Esta previsión legal, sin duda, es inconstitucional, pues no puede establecerse que un Decreto que tiene rango y fuerza de Ley pueda entrar en vigencia antes de su publicación, es decir, desde que se dicte por el Presidente de la República. Conforme al artículo 215 de la Constitución, la ley sólo queda promulgada al publicarse con el correspondiente “Cúmplase” en la *Gaceta Oficial*, disponiendo el Código Civil, en su artículo 1, que “la Ley es obligatoria desde su publicación en la *Gaceta Oficial*” o desde la fecha posterior que ella misma indique (art. 1).

En decreto de estado de excepción, por tanto, sólo puede entrar en vigencia desde su publicación en la *Gaceta Oficial*, no pudiendo entenderse este requisito publicación y vigencia, como una mera formalidad adicional de divulgación como parece derivarse del texto del artículo 22 de la Ley Orgánica.

Por otra parte, el decreto debe cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 339 C).

Conforme al artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el estado de excepción debe ser “proclamado oficialmente”. Con base en ello sólo se pueden “adoptar disposiciones” que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas (por los Estados) en virtud de este Pacto. Las medidas, además, no pueden “ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. En igual sentido se dispone en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, el Pacto exige que todo Estado “que haga uso del derecho de suspensión” debe informar inmediatamente a todos los demás Estados Partes en el Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, “de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión”. Igualmente, deben comunicar la fecha “en que haya dado por termina-

170 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 201 y ss; y Allan R. Brewer-Carías, “Los actos ejecutivos en la Constitución venezolana de 1999 y su control judicial” en *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, 30-31 mayo y 1º junio 2001, Ediciones RAP S.A., Argentina 2002, pp. 531-579.

da tal suspensión” (art. 4,3). La Convención Americana establece una disposición similar de información a los Estados Partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de Estados Americanos (art. 27,3).

Por último, la Ley Orgánica dispone que el Presidente de la República puede solicitar a la Asamblea Nacional la prórroga del Decreto por un plazo igual, correspondiendo a la Asamblea la aprobación de dicha prórroga (art. 338). Este puede ser revocado 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.

4. *Medidas que pueden adoptarse en virtud del decreto de estado de excepción*

A. *Régimen general*

Conforme al artículo 15 de la Ley Orgánica, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, tiene las siguientes facultades:

- a) Dictar todas las medidas que estime convenientes en aquellas circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
- b) Dictar medidas 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.

Además, en particular, en el caso del decreto que declare el estado de emergencia económica, conforme al artículo 11 de la Ley Orgánica, en el mismo se pueden disponer “las medidas oportunas, destinadas a resolver satisfactoriamente la anomalía o crisis e impedir la extensión de sus efectos”.

Asimismo, en el caso del decreto que declare el estado de conmoción exterior, se pueden tomar “todas las medidas que se estimen convenientes, a fin de defender y asegurar los intereses, objetivos nacionales y la sobrevivencia de la República” (art. 14).

En todo caso, decretado el estado de excepción, el Presidente de la República puede delegar su ejecución, total o parcialmente, en los gobernadores, alcaldes, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida, que el Ejecutivo Nacional designe (art. 16)¹⁷¹.

B. *La restricción de las garantías constitucionales*

Conforme se establece en el artículo 337 de la Constitución, en los casos en los cuales se decreten estados de excepción, el Presidente de la República en Consejo de Ministros también puede restringir temporalmente las garantías consagradas en la Constitución,

171 Sobre las medidas de excepción véase Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 364-365.

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.

Este es el único supuesto establecido en la Constitución de 1999 conforme al cual el Presidente puede restringir las garantías constitucionales (art. 236, ord. 7), habiéndose eliminado toda posibilidad de “suspender” dichas garantías como lo autorizaba la Constitución de 1961 (art. 241). De ello deriva, además, que tampoco podrían restringirse los derechos constitucionales, sino sólo sus “garantías”¹⁷².

Ahora bien, en relación con la restricción de garantías constitucionales con motivo de un decreto de estado de excepción¹⁷³, el artículo 6 de la Ley Orgánica dispone que

Artículo 6: El decreto que declare los estados de excepción será dictado en caso de estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad, ampliando las facultades del Ejecutivo Nacional, con la restricción temporal de las garantías constitucionales permitidas y la ejecución, seguimiento, supervisión e inspección de las medidas que se adopten conforme a derecho. El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá ratificar las medidas que no impliquen la restricción de una garantía o de un derecho constitucional. Dicho decreto será sometido a los controles que establece esta Ley.

Por otra parte, en relación con la enumeración de las garantías constitucionales de derechos que no pueden ser objeto de restricción, en forma alguna, conforme al antes mencionado artículo 337 de la Constitución (regulados en los artículos 43; 43, ord. 2; 46, ord. 1; 49 y 58 de la Constitución), sin duda, debe considerarse que forman parte de “los demás derechos humanos intangibles” cuyas garantías tampoco pueden restringirse, los indicados como no restringibles en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4), y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 27), que son: la garantía de la igualdad y no discriminación; la garantía de no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; la garantía de la irretroactividad de la ley; el derecho a la personalidad; la libertad religiosa; la garantía de no ser sometido a esclavitud o servidumbre; la garantía de la integridad personal; el principio de legalidad; la protección de la familia; los derechos del niño; la garantía de la no privación arbitraria de la nacionalidad y el ejercicio de los derechos políticos al sufragio y el acceso a las funciones públicas¹⁷⁴.

Ahora bien, en relación con esta materia, el artículo 7 de la Ley Orgánica indica que:

Artículo 7: No podrán ser restringidas, de conformidad con lo establecido en los artículos 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de los derechos a:

172. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales”, en *Revista de Derecho Público*, N° 37, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 5 y ss.

173. Sobre la significación y alcance conceptual de la “restricción de garantías constitucionales”, véase Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Valencia 2002, pp. 590 y ss.

174. Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, cit., pp. 236 y 237.

1. La vida.
2. El reconocimiento a la personalidad jurídica.
3. La protección de la familia.
4. La igualdad ante la ley.
5. La nacionalidad.
6. La libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas.
7. La integridad personal física, psíquica y moral.
8. No ser sometido a esclavitud o servidumbre.
9. La libertad de pensamiento, conciencia y religión.
10. La legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales.
11. El debido proceso.
12. El amparo constitucional.
13. La participación, el sufragio y el acceso a la función pública.
14. La información.

Lamentablemente, en esta enumeración, la Ley Orgánica omitió la “prohibición de incomunicación o tortura” que establece el artículo 337 de la Constitución; la garantía a no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; y los derechos del niño que enumeran las Convenciones Internacionales mencionadas, que tienen rango constitucional (art. 23).

En todo caso, de las anteriores regulaciones relativas a la restricción de garantías constitucionales como consecuencia de un decreto de estado de excepción, debe destacarse lo siguiente:

En *primer lugar*, debe insistirse en el hecho de que se eliminó de la Constitución la posibilidad de que se pudiesen “suspender” las garantías constitucionales, como lo autorizaba el artículo 241, en concordancia con el artículo 190, ordinal 6 de la Constitución de 1961, y que dio origen a tantos abusos institucionales¹⁷⁵, quedando la potestad de excepción, a la sola posibilidad de “restringir” (art. 236, ord. 7) las garantías constitucionales.

En *segundo lugar*, la Constitución exige expresamente que el Decreto que declare el estado de excepción y restrinja garantías constitucionales, obligatoriamente debe “regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339). Es decir, no es posible que el decreto “restrinja” una garantía constitucional pura y simplemente, sino que es indispensable que en el mismo decreto se regule en concreto el ejercicio del derecho. Por ejemplo, si se restringe la libertad de tránsito, por ejemplo, en el mismo decreto de restricción, que tiene entonces que tener contenido normativo, debe especificarse en qué consiste la restricción, estableciendo por ejemplo, la prohibición de circular a determinadas horas (toque de queda), o en determinados vehículos¹⁷⁶.

175. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales”, *loc. cit.*, pp. 5 a 25; y Allan R. Brewer-Carías, *Derecho y acción de amparo*, Tomo V, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 11 a 44.

176. Véase las críticas a la suspensión no regulada de las garantías constitucionales con motivo de los sucesos de febrero de 1989, en Allan R. Brewer Carías, “Consideraciones sobre la

Lamentablemente, sin embargo, en la Ley Orgánica no se desarrolló esta exigencia constitucional, quizás la más importante en materia de restricción de garantías constitucionales. Sólo regulándose normativamente su ejercicio, en el decreto que restrinja las garantías constitucionales, es que podría tener sentido la previsión del artículo 21 de la Ley Orgánica que dispone que:

Artículo 21: El decreto que declare el estado de excepción suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho decreto.

Para que esta “suspensión” temporal de normas legales pueda ser posible, por supuesto, es necesario e indispensable que el decreto establezca la normativa sustitutiva correspondiente.

C. *La movilización*

Conforme al artículo 23 de la Ley Orgánica, decretado el estado de excepción, el Presidente de la República en su condición de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional puede, además, ordenar la movilización de cualquier componente o de toda la Fuerza Armada Nacional, operación que debe regirse por las disposiciones que sobre ella establece la ley respectiva.

D. *La requisición*

Con motivo de la declaración de estado de excepción, conforme al artículo 24 de la Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional tiene la facultad de requisar los bienes muebles e inmuebles de propiedad particular que deban ser utilizados para restablecer la normalidad¹⁷⁷.

En estos supuestos, para que se ejecutase cualquier requisición, es indispensable la orden previa del Presidente de la República o de la autoridad competente designada, dada por escrito, en la cual se debe determinar la clase, cantidad de la prestación, debiendo expedirse una constancia inmediata de la misma.

En todo caso, terminado el estado de excepción, deben restituirse los bienes requisados a sus legítimos propietarios, en el estado en que es encuentren, sin perjuicio de la indemnización debida por el uso o goce de los mismos. En los casos que los bienes requisados no pudieren ser restituidos, o se trate de bienes fungibles o perecederos, la República debe pagar el valor total de dichos bienes, calculados con base en el precio que los mismos tenían en el momento de la requisición (art. 25 LO).

suspensión...”, *loc. cit.*, pp. 19 y ss., y en Allan R. Brewer Carías, en “Prólogo” el libro de Daniel Zovatto G., *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, *cit.*, pp. 24 y ss.

177. Sobre la requisición véase Allan R. Brewer-Carías, “Adquisición de propiedad privada por parte del Estado en el Derecho Venezolano” en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Caracas, 1979, pp. 24 y 33.

E. *Las medidas relativas a los artículos de primera necesidad y a los servicios públicos*

Por otra parte, una vez decretado el estado de excepción, también se puede limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad, tomar las medidas necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción (art. 19 LO).

Salvo que el decreto regule otra cosa, estas medidas deben adoptarse conforme a la Ley de Protección al Consumidor o al Usuario.

F. *Las medidas de orden presupuestarias en cuanto al gasto público*

Conforme al artículo 20 de la Ley Orgánica,

Decretado el estado de excepción, el Ejecutivo puede hacer erogaciones con cargo al Tesoro Nacional que no estén incluidas en la Ley de Presupuesto y cualquier otra medida que se considere necesaria para regresar a la normalidad, con fundamento en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la presente Ley.

Se pretendió, en esta forma, establecer una excepción al principio constitucional del artículo 314 de la Constitución que, al contrario, prescribe terminantemente y sin posibilidad de excepción, que “No se hará ningún tipo de gastos que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto”.

Esta excepción del artículo 20 de la Ley Orgánica, por tanto, sin duda, es inconstitucional, pues la Constitución no autoriza en forma alguna que puedan hacerse gastos o erogaciones no previstos en la Ley de Presupuesto, salvo mediante la utilización del mecanismo de “créditos adicionales” que autoriza al artículo 314 de la propia Constitución.

G. *Los efectos jurídicos de los estados de excepción respecto de los ciudadanos: la obligación de cooperar*

Como se ha señalado, el decreto de estado de excepción tiene rango y valor de ley, por lo que sus disposiciones, tienen el mismo valor vinculante de las leyes respecto de los ciudadanos.

Pero además, conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica, toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, está obligada a cooperar con las autoridades competentes para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza, con la correspondiente indemnización de ser el caso.

El incumplimiento o la resistencia de esta obligación de cooperar conforme al artículo 18 de la Ley Orgánica, “será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las respectivas leyes” pudiéndose así acudir al tipo delictivo de desacato a la autoridad, por ejemplo.

En todo caso, si esos actos fuesen cometidos por funcionarios, las autoridades pueden suspenderlos de inmediato en el ejercicio de sus cargos y deben notificar al superior jerárquico, a los efectos del oportuno expediente disciplinario. Cuando se

trate de autoridades electas por voluntad popular, el artículo 18 sólo indica que “se procederá de acuerdo con lo contemplado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes”. Sin embargo, lo único en esta materia que regula la Constitución es el referendo revocatorio de mandato (art. 72).

5. *El control de los decretos de estados de excepción*

De acuerdo con el artículo 339, el decreto que declare el estado de excepción debe ser presentado, dentro de los 8 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 (art. 336,6)¹⁷⁸.

Este doble régimen general de control parlamentario y judicial, lo desarrolla la Ley Orgánica, 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.

A. *El control por la Asamblea Nacional*

a. *El sometimiento del decreto a la Asamblea*

Como se ha dicho, el decreto que declare el estado de excepción debe ser remitido por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional, dentro de los 8 días continuos siguientes a aquel en que haya sido dictado, para su consideración y aprobación.

En el mismo término, deben ser sometidos a la Asamblea Nacional los decretos mediante los cuales se solicite la prórroga del estado de excepción o aumento del número de garantías restringidas.

Si el Presidente de la República no diere cumplimiento al mandato establecido en el lapso previsto, la Asamblea Nacional se debe pronunciar de oficio (art. 26).

b. *La aprobación por la Asamblea*

El decreto que declare el estado de excepción, y la solicitud de prórroga o aumento del número de garantías restringidas, deben ser aprobados 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). El tema de la publicidad, de nuevo, tiene que vincularse a la publicación del decreto en la Gaceta Oficial.

Si por caso fortuito o fuerza mayor la Asamblea Nacional no se pronunciare dentro de los 8 días continuos siguientes a la recepción del decreto, éste se debe entender aprobado. Se establece así, un silencio parlamentario positivo con efectos aprobatorios tácitos.

178 Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Valencia, 2002, pp. 600 y ss; y Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, op. cit., p. 279.

Si el decreto que declare el estado de excepción, su prórroga o el aumento del número de garantías restringidas, se dicta durante el receso de la Asamblea Nacional, el Presidente de la República lo debe remitir a la Comisión Delegada, en el mismo término fijado en el artículo 26 de la Ley Orgánica. En este caso, conforme al artículo 29, la Comisión Delegada sólo puede considerar la aprobación del decreto que declare el estado de excepción, su prórroga, o el aumento del número de garantías restringidas, si por las circunstancias del caso le resulta imposible convocar una sesión ordinaria de la Asamblea Nacional, dentro de las 48 horas a que hace referencia el artículo 27 de la Ley Orgánica, o si a la misma no concurriere la mayoría absoluta de los diputados.

En todo caso, dice el artículo 30 de la Ley Orgánica, que el acuerdo dictado por la Asamblea Nacional “entra en vigencia inmediatamente, por lo que debe ser publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela 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). De nuevo encontramos aquí la incongruencia de que pueda considerarse que un acto parlamentario de aprobación de un decreto “con rango y fuerza de ley”, pueda entrar en vigencia antes de su publicación en la *Gaceta Oficial*, lo cual es totalmente inadmisibles.

B. *El control por el Tribunal Supremo de Justicia*

De acuerdo con el artículo 336,6 de la Constitución, compete a la Sala Constitucional “revisar en todo caso, aún de oficio, 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, incluso, puede ejercer de oficio.

La Ley Orgánica desarrolla el ejercicio de este control, estableciendo diferentes regulaciones que deben destacarse.

a. *La remisión del decreto a la Sala Constitucional*

Conforme al artículo 31 de la Ley Orgánica, el decreto que declare el estado de excepción, su prórroga o el aumento del número de garantías restringidas, deben ser remitidos por el Presidente de la República dentro de los 8 días continuos siguientes a aquél en que haya sido dictado, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que ésta 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 el estado de excepción.

Si el Presidente de la República o el Presidente de la Asamblea Nacional, según el caso, no dieran cumplimiento al mandato establecido en el presente artículo en el lapso previsto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunciara de oficio (art. 31). Por supuesto, estimamos que este no es el único supuesto en el cual la Sala Constitucional puede revisar de oficio el decreto, 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.

Debe destacarse que con la previsión de este sistema de control de constitucionalidad automático y obligatorio, una vez que el mismo se efectúa por la Sala Constitucional y ésta, por ejemplo, declara la constitucionalidad del decreto, no podría

entonces ejercerse una acción popular de inconstitucionalidad contra el decreto, pues contrariaría la cosa juzgada constitucional.

Por otra parte, debe destacarse que el artículo 33 de la Ley Orgánica dispone que:

Artículo 33: 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.

Esta norma, sin duda, también puede considerarse como 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.

b. *Motivos de control*

La Sala Constitucional tiene competencia 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. Los motivos de inconstitucionalidad a ser considerados por la Sala, por otra parte, pueden ser alegados por interesados en la constitucionalidad, como se señala más adelante.

Es de destacar, en relación con estos motivos de inconstitucionalidad, por ejemplo, el incumplimiento por el decreto de estado de excepción que restrinja una garantía constitucional, de la exigencia de que el decreto debe “regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339); es decir, que tiene que tener contenido normativo en relación con las restricciones al ejercicio del derecho constitucional respectivo. Se trata, en definitiva, de una exigencia constitucional que busca suplir el principio de la reserva legal.

En efecto, como se ha dicho, 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 limitar o restringir dichos derechos. Sólo por ley pueden establecerse limitaciones a los derechos y libertades consagrados en la Constitución. Pero la propia Constitución admite la posibilidad de que las garantías constitucionales puedan ser restringidas en circunstancias excepcionales, por decisión del Presidente de la República en Consejo de Ministros, lo que implica que durante el tiempo de vigencia de estas restricciones, las garantías de los derechos y libertades podrían ser regulados por vía ejecutiva.

Por ello, la consecuencia fundamental del decreto de excepción que establezca la restricción de garantías constitucionales, es la posibilidad que tiene el Poder Ejecutivo de regular el ejercicio del derecho, asumiendo competencias que normalmente corresponderían al Congreso. Si la esencia de la garantía constitucional es la reserva legal para su limitación y reglamentación; restringida la garantía constitucional, ello implica la restricción del monopolio del legislador para regular o limitar los

derechos, y la consecuente ampliación de los poderes del Ejecutivo Nacional para regular y limitar, por vía de Decreto, dichas garantías constitucionales¹⁷⁹.

Por supuesto, tal como lo aclara la propia Constitución, la declaración del estado de excepción (y la eventual restricción) de garantías “no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público” (art. 339); es decir, si bien amplía las competencias reguladoras del Poder Ejecutivo, no impide ni afecta las competencias legislativas ordinarias del Congreso.

c. *Procedimiento y la participación de interesados*

Conforme al artículo 32, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debe decidir la revisión del decreto de estado de excepción en el lapso de 10 días continuos contados a partir de la comunicación del Presidente de la República o del Presidente de la Asamblea Nacional, o del vencimiento del lapso de 8 días continuos previsto en el artículo anterior.

Si la Sala Constitucional no se pronuncia en el lapso mencionado, conforme al artículo 32 de la Ley Orgánica, los Magistrados que la componen “incurren en responsabilidad disciplinaria, pudiendo ser removido de sus cargos de conformidad con lo establecido en el artículo 265 de la Constitución”. Este es el primer supuesto de “falta grave” para la remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo que se regula en la legislación, por parte de la Asamblea Nacional.

En el curso del procedimiento, para cuyo desarrollo todos los días y horas se consideran hábiles (art. 39 LO), los interesados, durante los 5 primeros días del lapso para decidir que tiene la Sala Constitucional, pueden consignar los alegatos y elementos de convicción que sirvan para demostrar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad del decreto que declare el estado de excepción, acuerden su prórroga o aumente el número de garantías restringidas.

No precisa el artículo, sin embargo, quienes pueden ser considerados “interesados”, por lo que debe entenderse que al tratarse de un juicio de inconstitucionalidad relativo a un decreto “con rango y valor de ley”, debe dársele el mismo tratamiento que el establecido para la acción popular, es decir, que para ser interesado basta alegar un simple interés en la constitucionalidad.

En todo caso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los 2 días siguientes debe admitir los alegatos y elementos de prueba que resulten pertinentes y desechar aquellos que no lo sean. Contra esta decisión, dispone la Ley Orgánica, “no se admitirá recurso alguno”, lo cual es absolutamente superfluo, pues no existe recurso posible alguno en el ordenamiento jurídico constitucional, contra las decisiones de la Sala Constitucional.

d. *Decisión*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debe decidir dentro de los 3 días continuos siguientes a aquel en que se haya pronunciado sobre la admisibilidad de los alegatos y las pruebas presentadas por los interesados (art. 36).

179. *Cfr.*, Allan R. Brewer-Carías, *Las garantías constitucionales de los derechos del hombre*, Caracas, 1976, pp. 33, 40 y 41.

En su decisión, conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica:

Artículo 37: La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarará la nulidad total o parcial del decreto que declara el estado de excepción, acuerda su prórroga o aumenta el número de garantías restringidas, cuando no se cumpla con los principios de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados internacionales sobre derechos humanos y la presente Ley.

En relación con los efectos de la decisión de la Sala Constitucional en el tiempo, la ley orgánica expresamente prescribe los efectos *ex tunc*, disponiendo que:

Artículo 38: La decisión de nulidad que recaiga sobre el decreto tendrá efectos retroactivos, debiendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia restablecer inmediatamente la situación jurídica general infringida, mediante la anulación de todos los actos dictados en ejecución del decreto que declare el estado de excepción, su prórroga o aumento del número de garantías constitucionales restringidas, sin perjuicio del derecho de los particulares de solicitar el restablecimiento de su situación jurídica individual y de ejercer todas las acciones a que haya lugar. Esta decisión deberá ser publicada íntegramente en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela.

C. *El control por los demás tribunales*

De acuerdo con el artículo 27 de la Constitución, el ejercicio del derecho de amparo “no puede ser afectado en modo alguno por la declaratoria de estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”, derogándose en forma tácita el ordinal del artículo de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988 que restringía el ejercicio de la acción de amparo en las situaciones de restricción de Garantías Constitucionales¹⁸⁰. Por ello, incluso, la propia Ley Orgánica enumera, entre las garantías no restringibles “el amparo constitucional” (art. 7, ord. 12).

En consecuencia, el artículo 40 de la Ley Orgánica dispone que:

Artículo 40: Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de su competencia de amparo constitucional, están facultados para controlar la justificación y proporcionalidad de las medidas adoptadas con base al estado de excepción.

Esta norma, sin embargo, puede considerarse como inconvenientemente restrictiva, pues parecería que los jueces de amparo no podrían ejercer su potestad plena de protección frente a las violaciones de derechos y garantías constitucionales en estas situaciones de los estados de excepción, sino sólo en los aspectos señalados de justificación y proporcionalidad de las medidas que se adopten con motivo de los mismos.

D. *El control por la comunidad organizada y las organizaciones públicas no estatales*

La Ley Orgánica de la Administración Pública, como hemos señalado, establece un mecanismo preciso de participación ciudadana al regular el procedimiento de

180. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El amparo a los derechos y la suspensión o restricción de garantías constitucionales”, *El Nacional*, Caracas, 14-4-89, p. A-4.

consulta obligatoria a las comunidades organizadas y a las organizaciones políticas no estatales, respecto de los anteproyectos de normas legales o reglamentarias que se proponga dictar el Presidente de la República (arts. 135, 136). Como hemos señalado, esencialmente, un decreto de estado de excepción debe contener la regulación legal relativa al ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, por lo que en el ámbito de los decretos de estados de excepción esa consulta debe realizarse obligatoriamente.

En este supuesto de los decretos de estado de excepción, sin embargo, la consulta obligatoria para promover la participación ciudadana no es previa sino posterior a la emisión del acto. En efecto, el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que “en casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad” el Presidente de la República podría dictar esos decretos con contenido normativo sin consulta previa; pero en todo caso, está obligado a consultar seguidamente “bajo el mismo procedimiento” de consultas públicas, a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; estando obligado a considerar el resultado de la consulta.

VII. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución, como ley suprema, es por supuesto inmutable mediante los mecanismos ordinarios de formación de las leyes, gozando por tanto sus normas de *rigidez constitucional*, lo que implica que la misma sólo puede ser modificadas o reformadas por los medios que se indican expresamente en el texto, por lo que se insiste, este no pierde su vigencia “si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella” (art. 333), es decir, por los establecidos en el Título IX sobre Reforma Constitucional (arts. 340 a 349)¹⁸¹.

La rigidez de la Constitución se concretiza en la previsión de procedimientos y vías institucionales específicas para la reforma de la Constitución, (poder constituyente derivado) la cual en ningún caso puede hacerse por la Asamblea Nacional mediante el solo procedimiento de formación de las leyes, ni mediante el ejercicio de un recurso de nulidad de normas constitucionales¹⁸². Dichos procedimientos, además, aseguran la participación del pueblo como poder constituyente originario.

En la Constitución de 1999 se han establecido tres mecanismos institucionales para la reforma constitucional que se distinguen según la intensidad de las trans-

181 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías “Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela” en *I Procedimenti di revisione costituzionale nel Diritto Comparato*, Atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, 23-24 aprile 1997, a cargo del Prof. Eduardo Rozo Acuña, Università Degli Studi di Urbino, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Urbino, Italia, 1999, pp. 137-181; y en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 134, Caracas 1997, pp. 169-222; y Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 53, Editorial Arte, Caracas, 1999, pp. 87-116.

182 Véase sentencia N° 1140 de la Sala Constitucional de 05-19-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

formaciones que se proponen, y que son las Enmiendas Constitucionales, las Reformas Constitucionales y la Asamblea Nacional Constituyente. Sobre estos, la Sala Constitucional 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 expresa¹⁸³.

Analizaremos a continuación la normativa constitucional en relación con los tres procedimientos para la revisión constitucional, para referirnos al final, a la ilegítima e irregular modificación del texto constitucional realizada mediante su publicación en marzo de 2000 con supuestas correcciones de estilo.

1. *Las Enmiendas Constitucionales*

A. *Objeto*

El procedimiento de la Enmienda¹⁸⁴ para la revisión constitucional, tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental (art. 340).

B. *La iniciativa*

De acuerdo con el artículo 341, ordinal 1, la iniciativa para la Enmienda 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.

C. *La discusión parlamentaria*

El ordinal 2° del artículo 341 establece lo siguiente:

183 *Idem*.

184 Sobre las enmiendas véase, en general, Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Valencia 2002, pp. 613 y ss; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 249 y ss.

Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes.

De esta norma se deduce, por tanto, que la discusión legislativa de las enmiendas sólo se produce cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional. Por tanto, si la enmienda parte de una iniciativa popular o del Presidente de la República, no se somete a discusión ni a aprobación por la Asamblea Nacional, sino que directamente se debe someter a referéndum aprobatorio.

D. *El referendo aprobatorio*

De acuerdo con el mismo artículo 341 de la Constitución:

3. El Poder Electoral someterá a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal.
4. Se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley respecto al referendo aprobatorio.

El artículo 73 de la Constitución exige que en los referendos aprobatorios deben concurrir al menos el 25% de los electores inscritos, bastando para la aprobación que haya mayoría de votos afirmativos.

E. *La promulgación*

Conforme a lo establecido en el artículo 346, el Presidente de la República está obligado a promulgar las Enmiendas dentro de los 10 días siguientes a su aprobación. De lo contrario se aplica lo previsto en el artículo 216 de la Constitución.

F. *Las formalidades*

Por último, la Constitución exige que las enmiendas sean numeradas consecutivamente. Se deben publicar a continuación de la Constitución sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.

2. *Las reformas constitucionales*

A. *Objeto*

En cuanto a las reformas constitucionales¹⁸⁵, conforme al artículo 342 de la Constitución, tienen por objeto 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.

185 Sobre las reformas véase, Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Valencia 2002, pp. 609 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 245 y ss.

De lo anterior resulta que la diferencia entre la enmienda y la reforma es muy sutil: aquella tiene por objeto “la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental”; ésta tiene por objeto, “la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional”. En definitiva, podría decirse que la enmienda tiene por objeto “añadir o modificar” unos artículos y la reforma la “sustitución” de unos artículos, pero en uno u otro caso, sin alterar o modificar la estructura fundamental de la Constitución.

Sin embargo, el procedimiento para la reforma es más complejo, pues requiere que el texto sea discutido y aprobado por la Asamblea Nacional antes de ser sometido a referendo.

B. *La iniciativa*

En efecto, la iniciativa de la Reforma de la Constitución la puede ejercer la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; el Presidente de la República en Consejo de Ministros o a solicitud de un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral (art. 342).

C. *La discusión parlamentaria*

Conforme al artículo 343, la iniciativa de reforma constitucional debe ser tramitada por la Asamblea Nacional en la forma siguiente:

El Proyecto de Reforma Constitucional debe tener una primera discusión en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo; una segunda discusión por Título o Capítulo, según fuera el caso; y una tercera y última discusión artículo por artículo.

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.

El proyecto de reforma se considerará aprobado con el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional.

D. *El referendo aprobatorio*

Tal como lo dispone el artículo 344 de la Constitución, el proyecto de reforma constitucional aprobado por la Asamblea Nacional debe ser sometido a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción.

El pueblo, en el referendo, se debe pronunciar en conjunto sobre la reforma, pero puede votarse separadamente hasta una tercera parte de ella, si así lo aprueba 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 (art. 345).

En caso de que no sea aprobada la reforma, el artículo 345 dispone que la iniciativa de la reforma no puede presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional¹⁸⁶.

E. *La promulgación*

El Presidente de la República debe promulgar las reformas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciere, se aplica lo previsto en el artículo 216 de la Constitución (art. 346).

3. *La Asamblea Nacional Constituyente*

Por último, como mecanismo de reforma constitucional, la Constitución de 1999, producto de una Asamblea Nacional Constituyente que como institución para la reforma constitucional no estaba prevista ni regulada en la Constitución de 1961; prevé precisamente dicho mecanismo en los artículos 347 y siguientes, siguiendo la experiencia de la propia Asamblea Nacional Constituyente de 1999.

A. *El poder constituyente originario y la Asamblea Nacional Constituyente*

El artículo 347 comienza precisando lo que es lo esencial en este proceso: que el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario¹⁸⁷; y que en consecuencia, en ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente “con el objeto de transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”.

La Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución de 1999, por tanto, no está concebida como “poder constituyente originario” alguno, el cual queda reservado al pueblo, en forma “intransferible”. Sin embargo, se especifica en el artículo 349 que los poderes constituidos no pueden en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente¹⁸⁸.

B. *La iniciativa*

La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros; a la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; a los Concejos

186 Estimamos que la palabra “revisada” en el artículo 345 es un error y que debió decir “rechazada”. De lo contrario no tendría sentido.

187 Véase todo lo expuesto sobre el tema en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999.

188 Véase en general, Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 618 y ss; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 251 y ss; y Lolymar Hernández Camargo, “El Poder Constituyente como principio legitimador de la Constitución”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 113-130.

mos; y al quince por ciento de los electores inscritos en el registro electoral (art. 348).

C. *La promulgación de la nueva Constitución*

El Presidente de la República no puede objetar la nueva Constitución. A efectos de la promulgación de la nueva Constitución, ésta se debe publicar en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela o en la *Gaceta* de la Asamblea Constituyente (art. 349).

4. *Las ilegítimas modificaciones al texto constitucional introducidas mediante su nueva publicación el 24-3-2000 y la "Exposición de Motivos" elaborada ex post facto*

A pesar de la rigidez constitucional que deriva de los procedimientos previstos para su reforma o enmienda, a los tres meses de haberse publicado la Constitución (30-12-99), apareció publicado en *Gaceta Oficial* una nueva versión del texto constitucional, que modificaba la aprobada por el pueblo en el referendo de diciembre de 1999¹⁸⁹.

Este nuevo hecho constitucional, de insólitas consecuencias, en efecto fue la publicación, de nuevo, del texto de la Constitución de 30-12-99, en *Gaceta Oficial* N° 5453 Extraordinario de 24 de marzo de 2000, con la publicación adicional del texto de una *Exposición de Motivos* el cual supuestamente habría sido adoptado por la Asamblea Nacional Constituyente en su sesión final del 30 de enero de 2000, celebrada en Ciudad Bolívar, sesión a la cual no asistimos, como expresamente dejaron constancia los redactores de la mencionada *Exposición de Motivos*¹⁹⁰.

189 Véase en general, los comentarios de Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 28-50. Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la ilegítima 'Exposición de Motivos' de la Constitución de 1999 relativa al sistema de justicia constitucional", en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, enero-junio 2000, Editorial Sherwood, Caracas 2000, pp. 47-59.

190 En la *Gaceta Oficial* N° 5453 Extraordinario de 24-03-2000, además de publicarse, de nuevo, el texto de la Constitución del 30-12-1999 para corregir supuestos "errores de gramática, sintaxis y estilo" -lo que, en sí mismo, es completamente impropio-; se publicó una "Exposición de Motivos" supuestamente "decretada" por la Asamblea Nacional Constituyente el día de su sesión de clausura, el 30-01-2000. Quienes ordenaron publicar dicha "Exposición de Motivos" se cuidaron de dejar constancia en la *Gaceta Oficial* (pág. 15) que estuvimos "ausente", en dicha sesión, como en efecto así ocurrió. La palabra "ausente", sin embargo, no se puso a continuación del nombre de los otros veintiocho (28) Constituyentes que no asistieron a la Sesión, según consta de la *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, Caracas 2000, Sesión del 30-01-2000, p. 2. En todo caso, consideramos ilegítimos todos los supuestos "actos constituyentes" dictados por la Asamblea Nacional Constituyente luego de haber sido *proclamada* la Constitución de 1999, por la misma Asamblea, el 20-12-99, razón por la cual la última oportunidad en la que asistimos a sus sesiones fue, precisamente, ese día 20-12-99; excepción hecha de la Sesión del 25-01-2000, después de publicada la Constitución, en la cual se inició la discusión de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Capital, *Única competencia* que se asignó a la Asamblea Nacional Constituyente en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución. En todo caso, la "Exposición de Motivos" decretada por la Asamblea Nacional Constituyente, definitivamente no fue discutida ni aprobada seriamente por la Asamblea, ni su texto fue conocido con anterioridad al 30-01-2000, fecha en la cual supuestamente fue "decretada"; y

Dos aspectos deben destacarse en relación con esta publicación de la Constitución, en marzo de 2000:

En *primer lugar*, la Exposición de Motivos no fue discutida en forma alguna por la Asamblea Nacional Constituyente con anterioridad a la aprobación de la Constitución, ni fue sometida a la aprobación popular en el referéndum del 15 de diciembre de 1999. Se trata, en realidad, de una explicación, apreciación o interpretación realizada *ex post facto*, quien sabe por quién, que sólo fue dada a conocer tres meses después de proclamada la Constitución, mediante su publicación en *Gaceta Oficial*. Se trató de una explicación que su o sus autores dieron de las normas constitucionales, pero el texto, definitivamente, no constituye una Exposición de Motivos, es decir, un documento que expone las razones o motivos que auténticamente originaron cada norma y que, por tanto, tenía que haber sido discutido y aprobado al momento de adoptarse definitivamente la Constitución. Por ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, ha considerado que ese texto no tiene carácter normativo por no ser parte integrante de la Constitución, siendo su consulta sólo a título referencial e ilustrativo, expresando que:

La naturaleza de ese documento, en el sentido que lo expresado en el mismo se consulta sólo a título referencial e ilustrativo para el análisis de la norma constitucional, ya que él constituye un documento independiente al Texto Constitucional propiamente dicho y, no siendo parte integrante de la Constitución, no posee carácter normativo. No puede entonces fundamentarse en la Exposición de Motivos la justificación jurídica para interpretar una modificación, ampliación o corrección de lo expresado en el Texto Fundamental. No puede igualmente otorgarse un carácter interpretativo de la Constitución a la Exposición de Motivos cuando la misma Constitución le otorga dicho carácter expresamente a esta Sala. La Exposición de Motivos constituye simplemente una expresión de la intención subjetiva del Constituyente, y tiene el único fin de complementar al lector de la norma constitucional en la comprensión de la misma¹⁹¹.

ni siquiera con anterioridad al 24-03-2000, fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial*. Dicha "Exposición de Motivos" por tanto, no es tal. Mal podría tratarse de una Exposición de Motivos aprobada el 30-01-2000, supuestamente de una Constitución publicada en un mes antes, el 30-12-99, cuando en realidad hace referencia al texto "corregido", publicado el 24-03-2000.

Pero leído su contenido, lo que se aprecia es que el texto es, en unos aspectos, una simple e incompleta glosa de las normas constitucionales, con un notorio y desconcertante desbalance, que se aprecia, por ejemplo, en el caso de los artículos que regulan los derechos laborales (arts. 87 a 97) a los cuales sólo se les dedican tres (3) líneas; y en otros aspectos, una "interpretación" de la Constitución que no "explica" nada sobre los diversos artículos, sino que expresa el criterio personal de quien o quienes redactaron la "Exposición", lo que los lleva, incluso, a establecer arbitrariamente supuestas "orientaciones" que deberían ser seguidas por el legislador, y que nunca fueron siquiera consideradas en la Asamblea, ni en sus Comisiones ni en las discusiones o comentarios informales de quienes intervinieron en la redacción del articulado. Esto último sucede, particularmente, precisamente con la parte de la "Exposición de Motivos" relativa al Capítulo I (*De la garantía de esta Constitución*) del Título VIII (*De la protección de esta Constitución*), en la cual, si bien se explica correctamente la orientación general del sistema de justicia constitucional mixto o integral que se consolida en la Constitución; sin embargo, se hacen afirmaciones, se emiten conceptos y se proponen futuras regulaciones legales que no responden a lo que fue la intención de los Constituyentes.

191 Véase sentencia N° 93 de 06-02-2001, *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 407. (En prensa).

Esta Sala, no obstante, dentro de su carácter de máximo intérprete de la Constitución establecido en el artículo 335 del Texto Fundamental, puede señalar lo establecido en la Exposición de Motivos como soporte de su interpretación y otorgarle carácter interpretativo a lo establecido en ésta o, sencillamente, desechar o no considerar lo establecido en tal documento, en aras a la interpretación progresiva del Texto Fundamental.

El *segundo lugar*, el texto constitucional publicado el 24 de marzo de 2000, supuestamente para corregir “errores de gramática, sintaxis y estilo”, en realidad, en muchos casos, es un nuevo texto constitucional, que no fue aprobado por el pueblo en el referéndum del 15 de diciembre de 1999, no pudiendo por tanto considerarse como la Constitución. Pero en medio del manejo irresponsable de la información por parte de quienes controlaron la Asamblea Nacional Constituyente y luego, la ilegítima Comisión Legislativa Nacional (transitoria), tal hecho no puede considerarse como un hecho aislado. Debe recordarse que entre el texto constitucional publicado y difundido masivamente por el Consejo Nacional Electoral para el referéndum del 15 de diciembre de 1999, el cual, en definitiva, fue aprobado en la votación; y el mismo texto publicado en la *Gaceta Oficial* N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999, ya se habían introducido, subrepticamente, modificaciones indebidas, la más notoria de las cuales fue la modificación del artículo 317 que regula el principio de la legalidad tributaria: en el texto aprobado en el referéndum, se estableció que las rebajas y exenciones de impuestos sólo podían ser establecidas “por la ley que cree el tributo correspondiente”; sin embargo, en el texto publicado quince días después, el 30 de diciembre de 1999, se indicó que dichas rebajas y exenciones de impuestos debían ser establecidas “por las leyes”. Se cambió, así, sustancialmente, un concepto tributario que tal como fue aprobado por el pueblo, acababa con las zonas francas y con todos los beneficios fiscales que estaban previstos en leyes distintas a las que creaban los respectivos tributos. Sin duda, el texto originalmente aprobado por el pueblo podía considerarse inconveniente, pero así fue aprobado, y nadie tenía la potestad de cambiar la voluntad popular, salvo el propio pueblo.

En todo caso, el texto constitucional publicado oficialmente como el aprobado por el pueblo era el que contiene la *Gaceta Oficial* N° 36.860 de 30 de diciembre de 1999. Después de marzo de 1999, sin embargo, con la publicación de una nueva versión de la Constitución que, además de tener corregidos supuestos “errores de gramática, sintaxis y estilo”, introdujo una serie de cambios en el texto constitucional, que excedían las simples correcciones, la confusión constitucional fue mayúscula. Ello motivó a que el propio Fiscal General de la República introdujera un recurso de interpretación ante la Sala Constitucional para determinar cuál era el texto constitucional vigente, el cual habría sido resuelto en junio de 2003, según fue anunciado en la prensa¹⁹², pero la anunciada sentencia que habría establecido que el texto vigente era el que se había publicado el 30 de diciembre de 1999, nunca fue publicada.

Por supuesto, ante todo debe señalarse que el texto aprobado en el referéndum es el texto oficial, aún cuando hubiese tenido errores de gramática, sintaxis o estilo. Una reimpresión por error de copia, no puede “corregir” el texto aprobado por el

192 Véase en *El Universal*, Caracas 13 de junio de 2003.

pueblo. Incluso, conforme al artículo 4 de la vieja Ley de Publicaciones Oficiales de 22-7-41, que se invocó en el *Aviso Oficial* para la nueva publicación de la Constitución, es sólo “cuando haya evidente discrepancia entre el original y la impresión de una ley” cuando la misma puede volver a publicarse corregida en la *Gaceta Oficial*. En el caso de la Constitución, la publicación del 24 de marzo de 2000 no obedeció a que hubiera discrepancia entre el original aprobado en el referéndum y la publicación en *Gaceta Oficial* el 30 de diciembre de 1999, sino que, en realidad, de lo que se trató fue de un texto que es distinto al original aprobado por el pueblo y al publicado el 30-12-99, y que se publicó por supuestos “errores de gramática, sintaxis o estilo” del texto original. Esto significó, en definitiva, que alguien o algunos se erigieron en órgano constituyente, usurparon la soberanía popular y pretendieron dar una nueva versión de la Constitución distinta a la aprobada en el referéndum del 15 de diciembre de 1999.

En algunos casos, la versión publicada el 24 de marzo de 2000, pretendía “corregir” errores de sintaxis y de gramática. Así sucedía, por ejemplo, con la eliminación del texto de la Constitución de la palabra “Fiscal” (art. 284) y “estudiantes” (art. 109) que no existen en castellano. Igualmente en el nuevo texto se corrigieron múltiples errores de redacción.

En otros casos, la versión del 24 de marzo de 2000, agregó, eliminó y cambió palabras y frases, en muchos casos incluso modificando el sentido de la regulación. Entre las modificaciones más destacadas al texto constitucional, las mismas se indican en cada uno de los artículos de la Constitución en el texto publicado al final de este Libro, mediante las correspondientes notas (*) al pie de páginas.

De todas esas “correcciones” hay algunas que pretendían cambiar totalmente el sentido de la Constitución. Por ejemplo, no es lo mismo, por ejemplo, en los artículos 84 y 85, hacer referencia, al “servicio público de salud”, lo que implica una competencia concurrente entre los órganos de los Poderes Nacional, Estatal y Municipal; que haber “corregido” el texto, y poner “servicio público *nacional* de salud”, lo que constituye una inadmisibles “nacionalización” del servicio público de salud, contrario a la idea misma de un “Estado Federal Descentralizado” (art. 4) y a las competencias que en la materia se atribuyen a los Estados (art. 164, ordinal 8), y a los Municipios (art. 178, ordinal 5°). Quizás lo que debió ocurrir era eliminar la palabra “nacional” en la expresión en el encabezamiento del artículo 84, en lugar de agregarla en ese mismo artículo y en el artículo 85.

En igual forma, no es lo mismo que el artículo 170 diga que los Municipios podrán agruparse en distritos a que diga que podrán agruparse en “distritos metropolitanos”; y no es lo mismo que artículo 214 diga que el veto presidencial a las leyes debe ser decidido por el Presidente de la República “*con acuerdo del Consejo de Ministros*” que es una de las maneras de decidir del Presidente, pues él preside el Consejo de Ministros; a establecer que la decisión del Presidente en la materia debe adoptarla “*en acuerdo con el Consejo de Ministros*” como si este fuera un órgano aparte en la estructura orgánica del Poder Ejecutivo.

La Constitución es el cuerpo normativo de mayor jerarquía en el país; y se caracteriza, además, por su rigidez, es decir, que su modificación sólo puede ser adoptada conforme a los procedimientos de revisión constitucional regulados en la propia Constitución (arts. 340 y siguientes). No tiene sentido, entonces, que se hayan introducido modificaciones al texto constitucional, como las indicadas, mediante

una supuesta corrección de errores de gramática, sintaxis y estilo, que son inconstitucionales. La Constitución es algo serio, pero por lo visto así no la perciben quienes hicieron las “correcciones” reseñadas.

TERCERA PARTE
LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO:
LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN
DEL ESTADO Y DEL SISTEMA POLÍTICO

I. LAS IDEAS DEL PREÁMBULO

Siguiendo la tradición de las Constituciones de 1811, 1947 y 1961, la Constitución de 1999 también está precedida de un *Preámbulo* relativamente extenso en el cual se detallan una serie de propósitos. Según la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución de 1961 el Preámbulo “constituye la base fundamental, el presupuesto que sirve de fundamento a la norma constitucional; señala los valores sociales y económicos, políticos y jurídicos que inspiran la acción del Estado”.

En palabras de la antigua Corte Suprema de Justicia, “el Preámbulo de la Constitución contiene los “considerandos” o “motivos que guían al constituyente para decretar una Constitución en los términos como lo hizo, vale decir, configura el propósito que se tuvo en cuenta para tales términos”¹⁹³.

En el *Preámbulo*, por tanto, se establecen los objetivos del pacto de organización política del Texto Constitucional, objetivos que, por supuesto, son guía de obligatoria conducta para los órganos del Estado. Por tanto, las declaraciones del *Preámbulo*¹⁹⁴ forman el conjunto de principios y políticas que los órganos del Estado deben necesariamente seguir, a pesar de que los gobiernos tengan diversos signos ideológicos, y que pueden identificarse como objetivos *políticos, sociales e internacionales*.

193 Véase sentencia de la Sala Política Administrativa de 08-08-89 en *Revista de Derecho Público*, N° 39, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, p. 102.

194 Véase Antonio Canova González, “El preámbulo de la Constitución venezolana de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 45-75; Govea & Bernardoni, *Las respuestas del Supremo T.S.J sobre la Constitución venezolana de 1999. 250 preguntas y sus respuestas*. Editorial La Semana Jurídica, Caracas, 2002, pp. 35-92; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 163 y ss; Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 53-86; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas 2001, pp. 27 y ss.

Estos objetivos o propósitos constituyen, sin duda, los principios constitucionales fundamentales que inspiran el Texto Constitucional y que, como tales, gozan de la misma imperatividad, obligatoriedad y rigidez constitucional que las normas contenidas en el articulado de la Constitución¹⁹⁵. Esto significa que su violación por un acto estatal, podría dar lugar a una acción de inconstitucionalidad¹⁹⁶.

1. *Declaraciones iniciales*

A. *La Constitución como emanación del pueblo*

La Constitución de 1999, como lo dice su propio texto, fue dictada por “el pueblo de Venezuela”, lo que significa que es emanación del Poder Constituyente originario que corresponde al pueblo, el cual no sólo ordenó elaborar el proyecto a una Asamblea Nacional Constituyente conforme se manifestó en el referéndum consultivo del 25 de abril de 1999 (Asamblea que actuó en representación de dicho Poder originario), sino que aprobó el texto constitucional “mediante el voto libre y en referendo democrático el 15 de diciembre de 1999”.

B. *El Poder originario del pueblo y la invocación de Dios*

El pueblo de Venezuela, para decretar la Constitución, lo hizo “en ejercicio de sus poderes creadores” precisamente como poder constituyente originario, e “invocando la protección de Dios”, con lo cual se respetó la tradición constitucional de invocación al Ser Supremo que se remonta al texto de 1811 que se dictó “en nombre de Dios Todopoderoso”.

C. *La invocación al Libertador, y a los forjadores de la Nación*

En las invocaciones iniciales, además de la protección de Dios, se invoca “el ejemplo de nuestro Libertador Simón Bolívar”, con lo que se hace una mención similar a la del Preámbulo de la Constitución de 1961 respecto de “la acción de los grandes servidores de la patria, cuya expresión más alta es Simón Bolívar, el Libertador”. Ahora, sin embargo, se precisa más la referencia “al ejemplo” de la actuación del Libertador; y quizás nada más preciso y conciso para identificar ese ejemplo de Libertador desde el punto de vista constitucional -ya que la invocación se hace en una Constitución-, que recordar lo que dijo quien fue uno de sus contemporáneos, el Presidente José Antonio Páez, en la ceremonia de inhumación de los restos de Bolívar en la Catedral de Caracas en 1842 y que resume parte de su pensamiento político; al señalar, que el monumento más digno de su gloria que había que consagrarle era:

195 Véase Jacqueline Lejarza A., “El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1 (septiembre-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 195-220.

196 Véase en tal sentido, los comentarios al Preámbulo de la Constitución de 1961 en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 Agosto-8 Septiembre), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 125 a 139; y los comentarios al Proyecto de Preámbulo de la Constitución de 1999, en *idem*, pp. 207 y 208.

La consolidación de las instituciones de Venezuela por la sabiduría de los Legisladores, por la prudencia de la Administración ejecutiva, por la integridad de los Magistrados, por la ilustración del pueblo, por la unión de todos los venezolanos¹⁹⁷.

Todo lo contrario, lamentablemente, a lo que ha ocurrido durante los cuatro años de vigencia de la Constitución de 1999.

Pero además, en el *Preámbulo* se invoca tanto al “heroísmo y sacrificio de nuestros pasados aborígenes” como al de “los precursores y forjadores” de la patria libre y soberana. Lo novedoso es la referencia a los aborígenes, coincidente con los 500 años del descubrimiento de Venezuela en el tercer viaje de Colón; siendo bien general la invocación a los precursores y forjadores de la República, como patria libre y soberana, lo que permite traer al texto a todos los que contribuyeron a la formación de la nacionalidad y la República, al menos durante los últimos 200 años, desde la misma Revolución de Gual y España (1797).

2. *Los fines políticos*

La Constitución de 1999, como toda Constitución, se dictó con el objeto de alcanzar una serie de fines, entre ellos diversos fines políticos.

A. *La refundación de la República*

El primero de dichos fines es la “refundación de la República”, lo que sugiere que se trata de una Constitución para llevar a cabo un cambio político radical, de las instituciones y del sistema político. Dicha expresión, por lo demás, fue la utilizada con frecuencia durante el proceso electoral de 1998 y el proceso para la elección de la Asamblea Constituyente en 1999, como frase fuerza del mismo, por quienes controlarían la Asamblea.

Sobre el tema la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 23 del 22 de enero de 2003 (*Caso: Interpretación del artículo 71 de la Constitución*) ha señalado que:

El Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que integra con fuerza normativa al Texto Fundamental, de acuerdo con la doctrina de la sentencia del 19 de enero de 1999, *Caso: Referendo Consultivo*, dictada por la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, que ha sido mantenida por esta Sala Constitucional, aclara que la intención del constituyente de 1999, siguiendo el mandato popular que le fue conferido por los electores y electoras en referéndum del 25 de abril de 1999, fue refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, con lo cual ya no sólo es el Estado el que ha de adoptar y someterse a la forma y principios de la democracia, sino también la sociedad (integrada por los ciudadanos y ciudadanas venezolanas), quien debe desempeñar un rol decisivo y responsable en la conducción de los derroteros de la Nación¹⁹⁸.

197 Véase la cita en Fermín Toro, *Descripción de los honores fúnebres consagrados a los restos del Libertador Simón Bolívar, en cumplimiento del Decreto Legislativo de 30 de abril de 1842*, Caracas, Imprenta de Valentín Espinal, 1843; *cit.*, en Elías Pino Iturrieta, *El divino Bolívar. Ensayo sobre una religión republicana*, Los Libros de la Catarata, Segunda Edición, Madrid 2004, p. 35.

198 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, (En prensa).

Lamentablemente, esta noción de “refundación de la República”, que había sido utilizada política y electoralmente, se enquisó en la Constitución como una manifestación de rechazo a todo lo anterior, queriendo hacer desaparecer de la historia toda la vida republicana desde 1830 hasta el presente¹⁹⁹

B. *El perfeccionamiento de la democracia*

La refundación de la República, como “fin supremo” de la Constitución de acuerdo con el Preámbulo, busca establecer una sociedad democrática, es decir, una sociedad en la cual la democracia sea más que un sistema político, una forma de vida que no sólo configure las instituciones políticas sino también las sociales. Además, la sociedad que se busca consolidar debe ser “participativa”, de manera que la participación de la sociedad y del individuo en todo lo que le concierne sea la guía fundamental para la refundación de la República. También la sociedad debe ser “protagónica”, de manera que más que Estado lo que se persigue es el protagonismo democrático de la sociedad civil²⁰⁰ y de los individuos, para que lleguen a ser dueños y conductores de su destino. En el texto constitucional, sin embargo, lamentablemente se margina a la sociedad civil en relación con el Estado, y los mecanismos para su directa participación en la gestión de asuntos públicos (comités de postulaciones de altos funcionarios de los Poderes Públicos) han sido distorsionados en la práctica legislativa.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 23 del 22 de enero de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 71 de la Constitución*) ha señalado sobre el tema del perfeccionamiento de la democracia como fin del texto constitucional, que:

Partiendo de tal premisa, de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución, la Nación venezolana se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, cuyos valores superiores son la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la ética, el pluralismo político y la preeminencia de los derechos humanos; siendo la garantía y respeto de dichos postulados axiológicos obligación irrenunciable de todos los órganos que ejercen el Poder Público, y responsabilidad compartida de éstos con la totalidad de las personas que habitan o residen en el territorio de la República, según lo establecido, entre otros, en los artículos 55, 62, 70, 79, 80, 83, 84, 102, 127, 131, 132, 135, 141, 166, 168, 182, 184, 185, 204, 205, 211, 253, 270, 279, 295, 299 y 326 de la Norma Fundamental.

Lo anterior, encuentra su fundamento en el artículo 5, según el cual la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente (democracia directa) en la forma prevista en la propia Constitución (ver artículos 62 y ss.) y en la ley, e indirectamente -mediante el sufragio- por los órganos que ejercen el Poder Público, y en el artículo 6, que consagra de manera definitiva como forma de gobierno de la República y de las demás entidades político-territoriales la democracia participativa y electiva, descentralizada, alternativa, responsable, pluralista y de mandatos revocables, con lo que no es posible ninguna organización del Estado que niegue o inobserve tal configuración institucional.

199 Véase Elías Pino Iturrieta, *El divino Bolívar. Ensayo sobre una religión republicana*, Los Libros de la Catarata, Segunda Edición, Madrid, 2004, pp. 216 y ss.

200 Véase en general Jesús R. Quintero, “Teoría y práctica de la sociedad civil”, en *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 4, Caracas, 2002, pp. 131 a 295.

De conformidad con lo anterior, la Constitución de 1999, reimpresa en Gaceta Oficial n° 5.453, Extraordinaria, del 24 de marzo de 2000, funda las bases axiológicas e institucionales para profundizar la democracia en Venezuela, al completar las tradicionales formas e instancias representativas de los sistemas democráticos contemporáneos, con novedosos y efectivos mecanismos y medios de participación a través de los cuales los ciudadanos y ciudadanas pueden, en los distintos niveles político-territoriales, ser protagonistas en las actividades estatales y en la toma de decisiones para la gestión del interés público y el bien común, rompiendo con la “ilusión de participación” que se creó durante la vigencia de la Constitución de 1961, y que tantas veces conspiró contra la estabilidad del sistema democrático en nuestro país (Ver, Juan Carlos Rey, *El Futuro de la Democracia en Venezuela*, UCV, Caracas, pp. 332 y ss).

De este modo, como bien lo aclara la Exposición de Motivos de la Constitución, el régimen constitucional vigente responde a una sentida aspiración de la sociedad civil organizada que pugna por cambiar la negativa cultura política generada por décadas de un Estado centralizado de partidos (Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, Caracas, 1988, pp. 39 y ss) que mediatizó el desarrollo de los valores democráticos, a través de la participación ciudadana que ya no se limita a procesos electorales, pues se reconoce la necesidad de la intervención del pueblo en los procesos de formación, formulación y ejecución de políticas públicas, como medio para superar los déficits de gobernabilidad que han afectado nuestro sistema político debido a la carencia de armonía entre el Estado y la sociedad.

Ello indica, que el modelo democrático electivo, participativo y protagónico instaurado en Venezuela a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, concibe a la gestión pública y la preservación y fomento del bien común como un proceso en el cual se establece una comunicación permanente entre gobernantes y ciudadanos, entre los representantes y sus representados, lo cual implica una modificación radical, a saber, de raíz, en la orientación de las relaciones entre el Estado y la sociedad, en la que se devuelve a esta última su legítimo e innegable protagonismo, a través del ejercicio de sus derechos políticos fundamentales, enunciados en el Capítulo IV del Título III de la Norma Suprema.

Dicho proceso de profundización de la cultura democrática del pueblo venezolano, vía proceso constituyente y Constitución, se ve además reforzado en sus propósitos por el marco jurídico internacional, suscrito y ratificado por la República Bolivariana de Venezuela, en materia de derechos humanos, siendo ejemplo de ello lo dispuesto en los artículos 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre, 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrantes todos ellos del llamado bloque de la constitucionalidad de acuerdo con el artículo 23 del Texto Fundamental.

De tal manera que, como lo afirma la Carta Democrática Interamericana suscrita el 11 de septiembre de 2001 en Lima, capital de la República del Perú, el carácter participativo de la democracia en Venezuela en los diferentes ámbitos de la actividad pública tiende progresivamente a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en los distintos niveles político-territoriales en que se distribuye el Poder Público a lo largo y ancho de la República, y por ello mismo, si bien la democracia representativa es la base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, ésta se refuerza y profundiza únicamente con la participación y protagonismo permanente, ético y responsable de la ciudadanía²⁰¹.

C. *Las características socioculturales de la sociedad*

La sociedad venezolana que se define en el Preámbulo, además, se la califica como “multiétnica y pluricultural”, lo que implica el reconocimiento de la existencia de múltiples etnias y culturas; sin duda, haciendo referencia a las comunidades indígenas, las cuales sin embargo, en Venezuela, al contrario de lo que sucede muchos otros países de América Latina, sólo representan menos del 1.5% de la población. Sin embargo, no se encuentra en el Preámbulo referencia alguna de orden cultural al mestizaje, que es quizás la característica más destacada de la formación del pueblo venezolano.

D. *Las características del Estado*

En el contexto de la sociedad, en el Preámbulo se hace referencia expresa a que la misma ha de desarrollar su actividad en el marco institucional de “un Estado de justicia, federal y descentralizado”. Con ello, se destaca, en primer lugar, el valor de la justicia que se quiere reforzar, de manera que el Estado sea más que un Estado sometido al derecho (Estado de Derecho), un Estado donde la justicia sea realidad, de manera que cada persona pueda obtener lo que le corresponda, más allá del formalismo de la ley o de la legalidad. Esto, sin embargo, en manos de magistrados que no sean íntegros moral y jurídicamente o que sean dependientes del poder político, puede significar el mismo descalabro de la justicia.

El Estado, además, debe ser Federal, es decir, debe responder a una efectiva distribución vertical del Poder Público en el territorio, es decir, descentralizado (frente a la “Federación Centralizada” que hemos tenido durante un Siglo), en el cual, por supuesto, tiene que garantizarse constitucionalmente la autonomía territorial de las entidades políticas que lo componen (Estados y Municipios). No hay descentralización política sin autonomía, y en el texto constitucional, lamentablemente esta autonomía está limitada. La Constitución, en esta materia, también es contradictoria: continúa regulando incluso en forma reforzada, una “Federación Centralizada” pero en medio de declaraciones sobre la federación y la descentralización.

E. *Los valores de la sociedad política*

La nueva República, por otra parte, debe consolidar “los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la Ley, para ésta y las futuras generaciones”.

Estos son los valores fundamentales de la sociedad democrática que se busca establecer: la libertad, entendida en su expresión más clásica, como el derecho de todos de hacer lo que no perjudique a otro y de no estar obligado a hacer lo que la Ley no ordene ni impedido de ejecutar lo que ella no prohíba; es decir, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

En cuanto a la independencia, se trata de reafirmar la vida misma de la República, independiente desde 1810 y no sujeta a dominación extranjera de la naturaleza que sea, con la nación venezolana asentada en el territorio, cuya “integridad territorial” se configura como otro valor fundamental, lo que impide su modifica-

ción. La paz, como valor fundamental, implica el rechazo existencial a la guerra. La solidaridad, busca que todos los componentes del pueblo tengan además de derechos, deberes para con el prójimo, aún no escritos, derivados de la relación social y la convivencia, como otro valor, de manera que el derecho de cada quien encuentra necesariamente su límite en el derecho de los demás.

Otro valor esencial es el bien común, que por supuesto debe procurar el Estado pero en el cual debe participar la sociedad en general, a los efectos que satisfacer las necesidades individuales y colectivas, estando éstas por encima de aquellas.

Por último, se hace referencia a la ley, o más precisamente, al imperio de la ley, como un valor fundamental, lo que consolida la idea del Estado de Derecho, pues en toda sociedad, la forma elemental de configurar su organización y convivencia es mediante la definición de normas comunes y obligatorias.

3. *Los fines sociales*

A. *Los derechos humanos esenciales*

La refundación de la República además de los fines políticos mencionados, debe responder a una serie de fines sociales que se precisan con el objeto de asegurar “el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna”.

Se invoca, así, como principios esenciales y fines de la sociedad, los derechos humanos fundamentales a la vida, al trabajo, a la cultura y a la educación, que encuentran desarrollo sustancial en el texto constitucional.

B. *La justicia social*

Además, se hace referencia al fin social de la sociedad y el Estado de asegurar la justicia social, con el objeto de asegurar la participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza, impidiendo que ésta se concentre en pocas manos, provocando injustas diferencias de ingreso, y buscando asegurar a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad.

C. *La igualdad*

Por último, se hace mención como objetivo social fundamental, el asegurar la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna, lo que responde al carácter igualitario de la sociedad venezolana, que rechaza la discriminación de cualquier tipo y el servilismo.

4. *Los fines internacionales*

Además de fines políticos y sociales, también se mencionan en el Preámbulo, como fines de la sociedad venezolana y del Estado, una serie de fines internacionales.

A. *La cooperación internacional*

En primer lugar, se menciona como fin del Estado promover la cooperación pacífica entre las naciones, lo que implica el compromiso con las soluciones pacíficas de las controversias, y el rechazo de la guerra.

La cooperación internacional, por otra parte, debe realizarse de acuerdo con los principios de la no intervención en los asuntos de otros países y de la autodeterminación de los pueblos. Además, la consagración internacional debe realizarse conforme a la garantía universal e indivisible de los derechos humanos y la democratización de la sociedad internacional.

También se hace referencia en el Preámbulo a otros valores que deben guiar las relaciones internacionales de la República, como el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad.

B. *La integración latinoamericana*

Otro fin fundamental indicado en el Preámbulo, que debe guiar la acción del Estado es el impulso y consolidación de la integración latinoamericana, lo que hace referencia, sin duda, al proceso de integración de la Comunidad Andina, de la cual es parte Venezuela, con todas sus consecuencias de consolidación de la supranacionalidad a las que se hace referencia en el Texto Constitucional.

Con fundamento en todos estos principios del Preámbulo, la Constitución de 1999 comienza con el Título I dedicado a los “Principios Fundamentales”, en los cuales se regulan los aspectos esenciales de la organización del Estado y del sistema democrático.

II. LA REPÚBLICA Y LOS FUNDAMENTOS DEL ESTADO

1. *La configuración de la República*

El artículo 1º de la Constitución no sólo define a la República, sino que precisa su independencia, los valores esenciales y los derechos irrenunciables de la Nación.

A. *La denominación de la República como “República Bolivariana de Venezuela”*

La innovación más destacada del artículo 1º de la Constitución de 1999, es la denominación de la República como “República Bolivariana de Venezuela”, sobre lo cual pueden darse múltiples interpretaciones²⁰².

202 Véase sobre la “doctrina bolivariana” y la denominación de la República Ricardo Combellas. *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 31 y ss; y Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 169 y ss; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 57-61.

Esto había sido propuesto por el Presidente de la República electo en diciembre de 1998, en el texto *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, (Caracas 05-08-99), que sometió a la Asamblea Constituyente, en un artículo que señalaba:

Venezuela se declara República Bolivariana, irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral, así como los valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.

Tal propuesta fue rechazada en la primera discusión del Proyecto de Constitución, por abrumadora mayoría, la cual cambió radicalmente en la segunda discusión, al acogerse la redacción mencionada, también con mayoría abrumadora²⁰³. Fueron los mismos seguidores del Presidente de la República quienes rechazaron primero y luego aprobaron la propuesta.

Sin embargo, en la versión del texto que fue publicado por el Consejo Nacional Electoral apareció una redacción distinta a la aprobada, en la cual se comienza el artículo 1° con la denominación de la República, pura y simplemente, como *República Bolivariana de Venezuela*. Ello, con razón, ha sido considerado por Elías Pino Iturrieta como un “despropósito” o una “tropelía”, agregando que “identificar oficialmente a la república con el nombre del Libertador significa la creación de una calificación errónea, falaz y perjudicial de los hechos sucedidos dentro de nuestros contornos desde el Descubrimiento, por lo menos”²⁰⁴.

Ahora bien, al contrario de esa denominación, puede decirse que el nombre de República de Venezuela, en verdad, nos ha acompañado durante toda nuestra historia política constitucional desde 1811 cuando se constituyó la Confederación de Estados de Venezuela, con la sola excepción del período constitucional que transcurrió desde el Congreso de Angostura, en 1819 y la reconstitución de la República de Venezuela por la Convención de Valencia de 1830. En 1819, en efecto, el Libertador hizo sancionar por el Congreso, la Ley Fundamental de la República de Colombia y luego, en 1821, la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia²⁰⁵ con las cuales se decretó la desaparición de la República de Venezuela, lo que se consolidó en 1821 cuando la Constitución de Cúcuta estableció la “República de Colombia” cuyo territorio comprendió tanto el de la Capitanía General de Venezuela como el del Virreinato de Nueva Granada. Con ello se hizo realidad parte de lo que había sido el sueño del Libertador en cuanto a la unión de los pueblos de América, lo que implicaba la desaparición de Venezuela como República.

La idea de la República Bolivariana, por tanto, históricamente apunta a una organización política que implicó la desaparición de Venezuela como Estado autó-

203 Véase nuestro voto salvado sobre este artículo 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. 251. Véase además, sobre la nueva denominación de la República en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 157 y ss.

204 Véase Elías Pino Iturrieta, *El divino Bolívar. Ensayo sobre una religión republicana*, Los Libros de la Catarata, Segunda edición, Madrid febrero 2004, pp. 232 y ss.

205 Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, pp. 373 a 376.

nomo, por lo que bajo dicho ángulo el cambio de nombre es totalmente inadmisibles y contrario a la idea de la independencia de nuestro país.

En todo caso, sería demasiado torpe pensar que la motivación del cambio de nombre propuesto, el cual no a sido justificado, pudiera responder a esa idea de la desaparición de la República de Venezuela.

Pero igualmente superfluo sería el que se pretendiera fundamentar el cambio de nombre en algún deseo romántico de evocar el pensamiento y la acción del Libertador en la formación de nuestra República. Para ello hubiera bastado con hacer esa indicación tanto en el Preámbulo como en el artículo 1º, como se aprobó en primera discusión.

El cambio de nombre, por tanto, tiene que tener otra explicación y esa no puede ser otra que una motivación política, partidaria, partisanas o partidista, que deriva de la denominación inicial del Movimiento político que estableció el Presidente de la República electo en 1998, Hugo Chávez F., y que como partido político, pretendió funcionar con el nombre de Movimiento Bolivariano, denominación que tuvo que se cambiada por exigencias de la Ley Orgánica del Sufragio. El partido del Presidente de la República entonces ha sido el “partido bolivariano” y es por ello que se le pretendió imponer como nombre de la República. Ello debe ser rechazado no sólo por ser antibolivariano (no se olvide que el último grito del Libertador, en la víspera de su muerte, fue por que cesaran los partidos) sino porque pretende consolidar, desde el primer artículo de la Constitución, la división del país, entre bolivarianos y los que no lo son; entre patriotas y realistas; entre buenos y malos; entre puros y corruptos; entre revolucionarios y antirrevolucionarios; y todo ello manipulando la historia y los sentimientos populares con el control del Poder.

B. *La Independencia*

En el artículo 1º de la Constitución, en relación con la independencia, sólo se señala que la República “es irrevocablemente libre e independiente”, lo que sin duda constituye una reafirmación de la independencia como elemento esencial de la existencia del Estado.

Lamentablemente, sin embargo, al redactarse el artículo 1º de la Constitución, se eliminó la tradicional frase que contenía el artículo 1º, de la Constitución de 1961 conforme a la cual, la República de Venezuela “es *para siempre* e irrevocablemente libre e independiente *de toda dominación o protección de potencia extranjera*”, y que se configuraba como una cláusula “pétreo”, al señalar “para siempre” y, por tanto, no modificable mediante cualquier reforma o enmienda constitucional, que no podría referirse a este aspecto de la independencia. En el nuevo texto, lamentablemente desapareció el referido carácter pétreo de la cláusula constitucional.

C. *Los valores de la República*

La República Bolivariana de Venezuela, conforme al artículo 1º, fundamenta “su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador”.

Se invoca, así, de nuevo la doctrina del Libertador como fundamento del patrimonio moral y de los valores de la República, con especial indicación de la liber-

tad, la igualdad y la justicia conforme a toda la influencia del constitucionalismo y reforma política de la época, que derivaron de las revoluciones francesa y norteamericana, que sin duda, inspiraron el pensamiento del Libertador; y de la paz internacional, que responde además a la tradición de Venezuela que nunca ha estado en guerra con país alguno.

D. *Los derechos de la Nación*

La Nación, en el concepto de pueblo organizado que responde a vínculos indisolubles de unión social y política, aparece en este artículo 1° de la Constitución, después de definirse a la República como organización política, atribuyéndosele como conjunto de “derechos irrenunciables”, “la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional”.

Estos derechos de la Nación venezolana, en cuanto a la independencia, integridad territorial y la libertad, son reafirmaciones de los conceptos del *Preámbulo* y del propio artículo 1°. En cuanto a la soberanía, la misma, que reside intransferiblemente en el pueblo (art. 5), es el supremo poder de la organización social y política de la Nación y, por tanto, irrenunciable como potestad. La inmunidad tiene que ver con el principio de la inmunidad jurisdiccional, en cuanto a que el Estado, como organización política de la Nación, no podría ser juzgado por Tribunales que no sean de la República y conforme a las leyes nacionales. Esta inmunidad jurisdiccional, sin embargo, es relativa en los términos del artículo 151 de la Constitución cuando se trate de cuestiones comerciales del Estado.

Por lo que se refiere a la autodeterminación nacional como derecho irrenunciable de la Nación, se refiere al derecho del pueblo soberano de definir su propia organización política e independencia.

2. *La configuración del Estado*

A. *El Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia*

El artículo 2 de la Constitución define a Venezuela, como un *Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia*²⁰⁶, siguiendo la tradición del constitucionalismo contemporáneo, tal como está expresado, por ejemplo, en la Constitución española (art. 1°), en la Constitución de Colombia (art. 1°) y en la Constitución de la República Federal de Alemania (art. 20,1).

La idea de Estado Social es la de un Estado con obligaciones sociales, de procura de la justicia social, lo que lo lleva a intervenir en la actividad económica y

206 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 septiembre -17 de octubre 1999), Fundación de Derecho Público Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, *cit.*, pp. 21, 30 y 31. Sobre el Estado democrático de derecho y de justicia en la Constitución, véase Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 173 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 35 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas 2001, pp. 61-67.

social, como Estado prestacional. Tal carácter social deriva principalmente del valor fundamental de la igualdad y no discriminación que deriva del Preámbulo y del artículo 1º de la Constitución, que además de derecho fundamental (art. 21) es el pilar de actuación del Estado (art. 2); y de la declaración del principio de la justicia social como base del sistema económico (art. 299)²⁰⁷.

El Estado democrático, es el que fundamenta toda la organización política de la Nación en el principio democrático. Ello deriva también del *Preámbulo* (sociedad democrática) y de los artículos 2, 3, 5 y 6 de la Constitución. El primer valor, por tanto, del constitucionalismo es la democracia, quedando plasmado el Estado Democrático en los principios fundamentales del texto constitucional, comenzando por la forma de ejercicio de la soberanía mediante mecanismos de democracia directa y de democracia representativa²⁰⁸.

El Estado de Derecho es el Estado sometido al imperio de la Ley como lo señala el *Preámbulo*, es decir, el Estado sometido a la legalidad. Ello deriva no sólo del principio de la supremacía constitucional consagrado en el artículo 7 y del sometimiento de los órganos del Poder Público a la Constitución y las leyes (art. 137), sino de los sistemas de control de constitucionalidad (arts. 334 y 336) y de control contencioso-administrativo (art. 259) que constituyen la garantía de la Constitución²⁰⁹.

Por último, el Estado de Justicia es el Estado que tiende a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal, estableciendo no sólo el valor justicia en el Preámbulo y en el artículo 1º, sino regulando expresamente el derecho de acceso a la justicia y a la obtención de una tutela efectiva de los derechos e intereses de las personas, organizando unos tribunales que deben garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (art. 26)²¹⁰.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 85 de 24-01-2002 (Caso: *Deudores hipotecarios vs. Superintendencia de Bancos*), desarrolló muy extensamente los conceptos contenidos en la expresión “Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia”, partiendo del concepto de Estado de Derecho que la Sala definió como consistente en que:

El poder se ejerce únicamente a través de normas jurídicas, por lo que la ley regula toda la actividad Estatal y en particular la de la administración; y parte de la esencia del concepto consiste en el control judicial de la legalidad desde lo que se va a considerar la norma suprema: la Constitución la cual encabeza una jerarquía normativa, garantiza-

207 Véase lo expuesto sobre el tema en Allan R. Brewer-Carías, *Evolución histórica del Estado*, Tomo 1, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp. 508, 513 a 516, y 593 y ss.

208 *Idem*, pp. 507, 510 a 513, y 599.

209 *Ibidem*, pp. 509, 516 a 521, y 600.

210 Véase en general, Carlos J. Sarmiento Sosa, *La justicia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (Extradición). Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2000, pp. 147 y ss.; Emilio Spósito Contreras, “Implicaciones del Estado de derecho y justicia en algunos aspectos de la relación súbdito-gobierno”, en *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 4, Caracas, 2002, pp. 53 a 84.

da por la separación de poderes. Tal concepción está recogida en la vigente Constitución, donde toda la actividad Estatal está regida por la ley: leyes que emanan del Poder Legislativo y otros Poderes, y reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo, sin que estos últimos puedan contradecir la letra o el espíritu de la ley; mientras que la constitucionalidad es controlada judicialmente mediante el control difuso o el control concentrado de la Constitución²¹¹.

En cuanto al concepto de Estado Social, después de analizar su evolución doctrinal y constitucional, la Sala consideró que:

Persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiénolos a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación.

A juicio de esta Sala, el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales. El Estado Social para lograr el equilibrio interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas, por lo que el sector de la Carta Magna que puede denominarse la Constitución Económica tiene que verse desde una perspectiva esencialmente social.

El Estado Social va a 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, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. Como valor jurídico, no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros. Tal como decía Ridder, "...el Estado se habilita para intervenir compensatoriamente, desmontando cualquier posición de poder siempre que lo estime conveniente", pero, agrega la Sala, fundado en la ley y en su interpretación desde el ángulo de los conceptos que informan esta forma de Estado.

El Estado Social, trata de armonizar intereses antagónicos de la sociedad, sin permitir actuaciones ilimitadas a las fuerzas sociales, en base al silencio de la ley o a ambigüedades de la misma, ya que ello conduciría a que los económicos y socialmente mas fuertes establezcan una hegemonía sobre los débiles, en la que las posiciones privadas de poder se convierten en una disminución excesiva de la libertad real de los débiles, en un subyugamiento que alienta perennemente una crisis social²¹².

La Sala, después de analizar el concepto de Estado Social de Derecho en el derecho constitucional venezolano, concluyó indicando que el mismo tiene que adaptarse a los valores finalistas del Preámbulo, del cual se colige que el Estado Social está destinado a fomentar la consolidación de la solidaridad social, la paz, el bien común, la convivencia, el aseguramiento de la igualdad, sin discriminación ni subordinación, anteponiéndose el bien común (el interés general) al particular, y re-

211 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002 (En prensa).

212 *Idem*

conociendo que ese bien común se logra manteniendo la solidaridad social, la paz y la convivencia. De allí concluyó la Sala que “En consecuencia, las leyes deben tener por norte esos valores, y las que no lo tengan, así como las conductas que fundadas en alguna norma, atenten contra esos fines, se convierten en inconstitucionales”²¹³.

En cuanto a la noción de Estado de Justicia, entre los múltiples fallos dictados por el Tribunal Supremo de Justicia, se destaca la sentencia N° 949 de la Sala Político Administrativa de 26 de abril de 2000, en la cual se señaló:

En consecuencia, cuando el Estado se califica como de Derecho y de Justicia y establece como valor superior de su ordenamiento jurídico a la Justicia y la preeminencia de los derechos fundamentales, no está haciendo más que resaltar que los órganos del Poder Público -y en especial el sistema judicial- deben inexorablemente hacer prelar una noción de justicia material por sobre las formas y tecnicismos, propios de una legalidad formal que ciertamente ha tenido que ceder frente a la nueva concepción de Estado.

Y esta noción de Justicia material adquiere especial significación en el fértil campo de los procesos judiciales en los que el derecho a la defensa y debido proceso (artículo 49 del texto fundamental), la búsqueda de la verdad como elemento constancial a la Justicia, en los que no se sacrificará ésta por la omisión de formalidades no esenciales (artículo 257), y el entendimiento de que el acceso a la Justicia es para que el ciudadano haga valer sus derechos y pueda obtener una tutela efectiva de ellos de manera expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26), conforman una cosmovisión de Estado justo, del justiciable como elemento protagónico de la democracia, y del deber ineludible que tienen los operadores u operarios del Poder Judicial de mantener el proceso y las decisiones dentro del marco de los valores y principios constitucionales.

Todo esto nos lleva a que el proceso deja de ser un laberinto, con trabas y obstáculos, donde el Juez es un simple espectador de argucias y estrategias, y se convierte en un instrumento viable para la paz social y el bien común. Esto reafirma al proceso y al derecho procesal como un área jurídica que forma parte del derecho público y que está íntimamente vinculada a la sensibilidad social. En consecuencia, al cambiar el rol del Estado y de la sociedad, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Juez y el proceso pasan a ser elementos esenciales en la conformación de un Estado de Justicia²¹⁴.

Esta concepción del Estado de Justicia también ha sido analizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en la sentencia N° 389 de 7 de marzo de 2002, en la cual reiteró el principio de la informalidad del proceso en los siguientes términos:

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

El propio Texto Constitucional se ha encargado de desarrollar las garantías y principios que deben imperar en todo proceso, dentro de las cuales se encuentran la garantía de una justicia “sin formalismos o reposiciones inútiles” o la del no sacrificio de la justicia

213 *Idem*

214 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 163 y ss.

por “la omisión de formalidades no esenciales”, previstas expresamente en sus artículos 26 y 257.

De allí que, por mandato constitucional, el principio de la informalidad del proceso se constituye en una de sus características esenciales.

El principio de la informalidad del proceso ha sido estudiado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, como un elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente al derecho de acceso a la justicia, pues debe garantizársele a todo ciudadano que desee someter un asunto a los órganos jurisdiccionales, que obtendrá una respuesta motivada, proporcionada y conforme al ordenamiento legal preexistente.

A la par del derecho del justiciable a obtener un pronunciamiento de fondo, el propio ordenamiento jurídico ha establecido una serie de formalidades que pueden concluir con la terminación anormal del proceso, ya que el juez puede constatar que la irregularidad formal se erige como un obstáculo para la prosecución del proceso.

Así, el juez puede constatar el incumplimiento de alguna formalidad y desestimar o inadmitir la pretensión de alguna de las partes, sin que ello se traduzca, en principio, en una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que esas formalidades han sido establecidas como una protección de la integridad objetiva del procedimiento.

Pero no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el juez debe previamente analizar: a) la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad; b) constatar que esté legalmente establecida, c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión.

Solamente cuando el juez haya verificado que no se cumplan con los elementos antes descritos es que debe contraponer el incumplimiento de la formalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente de acceso a la justicia, para desechar o inadmitir la pretensión del justiciable y en caso de dudas interpretarse a favor del accionante, ello en cumplimiento del principio del *pro actione*²¹⁵.

B. Los valores superiores del ordenamiento jurídico

El Estado de derecho implica la sumisión del Estado y de los individuos y organizaciones sociales al ordenamiento jurídico, respecto del cual la Constitución define como sus valores superiores (al igual que de la actuación del Estado): la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la ética y el pluralismo político²¹⁶.

En cuanto a los valores relativos a la vida, la libertad, la justicia, la igualdad y la solidaridad, están expresados, como ya se ha dicho, en el Preámbulo y en el artículo 1°. Todos esos valores deben informar el ordenamiento jurídico y guiar la actuación del Estado.

215 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002 (En prensa).

216 Sobre estos valores véase Jacqueline Lejarza A., “El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1 (septiembre-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 195-220; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 36 y ss.; y Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, p. 178.

Además, el artículo 2 incluye dentro de esos valores, a la democracia, como sistema de gobierno y de vida, montada en la idea del pluralismo político, basado en la participación igualitaria de todos en los procesos políticos, lo que se define como otro valor del ordenamiento. Se agregan a dichos valores, la idea de la responsabilidad social, que configura al Estado social y, en general, la idea de la preeminencia de los derechos humanos, y entre ellos los sociales, lo que implica siempre la interpretación de la ley en la forma más favorable a los derechos y libertades de los individuos.

La norma hace mención, además, a los valores de la ética, y no sólo pública, de manera que más allá de las normas jurídicas exista un conjunto de normas éticas que han de guiar a funcionarios y al Estado en la tarea de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico.

Entre los valores fundamentales de la Constitución, dentro de la concepción del Estado de Justicia se destaca, por supuesto, el valor “justicia”, el cual fue objeto de análisis en muchas sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia durante el año 2000, entre las cuales se destaca la sentencia N° 659 de 24 de marzo de 2000 (Caso: *Rosario Nouel vs. Consejo de la Judicatura y Comisión de Emergencia Judicial*) en la cual se señaló lo siguiente:

El Poder Judicial como sistema debe tener como valor fundamental a la Justicia y por ende la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, que a su vez sea resultante del ejercicio democrático de la voluntad popular (Artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). El Juez no puede ser un agente de factores de poder (económicos, partidistas, entre otros), que se organice en claves o carteles, y que decida en nombre propio o de estos grupos de poderes; el poder de administrar justicia se hace en nombre de la República y emana de los ciudadanos (Artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); ese poder se debe ejercer con independencia e imparcialidad, por lo que el Juez debe tener una consistencia tal que lo haga ajeno a subordinaciones y a presiones indebidas (Artículos 254 y 256 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); al ser la justicia, en el sentido de Gómez Robledo un cuerpo vivo que se integra al cuerpo social desde la comunidad más pequeña hasta la gran urbe, y, respetando los valores culturales y étnicos que establezcan especial particularidades en cada núcleo humano se debe establecer una justicia de paz y a su vez reglas especiales para los pueblos indígenas (Artículos 258 y 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

De igual forma, si el objeto fundamental del Estado como organización política es que éste, mediante sus instituciones otorgue las garantías necesarias para crear condiciones de convivencia digna, se establece, para la justicia, la necesidad de garantizar una administración pública prestadora de servicios eficientes (Artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). En este orden de ideas no tan sólo se sustituye la teoría de los actos excluidos de control por la teoría de la de universalidad de control de los actos del Poder Público, sino que se va más allá, se incorpora el elemento técnico-eficiente del Servicio Público como expresión de un Estado de bienestar.

Como se observa, existe un nuevo paradigma en cuanto los valores y principios constitucionales que se vinculan a la justicia como hecho social, político y democrático. Esta nueva concepción de Estado de Justicia trae consigo no tan sólo una transformación orgánica del sistema judicial (Artículos 253 y 254 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también un cambio en la razón íntima que cada ciudadano, y especialmente el Juez, debe tener con el fin de lograr que la justicia más que un bálsamo frente a las heridas de la sociedad, en los términos de Calamandrei, sea ese

cuerpo vivo que late y palpita según lo expresa Gómez Robleda. (*"Meditaciones sobre la Justicia"*. Fondo de Cultura Económica, pág. 17).

En este sentido el Juez, a quien se le reclama y exige justicia, debe ser igualmente producto de un hecho democrático que establezca un vínculo de afinidad entre la sociedad que exige y el poder que interpreta los valores y principios constitucionales para alcanzar los fines del Estado. Así, es el Juez quien debe amparar -en nombre de la República y como expresión soberana del pueblo- a quien pide restablecimiento de la situación jurídica, es él quien tutela y armoniza los derechos e intereses con los fines del Estado (Artículos 26 y 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), y esta obligación la identifica la Constitución con el Juez cuando lo obliga a asegurar la integridad de la Constitución, y por ende, le da la potestad de desaplicar las normas que colidan con el texto fundamental (artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Entonces, el Poder Judicial en una distribución tripartita del Poder Público no es el tercer poder, así como en una distribución pentapartita el Poder Judicial no es el quinto poder; el Poder Judicial representa el poder integrado y estabilizador del Estado, ya que es el único que tiene competencia para controlar y aún disolver al resto de los Poderes Públicos. Eso nos hace un Estado Judicialista²¹⁷.

C. *La distribución y división de Poder del Estado y su limitación y control*

El Estado, además de configurarse como un Estado Democrático y Social de Derecho con unos valores fundamentales, esencialmente se lo concibe en la Constitución como un Estado cuyo poder se encuentra limitado, no sólo por el sometimiento de sus órganos y autoridades a la Constitución, sino porque el Poder Público que ejercen los órganos que lo componen, está concebido en el Texto Fundamental como dividido y distribuido en muchos centros de poder. De allí el artículo 136 de la Constitución:

Art. 136: El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Este esquema de división y distribución del Poder Público, por tanto, configura al Estado como esencialmente limitado como garantía de la libertad, por el balance que debería existir entre los diversos Poderes, de manera que el Poder limite al Poder, como lo enseñaba Montesquieu. Como lo ha indicado la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo:

La Constitución de 1999, limita el poder mediante la difusión de la autoridad tanto en el plano horizontal como en el vertical. Esto es, prefigura una distribución horizontal y vertical del Poder Público en la cual sus creadores proveyeron en relación al *thema decidendum* que nos ocupa, la *distribución* del Poder Público en Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional y, la división del Poder Público Nacional en Poder Legislativo, Poder Judicial, Poder Electoral y Poder Moral.

Esta limitación del poder por el poder mismo fundada en el temor a su excesiva concentración, persigue su sometimiento a la regla de derecho, limitando su actuación a las

217 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 103 y 104.

específicas atribuciones y funciones consagradas en la Ley provocando así salvaguardia contra la tiranía y la libertad de los ciudadanos²¹⁸.

Sin embargo, el balance entre los poderes no siempre ha prevalecido en los últimos años, ya que, lamentablemente, la propia Constitución tiene el germen del “desbalance” que conduce al centralismo y al autoritarismo. La Sala Constitucional, sin embargo, ha enfatizado que el principio 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) y el principio de ejercicio del poder bajo la ley, son “pilares fundamentales del Estado de Derecho, los cuales exigen la distribución de funciones entre diversos órganos y la actuación de éstos con referencia a norma prefijadas, ya sea como un modo de interdicción de la arbitrariedad o como mecanismos de eficiencia en el cumplimiento de los cometidos del Estado”²¹⁹.

En todo caso, un cuanto a la distribución vertical del Poder Público, ello da origen a la Constitución Federal que se analiza en la *Quinta Parte*, conforme a la cual se organiza un “Estado Federal Descentralizado” pero en un marco centralita; y en cuanto a la división pentapartita del Poder Público Nacional, ello da origen a la Constitución Política del la República, que se analiza en la *Sexta Parte*, con principios de desbalance que afectan la independencia de los Poderes.

Debe destacarse que la Sala Constitucional, en cuanto a la separación de poderes, ha destacado que la Constitución le asigna a esa institución:

En adición a la clásica división de las funciones del Poder Público en legislativo, ejecutivo y judicial, el poder garantizador de la Constitución, que es susceptible no obstante de integrarse en aquella división. De allí que el papel que les toca desempeñar a los Tribunales Constitucionales en cualquier parte del orbe, y en particular a esta Sala Constitucional, dentro de los límites de su función política como máximo custodio de la fiel aplicación de la Constitución, es interpretar la Constitución y aplicar con métodos jurídicos sus preceptos, sin dejar de tomar en cuenta, en atención a la técnica de interpretación consecuencial de los textos constitucionales, las implicaciones sociales de sus decisiones²²⁰.

Ese “poder garantizador de la Constitución” que ejerce la Jurisdicción Constitucional lo analizaremos en la *Décima Primera Parte*.

3. *Los fines del Estado*

A. *Los fines esenciales*

En el artículo 3 de la Constitución se definen expresamente varios fines del Estado, entre ellos los de carácter social, económico y político²²¹.

218 Véase sentencia N° 1819 de 08-08-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 83 (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 264.

219 Véase sentencia N° 1374 de 09-11-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 266.

220 *Idem*. p. 267

221 Véase en general María E. Soto Hernández y Fabiola del Valle Tavares Duarte, “Funciones del Estado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999”, en *Estu-*

a. *Fines económicos-sociales*

En el referido artículo, en primer lugar, se hace referencia como fin esencial del Estado, “la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad” y la “garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

Además, se indica en el mencionado artículo, como fines del Estado, “la construcción de una sociedad justa y amante de la paz” y “la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo”; a lo que se debe agregar, además, como fin del Estado en materia social, el “fomentar el empleo” como lo dispone expresamente el artículo 87 de la Constitución.

b. *Fines políticos*

En el marco de los fines políticos del Estado, el artículo hace mención “al ejercicio democrático de la voluntad popular”, remitiendo básicamente a la noción de democracia, como gobierno popular.

c. *Fines jurídicos*

Por último, el artículo 3 hace mención, dentro de los fines del Estado, a “la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

B. *La garantía constitucional y la seguridad jurídica*

Además de referirse a los fines del Estado, el artículo 3 precisa como la garantía más importante de la Constitución, la “del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, lo cual a la vez es un valor fundamental del Estado, destinado a darle seguridad jurídica a las personas.

La Sala Constitucional ha hecho énfasis en este valor, al señalar que:

Al Estado de Derecho le corresponde cumplir un cometido de enorme relevancia, cual es la función de garantizar la seguridad que, junto con la función de mantener y realizar la igualdad y de preservar la libertad, forman la triada constitutiva del contenido esencial de la legitimidad del ejercicio del poder. Esa función de seguridad es decisiva para identificar al Estado de Derecho, esto es, garantía de certeza, de saber a qué atenerse. Entre las expresiones de la función de seguridad se encuentra, precisamente, la determinación que contiene la Constitución de la organización, funciones y competencias de los órganos e instituciones públicas, como, por ejemplo, los órganos del Poder Electoral y los órganos del Poder Judicial, en cuya cúspide se en-

dios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón, Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 413-458; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 41 y ss.; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 179 y ss.; y Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 68-69.

cuentran el Consejo Nacional Electoral y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, respectivamente²²².

C. *Los procesos sociales: educación y trabajo*

La Constitución precisa, por último, que los procesos fundamentales para alcanzar los fines antes mencionados, son la educación y el trabajo, los cuales además de derechos sociales son deberes constitucionales.

4. *Los símbolos de la Patria*

Dentro de las regulaciones fundamentales de la República y del Estado, está el régimen de los símbolos de la Patria que regula, en forma idéntica al artículo 5 de la Constitución de 1961, el artículo 8 de la Constitución de 1999, al enumerar los siguientes: la bandera nacional, con los colores amarillo, azul y rojo; el himno nacional gloria al bravo pueblo; y el escudo de armas de la República; remitiéndose a la ley la regulación de las características, significados y usos de los mismos²²³.

No se hizo mención en esta norma, a pesar de varias discusiones, al número de estrellas de la bandera nacional, que conforme a la legislación vigente son 7 en referencia a los representantes de las 7 Provincias que participaron, en 1811, en la Declaración de Independencia, (Caracas, Cumaná, Barinas, Margarita, Barcelona, Mérida y Trujillo) y en la elaboración de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela²²⁴.

Sobre los símbolos patrios, la Sala Constitucional del Tribunal Suprema ha expresado en sentencia N° 1942 de 15 de julio de 2003, que los mismos:

Son los emblemas que identifican a la soberanía y a la identidad nacional, y su irrespeto conlleva un debilitamiento de los derechos irrenunciables de la República, como son la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional (artículo 1° de la vigente Constitución).

Estos derechos, además que deben enraizarse en la conciencia colectiva, quedan simbolizados, con todos los efectos psicológicos que produce la simbología, por la bandera y otros emblemas de la República, que pueden coincidir con los símbolos patrios, y permitir su irrespeto en lugares públicos o abiertos al público es, en criterio de esta Sala, atacar los derechos fundamentales de la República y, ante ello, la libertad de expresión debe ceder; de allí que el artículo 141 del Código Penal no colide con los artículos 57 y 58 constitucionales, ni con el 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, y así se declara²²⁵.

222 Véase sentencia N° 1374 de 09-11-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 266.

223 Véase en general, sobre los símbolos de la patria, Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 44 y ss.; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 217 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 82-86

224 Véase sobre esto, nuestra posición en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* p. 25.

225 Caso: *Impugnación de los artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 223, 224, 225, 226, 227,*

5. *El idioma oficial*

Por último, en el artículo 9, en la misma orientación que el artículo 6 de la Constitución de 1961, se establece que el idioma oficial es el castellano; no el español, como se propuso en el debate, dado que conforme al artículo 1º de la Constitución española, hay varias “lenguas españolas” que son las de las Comunidades autónomas, siendo en dicho país, también, el castellano la lengua española oficial del Estado (art. 3)²²⁶.

En todo caso, el artículo 9 de la Constitución de 1999 trae una innovación que es el reconocimiento de los idiomas indígenas, los cuales se considera que “también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad”.

Es de destacar que el idioma oficial es el castellano; y los idiomas indígenas, adicionalmente al castellano, sólo son de uso oficial para los pueblos indígenas, respectivamente, pero no para el resto de la población de la República ni para otros pueblos indígenas.

Pero al hacer referencia al castellano como idioma oficial, no podemos dejar de referirnos, en general, a una de las fallas que tiene el propio texto constitucional, en cuanto al mal uso de las reglas de gramática, precisamente del castellano, originada en el disparatado manejo de los géneros gramaticales²²⁷.

En efecto, la norma de uso de nuestro idioma oficial es emplear el sustantivo masculino como género, abarcando a los dos sexos, de manera de que si se dice “venezolano” o “ciudadano” se sobreentiende que se trata de hombres y mujeres²²⁸. El texto constitucional, sin embargo, por un malentendido feminismo extremo hasta llegar a deformar la gramática, está plagado de la utilización abusiva del masculino y del femenino en todas las palabras que lo permiten: venezolano y venezolana, ciudadano y ciudadana, trabajador y trabajadora, campesino y campesina, elector y electora, Presidente y Presidenta, Fiscal y Fiscalía, Ministro y Ministra, hasta el infinito.

En la redacción del texto, ciertamente no privó la sensatez en esta materia, originándose un desastre lingüístico que coloca nuestra Constitución como una curiosidad gramatical no exenta de burlas.

444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal, sobre las llamadas leyes de desacato, en *Revista de Derecho Público*, Nº 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003 (En prensa).

226 Véase nuestra posición en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

227 Véase los acertados comentarios de Alexis Márquez Rodríguez, “Géneros gramaticales”, *El Nacional*, Caracas, 02-01-2000, p. C-5.

228 Véase Aura Loreto de Rangel, “La visión de género en la Constitución venezolana de 1999”, *Libro Homenaje a Enrique Tejera París, Temas sobre la Constitución de 1999*, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas, 2001, pp. 387 a 420; y Yolanda Jaimes Guerrero, “Derechos humanos con perspectiva de género en la Constitución venezolana”, *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, Nº 5, Caracas, 2002, pp. 73 a 86

III. EL TERRITORIO NACIONAL Y DEMÁS ESPACIOS GEOGRÁFICOS DEL ESTADO

1. *La definición del territorio y su evolución constitucional*

A. *La previsión constitucional: el uti possidetis juris*

Siguiendo la orientación de las Constituciones anteriores desde la de 1830, el artículo 10 de la Constitución de 1999 define el territorio “y demás espacios geográficos” de la República, conforme al principio del *uti possidetis juris*²²⁹, como “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”²³⁰.

Sin embargo, hay tres variantes en esta redacción en comparación con el texto de la Constitución de 1961 (art. 7): en *primer lugar*, ahora se hace referencia a los “demás espacios geográficos” con lo que se quiso especificar los otros espacios no continentales o de tierra firme sobre los cuales el Estado ejerce soberanía, como el espacio marítimo e insular o el espacio aéreo. En *segundo lugar*, se ha agregado la indicación relativa a “los laudos arbitrales no viciados de nulidad”; en cambio, en el artículo 7 de la Constitución de 1961 sólo se mencionaban las modificaciones al territorio “resultantes de los tratados celebrados válidamente por la República”. Al mencionarse ahora a los laudos arbitrales, resulta una clara referencia a los dictados durante el siglo XIX respecto de las fronteras con Colombia (*Laudo español* de 1891) y Guyana (*Laudo de París* de 1899). Y en tercer lugar, en el texto constitucional se ha adoptado la expresión “no viciados de nulidad” en lugar de la que estaba en la Constitución de 1961, de “válidamente celebrados por la República”.

Este agregado del adverbio “válidamente” para referirse a las modificaciones territoriales establecidas mediante tratados, se había incorporado en la Constitución de 1961 para demostrar en forma inequívoca, la voluntad de la República de aceptar sólo aquellas modificaciones en su *status* territorial que hubiesen sido resultado de libre y válida determinación; lo que abrió la posibilidad formal de cuestionar la validez de las decisiones concernientes a las fronteras que habían sido rechazadas, particularmente el *Laudo de París* de 1899. Ello originó la reclamación de la zona de la Guyana Esequiba a partir de 1962, la cual culminó con el Acuerdo de Ginebra en 1966 para la búsqueda de soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la

229 Véase Véase José A. Zambrano Velasco, *Sumario Jurídico de la territorialidad*, Maracaibo-San Cristóbal, 1983, donde se reproduce el trabajo del mismo autor con el título “‘El Uti possidetis’. Examen de algunas cuestiones relacionadas con el territorio del Estado y, en particular, del criterio para la determinación de los límites territoriales de Venezuela: el *uti possidetis juris* de 1810 (art. 7 constitucional)” en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Caracas, 1979, Tomo I, pp. 247 y ss.; y Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 231 y ss.

230 En general, sobre la configuración del Territorio Nacional, Véase Allan R. Brewer-Carías, “Territorio de Venezuela”, *Diccionario de Historia de Venezuela*, Fundación Polar, Tomo II, Caracas, 1989, pp. 867 a 874; Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Público: Nacional, Estatal y Municipal*, Tomo II, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica de Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 237 y ss.

controversia entre Venezuela y Guyana, país que adquirió su independencia en ese mismo año²³¹.

El cambio de expresión a “tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad”, en nuestro criterio, cambia la situación jurídica de la controversia, pues hace que el vicio de nulidad deba ser alegado por alguien y resuelto por un tercero, normalmente la jurisdicción internacional, lo cual consideramos, podría afectar la posición negociadora de la República²³².

Ahora bien, en virtud de que el artículo 10 de la Constitución, al delimitar el territorio y demás espacios geográficos, se refiere a los que correspondían a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política iniciada el 19 de abril de 1810, resulta indispensable analizar la evolución constitucional de esa norma desde esa fecha, pudiéndose distinguir tres grandes etapas: la primera, que define el territorio por las provincias que formaban la Capitanía General de Venezuela; la segunda, que define el territorio conforme al que correspondía en 1810 a la mencionada Capitanía; y la tercera, que define al territorio conforme al de la Capitanía pero con modificaciones en virtud de tratados.

B. *El territorio nacional formado por las provincias de la Capitanía General de Venezuela*

La Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811, hecha por los representantes “de Margarita, de Mérida, de Cumaná, de Barinas, de Barcelona, de Trujillo y de Caracas”, al establecer el Pacto Federal, dejó a cada una de esas Provincias “su Soberanía, Libertad e Independencia”, con “el derecho exclusivo de arreglar su gobierno y administración *territorial* bajo las leyes que crean convenientes”. Agregó el Preliminar de dicho texto, que “del mismo derecho gozarán todos aquellos *territorios* que *por división del actual o por agregación a él* vengan a ser parte de esta Confederación”. Por ello, el artículo 128 de la Constitución, conforme a esa declaración se destinó a las otras Provincias que formaban la Capitanía General de Venezuela: Coro, Maracaibo y Guayana, las cuales “luego que libres de la operación que sufren puedan y quieran unirse a la Confederación, serán admitidas a ella”.

En esta forma, aun cuando sin una definición expresa, el territorio de la confederación se formó por el de las Provincias cuyos representantes sancionaron la Constitución, y que formaban parte de la Capitanía General de Venezuela²³³.

La Constitución de 1819 decretada “por nuestros representantes, diputados al efecto por las Provincias de nuestro territorio que se han liberado ya del despotismo español”, en su título II, Sección Primera, artículo 2 estableció que:

El territorio de la República de Venezuela se divide en diez Provincias que son: Barcelona, Barinas, Caracas, Coro, Cumaná, Guayana, Maracaibo, Margarita, Mérida y Trujillo. Sus límites y demarcaciones se fijarán por el Congreso.

231 Véase lo indicado en Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Público: Nacional, Estatal y Municipal*, Tomo II, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., pp. 248 y ss.

232 Véase nuestro Voto Salvado respecto de esta frase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, op. cit., pp. 126, 127, 252, y 253.

233 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La evolución histórica del Estado*, Tomo I, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., pp. 163 y ss.

Este texto, en igual forma, sin definir el ámbito del territorio, al dividirlo en el de las Provincias, remite al territorio de éstas para su determinación.

C. *El territorio nacional referido al de la Capitanía General de la República en 1810 (el uti possidetis juris)*

A partir de la Ley Fundamental de la Unión de los pueblos de Colombia de 1821 y de la Constitución de esa fecha, se comenzó a definir el territorio de la República por el que formaba la Capitanía General de Venezuela establecida por Real Cédula de 8 de septiembre de 1777²³⁴, tal como estaba configurado en 1810 antes del proceso político iniciado el 19 de abril de ese año. En esta forma, en Venezuela se siguió el principio del derecho internacional público americano, conocido como el *uti possidetis juris*, según el cual nuestro país tenía derechos sobre los territorios que correspondían en 1810 a la Capitanía General de Venezuela, de tal manera que los límites territoriales del país, eran los mismos que correspondían en ese año a dicha entidad colonial, con relación al virreinato de la Nueva Granada, el Brasil y la Guayana Holandesa²³⁵.

El artículo 5º de dicha Ley Fundamental dispuso así:

Art. 5. El territorio de la República de Colombia será comprendido *dentro de los límites de la antigua Capitanía General de Venezuela* y el Virreinato y Capitanía del Nuevo Reino de Granada. Pero la asignación de sus términos precisos queda reservada para tiempo más oportuno.

En la Constitución de Colombia de 1821 conforme a la orientación de la Ley Fundamental, el territorio de la República se definió así:

Art. 6. El territorio de Colombia es el mismo que comprendía el antiguo Virreinato de la Nueva Granada y *Capitanía General de Venezuela*.

En la Constitución de 1830, luego de la separación de Venezuela de la Gran Colombia y su Constitución como Estado independiente, se definió el territorio de Venezuela en la siguiente forma:

Art. 5. El territorio de Venezuela comprende todo lo que antes de la transformación política de 1810 se denominaba *Capitanía General de Venezuela*. Para su mejor administración se dividirá en provincias, cantones y parroquias, cuyos límites fijará la Ley.

234 De acuerdo a esta Real Cédula quedaban sometidos al Capitán General de la Provincia de Venezuela, los gobernadores de las Provincias de Cumana, Guayana y Maracambo y las islas de Margarita y Trinidad, tanto en lo gubernativo y militar, con lo que quedaba políticamente configurada la Capitanía General de Venezuela, completamente segregada del virreinato de Santa Fe. Véase F. González Guinán, *Historia Contemporánea de Venezuela*, Tomo I, Caracas, 1954, p. 11. Véase además, el texto en *La Capitanía General de Venezuela 1777 - 8 de septiembre - 1977*, Edición de la Presidencia y del Concejo Municipal del Distrito Federal, Caracas, 1977.

235 Véase Ernesto Wolf, *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, Caracas, 1945, p. 40.

Esta norma de la Constitución de 1830 sustancialmente quedó con la misma redacción en la Constitución de 1857 (art. 3), cambiando solamente el tiempo del verbo denominaba por “denominó”. La Constitución de 1858 volvió a utilizar el tiempo “denominaba” agregando que comprendía lo que “se denominaba Capitanía General de Venezuela, con todos sus derechos y pertenencias”.

La Constitución Federal de 1864 simplificó la redacción, al indicar que:

Art. 3. Los límites de los Estados Unidos que componen la Federación Venezolana, son los mismos que en el año 1810 correspondían a la antigua *Capitanía General de Venezuela*.

Igual redacción se conservó en la Constitución de 1874 (art. 3), y con variantes de redacción en las Constituciones de 1881 (art. 3), y de 1891 (art. 3). En la Constitución de 1893, se varió el texto, en la siguiente forma:

Art. 3. El territorio de los Estados Unidos de Venezuela es el mismo que en el año 1810 correspondía a la *Capitanía General de Venezuela*.

D. *El territorio nacional referido al de la Capitanía General de Venezuela en 1810, con modificaciones resultantes de Tratados*

En la Constitución de 1901, por primera vez en la evolución constitucional se admitió que el territorio que en 1810 correspondía a la Capitanía General de Venezuela, y que formaba el territorio nacional, había sido modificado por la vía de Tratados internacionales, como en efecto había sucedido.

El artículo 1º de esa Constitución, en efecto dispuso lo siguiente:

Art. 1. El territorio de los Estados Unidos de Venezuela es el mismo que en el año 1810 correspondía a la *Capitanía General de Venezuela* con las modificaciones que resulten de Tratados Públicos.

En esta forma, la Constitución se adaptó a la realidad, pues nuestro territorio ya no era el mismo, realmente, al que Venezuela tenía en 1810, pues diversos tratados para demarcar fronteras se habían celebrado con Colombia, el Reino Unido y Brasil.

a. *Los Tratados suscritos antes de 1901*

a' *Tratados suscritos con Colombia*

En efecto, ya para 1901 la frontera con *Colombia* no era la misma que dividía a la Capitanía General de Venezuela del Virreinato de la Nueva Granada, sino que había sido objeto de una modificación en virtud de un Tratado. En efecto, separada Venezuela de la Gran Colombia, y establecido el Estado autónomo en 1830, se iniciaron las conversaciones diplomáticas entre los dos países para establecer la aplicación del principio del *uti possidetis juris*. Así, se llegó a suscribir el Tratado de amistad, alianza, comercio, navegación y límites de 14 de diciembre de 1833, entre los Ministros Santos Michelena de Venezuela y Lino de Pombo de Colombia,

que buscaba resolver la situación, es decir, buscaba determinar la frontera entre los dos países en la aplicación de la regla del *uti possidetis juris* que tanto Colombia como Venezuela, invocaban para la determinación de sus respectivos territorios; tratado que no fue aprobado por el Congreso de Venezuela, razón por la cual no entró en vigencia²³⁶.

Posteriormente, mediante el Tratado de Arbitramento sobre límites firmado en Caracas el 14 de septiembre de 1881, ambos países “deseando poner término a la cuestión de límites territoriales”, “con el objeto de alcanzar la verdadera delimitación territorial de derecho” y en vista de que no habían podido “ponerse de acuerdo en cuanto a los respectivos derechos o *uti possidetis juris*, de 1810” convinieron en “someterlo al juicio y sentencia del gobierno de su Majestad el Rey de España, en calidad de arbitro, Juez de derecho, los puntos de diferencia en la expresada cuestión de límites, a fin de obtener un fallo definitivo e inapelable, según el cual todo el territorio que pertenecía a la jurisdicción de la antigua Capitanía General de Caracas por actos regios del antiguo Soberano hasta 1810, quede siendo territorio jurisdiccional de la República de Venezuela, y todo lo que por actos semejantes y en esa fecha perteneció a la jurisdicción del Virreinato de Santa Fe, quede siendo territorio de la actual República llamada Estados Unidos de Colombia” (art. 1)²³⁷.

El 16 de marzo de 1891 fue firmado en Madrid el Laudo Arbitral sobre cuestión de límites (Laudo Español), en el cual se determinó “la línea de frontera en litigio entre la República de Colombia y los Estados Unidos de Venezuela”, a cuyo efecto se dividió la demarcación en seis secciones: 1° La Goagira; 2° Línea de las Sierras de Perijá y de Motilones; 3° San Faustino; 4° Línea de la Serranía de Tama; 5° Línea del Sarare, Arauca y Meta; 6° Línea del Orinoco y Río Negro²³⁸.

Con fecha 30 de diciembre de 1898, se suscribió el Pacto que reglamenta la ejecución del Laudo relativo al asunto de límites²³⁹, y las partes resolvieron ejecutar dicha sentencia arbitral y proceder “a la demarcación y al amojonamiento de los límites que traza aquella sentencia, en la extensión en que no los constituyan ríos, las cumbres de una sierra o una serranía” (art. 1). A tal efecto, las partes acordaron nombrar una Comisión Mixta, la cual por razones de guerra interior en los dos países, sólo pudo instalarse a comienzos de 1900, habiéndose suspendido sus trabajos al año siguiente²⁴⁰.

236 Véase el texto en Leandro Área y Elka Nieschütz de Stockhausen, *El Golfo de Venezuela. Documentación y Cronología*, Caracas, 1984, pp. 80 a 89. En ese libro puede verse el dictamen de la Cámara de Representantes de Venezuela de 7 de abril de 1835 planteando la desaprobación del Proyecto (p. 90), el Decreto Legislativo que aprueba sólo parte del articulado del Tratado (p. 99 y 100), y el dictamen del Senado sobre el Proyecto (pp. 103 a 110).

237 Véase el texto en *Tratados Públicos, Acuerdos Internacionales de Venezuela*, Vol. I. 1820-1900, Caracas, 1924, pp. 360 y 361. El texto de dicho Tratado fue aclarado después de la muerte de Alfonso XII, mediante Tratado de 15 de febrero de 1886. Véase en *Tratados Públicos...*, Vol. I, *cit.*; pp. 443 a 446.

238 Publicado en la *Gaceta de Madrid* de 17-3-1891, Véase en *Tratados Públicos...* Vol. I, *cit.*, pp. 456 a 462.

239 Véase el texto en *Tratados Públicos...* Vol. I, *cit.*, pp. 478 a 481.

240 Véase *Tratados Públicos...* Vol. I, *cit.*, pp. 481 y Vol. II (1900-1920), p. 600. Véase las actas de Caicara, de Castilletes, de Caño de Majayure, de Guerrero, de Guarero, de Caracas, de Pamplona de Tama, de las fuentes del Río Táchira, de la ribera del Río Arauca, de El Paso del Viento y de Puerto España entre 1900 y 1901 en *Tratados Públicos...*, *cit.*, Vol. III, pp. 390 a 409.

b' *Tratados suscritos con el Reino Unido*

Con fecha 2 de febrero de 1897 se celebró un Tratado de Arbitraje entre los Estados Unidos de Venezuela y su Majestad la Reina del Reino Unido de la Gran Bretaña²⁴¹, mediante el cual “deseando estipular el arreglo amistoso de la cuestión que se ha suscitado entre sus respectivos gobiernos acerca de límites de los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica”, resolvieron someter dicha cuestión a arbitramiento, designando al efecto un Tribunal Arbitral “para determinar la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de Guayana Británica” (art. 1). Debe destacarse que en la primera de las Reglas destinadas a los árbitros, se estableció la siguiente “Una posesión adversa o prescripción por el término de 50 años constituirá un buen título. Los árbitros podrán estimar que la dominación política exclusiva de un Distrito, así como la efectiva colonización de él, son suficientes para constituir una posesión adversa o crear título de prescripción”. Con esta regla, sin duda, Venezuela, abandonaba el principio del *uti possidetis* que el Reino Unido nunca aceptó. Los árbitros rindieron su decisión el 3 de octubre de 1899 (Laudo de París) determinando “la línea de demarcación entre los Estados Unidos de Venezuela y la Guayana Británica”²⁴². Los gobiernos de Venezuela y de la Gran Bretaña nombraron sendas Comisiones para delinear técnicamente la línea divisoria, establecida en el Laudo de París de 1899, las cuales realizaron sus trabajos entre 1900 y 1905. En todo caso, antes de promulgarse la Constitución de 1901 ya se habían levantado las Actas de Morajuana, Mururuna, Haiowa y Salto de San Víctor²⁴³.

c' *Tratado suscrito con Brasil*

La República de Venezuela y su Majestad el Emperador del Brasil “reconociendo la necesidad de ajustar un convenio definitivo sobre los límites entre sus respectivos términos” suscribieron el 5 de mayo de 1859 un Tratado de Límites y Navegación Fluvial²⁴⁴, en el cual se declaró y definió la línea divisoria fronteriza entre los dos países. Las partes, además, acordaron designar una comisión mixta para la demarcación de la línea en los puntos en que fuese necesario (art. 3), la cual realizó labores en 1879, 1880 y 1882 a 1884 aprobadas por Protocolos de límites suscritos en 1905²⁴⁵.

d' *Tratado suscrito con Holanda*

Por último, debe señalarse que en 1901, Venezuela también había celebrado con Holanda la Convención de arbitramiento relativa a la soberanía de la Isla de Aves firmada en Caracas el 5 de agosto de 1857²⁴⁶, en la cual se convino en que “la

241 Véase el texto en *Tratados Públicos...*, Vol. I, *cit.*, pp. 491 a 496.

242 Véase el texto en *Tratados Públicos...*, Vol. I, *cit.*, pp. 496 a 498.

243 Véase los textos en *Tratados Públicos L*, Vol. III, *cit.*, 1929-1925, Caracas, 1950, pp. 382 a 390.

244 Véase el texto en *Tratados Públicos...* Vol. I, *cit.*, pp. 224 a 230.

245 Véase las referencias en *Tratados Públicos...*, Vol. II, *cit.*, pp. 54, 55 y 508; y el texto de las actas en Vol. VIII (1920-1925), Caracas, 1950, pp. 366 a 382.

246 Véase en *Tratados Públicos...*, Vol. I, *cit.*, pp. 207 a 209.

cuestión del derecho de dominio y soberanía en la isla de aves” sería sometida a arbitramento de una potencia amiga, previamente escogida de común acuerdo (art. 1).

La Reina Isabel II de España, con fecha 30 de junio de 1865 dictó el correspondiente Laudo en la cuestión relativa al dominio y soberanía de la Isla de Aves²⁴⁷, declarando que la isla correspondía a Venezuela.

b. *La evolución posterior a 1901*

A partir de 1901, los textos constitucionales siguieron básicamente la misma orientación del artículo 1º de la Constitución de ese año, la cual en esta materia se repitió textualmente en las Constituciones de 1904 (art. 1) y 1909 (art. 3º). En el Estatuto Constitucional Provisorio de 1914 (art. 2) quedó con igual redacción agregándose una mención a “las islas de su pertenencia en el mar de las Antillas”. La misma redacción continuó en la Constitución de 1914 (art. 1º), en la cual se habla de “las islas venezolanas en el mar de las Antillas”, y en la Constitución de 1922 (art. 1º). En el texto constitucional de 1925 sólo cambió la expresión “Tratados públicos” por Tratados celebrados por la República (art. 2), y se agregó una expresión que posteriormente se seguirá incorporando en los textos fundamentales en forma invariable:

Este territorio no podrá jamás ser cedido, traspasado, arrendado ni en ninguna forma enajenado a potencia extranjera ni aun por tiempo limitado.

En la Constitución de 1925 además, la referencia a las islas venezolanas comienza a formularse por separado, al adquirir individualidad territorial las denominadas “Dependencias Federales” (art. 10).

La redacción del artículo 2º de la Constitución de 1925 se repitió exactamente igual en las Constituciones de 1928 (art. 2º), 1929 (art. 2º), 1913 (art. 2º), 1936 (art. 2º), 1945 (art. 2º) y 1947 (art. 1º). En esta última Constitución se incorporó la aclaratoria, frente a la norma anteriormente destacada, de que:

Las naciones extranjeras sólo podrán adquirir, en conformidad con la Ley, los inmuebles necesarios para sede de su representación diplomática en la capital de la República, a título de reciprocidad, y quedando siempre a salvo la soberanía nacional sobre el suelo.

Debe señalarse, por último, que fue en la Constitución de 1953 donde se incorporó por primera vez al texto constitucional la referencia a los espacios marítimos y aéreos como elementos componentes del territorio, en la siguiente forma:

También se declaran sujetos a su autoridad y jurisdicción el lecho del mar y el subsuelo de las áreas que constituyen su plataforma continental, así como las islas que se formen o aparezcan en esta zona. La extensión del mar territorial, la zona marítima contigua y el espacio aéreo en los cuales el Estado ejerce su vigilancia, se determinarán por la Ley.

247 Véase en *Tratados Públicos...*, Vol. III, *cit.*, pp. 100 a 105.

Como se ha visto, toda esta evolución constitucional condiciona la redacción actual del artículo 7 de la Constitución, en la cual debe destacarse la aclaratoria de que las alteraciones territoriales al principio del *uti possidetis* reconocidas por la República con relación al territorio de la antigua Capitanía General de Venezuela, son sólo las resultantes de los tratados celebrados “válidamente” por la República.

Ahora bien, con posterioridad a 1901 se celebraron los siguientes Tratados y Acuerdos fronterizos:

a' *Tratados suscritos con Colombia*

En relación con la frontera con *Colombia*, el 3 de noviembre de 1916 en Bogotá, se firmó entre los dos países una convención para la completa demarcación de la frontera²⁴⁸ en vista de la discrepancia respecto de la ejecución práctica del Laudo Español de 1891. Mediante dicha convención, las partes acordaron someter a la decisión de un Arbitro de derecho la cuestión de si la elocución del Laudo podía hacerse parcialmente como lo sostenía Colombia, o tenía que hacerse íntegramente como lo sostenía Venezuela, a los efectos de que pudieran ocuparse los territorios reconocidos a cada una de las dos Naciones y que no estaban ocupados por ellas antes del Laudo de 1891 (art. 1). Además, las partes convinieron en encargar al Arbitro la completa determinación del deslinde y amojonamiento de la frontera fijada en el Laudo Español (art. 3).

El Consejo Federal suizo, llamado a decidir como Arbitro las divergencias de límites entre Colombia y Venezuela en virtud del compromiso de 1916, dictó su sentencia arbitral en Berna el 24 de marzo de 1922²⁴⁹, acordando la posibilidad de ejecución parcial del Laudo Español, como lo reclamaba Colombia (art. 1), y por tanto, la ocupación definitiva de los territorios que habían sido delineados hasta ese momento (art. 2); y resolviendo la organización de una Comisión Arbitral que debía resolver por delegación del Consejo Federal, en cuanto a los trabajos de deslinde y amojonamiento (art. 3). La organización de la Comisión de Expertos se estableció por Resolución del Consejo Federal suizo el 29 de mayo de 1922²⁵⁰, habiéndose dictado el Reglamento Interno de la misma, en Berna, el mismo 29 de mayo de 1922²⁵¹; y los dos países celebraron un arreglo, por cambio de notas para facilitar los trabajos de la Comisión de expertos suizos encargada de la demarcación de la frontera en septiembre de 1922²⁵².

A partir de 1923, la Comisión Suiza de Expertos dictó varias sentencias para la fijación de las fronteras en 9 de abril de 1923, la relativa a la frontera de la región de San Faustino (Primera Sección de la Comisión Suiza de Expertos)²⁵³; en 30 de abril de 1923, la relativa a la frontera entre el curso del Atabapo y el del Guainía (Segunda Sección de la Comisión Suiza de Expertos)²⁵⁴; en 19 de septiembre de

248 Véase el texto en *Tratados Públicos...*, Vol. II, *cit.*, pp. 599 a 602.

249 Véase el texto en *Tratados Públicos...* Vol. III, *cit.* pp. 35 a 40.

250 Véase el texto en *Tratados Públicos...* Vol. III, *cit.* pp. 40 0a 43.

251 Véase el texto en *Tratados Públicos...* Vol. III, *cit.* pp. 43 a 45.

252 Véase el texto en *Tratados Públicos...* Vol. III, *cit.* pp. 48 a 50.

253 Véase el texto en *Tratados Públicos...* Vol. III, *cit.* pp. 56 a 67.

254 Véase el texto en *Tratados Públicos...* Vol. III, *cit.* pp. 68 a 72.

1923, la colocación de un hito en la ribera izquierda del río Zulia²⁵⁵; en 5 y 15 de octubre de 1923, y 13 de mayo de 1924, la relativa a la frontera entre el Catatumbo y el Zulia²⁵⁶; y en 5 de marzo de 1924, la relativa a la frontera en la región Arauca-Meta (Segunda Sección de la Comisión Suiza de Expertos)²⁵⁷.

Posteriormente, los dos países en 17 de diciembre de 1928, celebraron un acuerdo por cambio de notas, sobre puntos relativos a la frontera común²⁵⁸ estableciendo Comisiones Mixtas a los efectos de realizar los trabajos técnicos de demarcación. Las Comisiones realizaron su trabajo entre 1930 y 1932²⁵⁹, lo que provocó, también, la celebración de Convenios adicionales sobre demarcación, por cambio de notas, en 1932²⁶⁰ y en 1938²⁶¹.

Por último con fecha de 5 de abril de 1941, en Cúcuta, los gobiernos de los Estados Unidos de Venezuela y de Colombia suscribieron el Tratado sobre demarcación de Fronteras y Navegación de los Ríos Comunes, con el cual se “concluye, en lo que aún falta, la demarcación de sus fronteras, confirma para lo restante los pactos que regulan su alindamiento, y prevé normas a su recíproco comercio y demás relaciones de vecindad y convivencia”. En tal virtud, los dos Estados “declaran que la frontera entre las dos Naciones está en todas sus partes definida por los pactos y actos de alindamiento y el presente Tratado; que todas las diferencias sobre la materia de límites quedan terminadas; y que reconocen como definitivos e irrevocables los trabajos de demarcación hechos por las Comisiones Demarcadoras en 1901, por la Comisión de Expertos Suizos, y los que se hagan de común acuerdo por los comisionados designados” conforme a lo dispuesto en el propio Tratado (art. 1). Estos comisionados debían demarcar la frontera común en determinados puntos indicados, “mediante hitos perdurables que colocarán de modo que dicha frontera pueda ser reconocida con exactitud en cualquier tiempo” (art. 1, Parágrafo 4º)²⁶².

La Comisión Mixta realizó sus labores en 1942, construyendo los diversos hitos, muchos” de los cuales fueron posteriormente reconstruidos en 1959²⁶³.

Con el Tratado de 1941²⁶⁴, se concluyó el largo proceso de más de un siglo de delimitación de las fronteras terrestres entre Venezuela y Colombia. Queda ahora pendiente la delimitación de las áreas marinas y submarinas entre los dos países.

255 Véase el texto en *Tratados Públicos...* Vol. III, *cit.* pp. 79 a 82.

256 Véase el texto en *Tratados Públicos...* Vol. III, *cit.* pp. 82 a 86 y 91 a 93.

257 Véase el texto en *Tratados Públicos...* Vol. III, *cit.* pp. 87 a 96.

258 Véase el texto en *Tratados Públicos...* Vol. IV (1925-1932), Caracas, 1933, pp. 253 a 260.

259 Véase las Actas en *Tratados Públicos...* Vol. IV, *cit.* pp. 302 a 356.

260 Véase las Actas en *Tratados Públicos...* Vol. IV, *cit.* pp. 356 a 360.

261 Véase el texto en *Tratados Públicos...* Vol. VI (1936-1942), Caracas, 1942, pp. 61 a 63

262 Véase el texto del Tratado, en *Tratados Públicos...* Vol. VI (1936-1942), *cit.*, pp. 703 a 707.

263 Véase las actas de reconstrucción de hitos, de 1959 en *Tratados Públicos...*, Vol. XII (1957-1959), Caracas, 1979, pp. 495 a 500.

264 Véase los comentarios de Eleazar López Contreras, quien era Presidente de la República al momento de la firma del Tratado en su trabajo y *Proceso de límites entre Venezuela y Colombia*, New York, 1953, 38 pp.

b'. *Acuerdos suscritos con el Reino Unido*

En relación con la frontera con la Guayana Inglesa, después de la Constitución de 1901 se continuó realizando la demarcación de la línea fronteriza entre Venezuela y la Guayana Británica, y a tal efecto se levantaron entre los Comisionados las Actas de Georgetown en 1902 y 1905²⁶⁵. Esta última de 10 de enero de 1905 consistió en un convenio entre los gobiernos en el cual aceptaban como correctas las posiciones de los puntos fronterizos de demarcación según el Laudo de París²⁶⁶.

Posteriormente, en 1932, se celebró un Acuerdo entre Venezuela y Gran Bretaña sobre el punto de convergencia de las fronteras de Venezuela, el Brasil y la Guayana Británica, concluido por cambio de notas²⁶⁷, a proposición de Venezuela. Esta propuesta de nuestro país fue “que la referida frontera quedara determinada por una línea recta que, partiendo de la fuente del río Venamo, vaya a terminar en el punto del Monte Roraima donde coinciden las tres fronteras de Venezuela, la Guayana Británica y el Brasil, punto recientemente fijado y marcado con un poste por las Comisiones de los tres países”²⁶⁸. En efecto, en el Acta de inauguración de dos hitos en el Monte Roraima levantada el 29 de diciembre de 1931, la Comisión Mixta Venezolana-Brasileña, al referirse a uno de ellos declaró: “Este hito se halla situado en la divisoria de aguas cotinga-arabopo y señala el comienzo de la frontera entre Venezuela y el Brasil en el Monte Roraima. Marca igualmente el punto terminal de la frontera entre Venezuela y la Guayana Británica, como también el comienzo de la frontera entre el Brasil y la propia Guayana”²⁶⁹.

Con posterioridad a esas actas, entre Gran Bretaña y Venezuela antes de 1961 se suscribió el Tratado sobre la Isla de Patos (situada entre Trinidad y Venezuela) el 26 de febrero de 1942, mediante el cual Gran Bretaña transfirió a nuestro país “el título y todos los derechos de soberanía sobre dicha isla que en lo sucesivo será considerada como parte del territorio de Venezuela”²⁷⁰. En esa misma fecha, los dos países suscribieron el Tratado sobre las aguas submarinas del Golfo de Paria²⁷¹ mediante el cual las partes definieron sus respectivos intereses respecto del lecho del mar y del subsuelo fuera de las aguas territoriales, texto que constituyó un precedente fundamental en el derecho del mar en materia de delimitación de áreas marinas y submarinas.

c'. *Acuerdos suscritos con el Brasil*

Con posterioridad a 1901, entre Venezuela y Brasil se suscribió un Protocolo para la demarcación de la frontera común a los dos países, en Caracas, el 9 de diciembre de 1928²⁷², mediante el cual debían constituirse comisiones mixtas para en un lapso prefijado realizar la demarcación, comisiones que no llegaron a constituir-

265 Véase en *Tratados Públicos... cit.* Vol. III, pp. 382 a 390.

266 Véase en *Tratados Públicos... cit.* Vol. III, p. 388.

267 Véase en *Tratados Públicos... cit.* Vol. IV, pp. 360 a 362.

268 Véase en *Tratados Públicos... cit.* Vol. IV, pp. 361 y 362.

269 Véase en *Tratados Públicos... cit.* Vol. IV, p. 301.

270 Véase en *Tratados Públicos... cit.* Vol. IV, pp. 717 y 718.

271 Véase en *Tratados Públicos... cit.* Vol. IV, pp. 718 a 273.

272 Véase en *Tratados Públicos... cit.* Vol. IV, pp. 241 a 244.

se²⁷³. Posteriormente, realizaron demarcaciones en 1914-1915 unas comisiones mixtas venezolano-brasileras relativas a la Piedra del Cocuy²⁷⁴ hasta que se convino, mediante Protocolo suscrito el 24 de julio de 1928 en Río de Janeiro²⁷⁵ en sustituir las estipulaciones del Protocolo de 1905, y nombrar sendas Comisiones por los países para constituir una Comisión Mixta con el objeto de demarcar la frontera entre los dos países, partiendo de las demarcaciones efectuadas en 1914-1915. Con fecha 7 de noviembre de 1929, los dos países suscribieron un Acuerdo por cambio de notas para la ejecución del Protocolo del año anterior²⁷⁶, mediante el cual se determinaron las instrucciones sobre la Comisión Mixta Brasiler-Venezolana a los efectos de la demarcación. Esta Comisión inició sus tareas en 1930²⁷⁷ y en períodos sucesivos hasta mitades de la década de los sesenta realizó la demarcación de la frontera entre los dos países²⁷⁸.

E. *El territorio nacional referido al de la Capitanía General de Venezuela en 1810, con modificaciones resultantes de tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad: el caso de la Guayana Esequiba*

Como se ha dicho, en el artículo 7 de la Constitución de 1961, en la determinación del territorio con referencia al que correspondía a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política iniciada en 1810, precisó que ese era “con las modificaciones resultantes de los tratados celebrados *válidamente* por la República”. Respecto de ello, la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución fue explícita: “se agregó el adverbio «válidamente» para demostrar, en forma inequívoca, la voluntad de la República de aceptar sólo aquellas modificaciones en su *status* territorial que hayan sido el resultado de libre y válida determinación”²⁷⁹. En la Constitución de 1999, como se dijo, la frase “con las modificaciones resultantes de los tratados celebrados válidamente por la República” se sustituyó por la frase “con las modificaciones resultantes de los tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad”.

Tanto con la salvedad constitucional de la Constitución de 1961 como con la de la Constitución de 1999, se abrió la posibilidad formal de poner en duda la validez de decisiones concernientes a nuestras fronteras que habían sido cuestionadas con anterioridad, particularmente en relación con la frontera con la Guayana Británica, resultado del *Laudo de París* de 1899. Este *Laudo* había sido injusto con nuestro país, y el resultado de compromisos políticos entre las grandes potencias, lo cual quedó evidenciado a partir de 1949, cincuenta años después, con motivo de conocerse la documentación de muchos de los actores de la época de su elaboración, en particular de Severo Mallet-Prevost, asistente del abogado por Venezuela (Benjamin Harrison).

273 Cfr. lo indicado en *Tratados Públicos... cit.*, Vol. IV, p. 242.

274 Cfr. lo indicado en *Tratados Públicos... cit.*, Vol. IV, p. 243.

275 Véase en *Tratados Públicos... cit.*, Vol. IV, pp. 241 a 244.

276 Véase en *Tratados Públicos... cit.*, Vol. IV, pp. 238 a 289.

277 Véase el Acta de 23 de noviembre de 1930 en *Tratados Públicos... cit.*, vol. IV, pp. 298 y 299.

278 Cfr. J.A. Zambrano Velazco, *Sumario... cit.*, p. 69.

279 Véase en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 21, UCV, Caracas, p. 376.

Las manifestaciones oficiales esporádicas en contra del *Laudó* de 1899, antes de 1961²⁸⁰ se comenzaron a acentuar a partir de la declaración del Embajador venezolano y del Canciller venezolano en las Naciones Unidas en 1962²⁸¹, y en concreto de la nota de reclamación territorial presentada el 5 de noviembre de 1963 por el Canciller venezolano al Ministro de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña²⁸² con ocasión de las conversaciones que celebraron en Londres entre los días 5 al 7 de ese mes y año²⁸³.

Entre 1963 y 1965 continuaron las conversaciones entre ambos gobiernos, y el 10 de diciembre de 1965 en Comunicado conjunto, los Ministros de Relaciones Exteriores, señalaron que: “discutieron vías y procedimientos para poner fin a la controversia que amenazaba quebrantar las tradicionalmente cordiales relaciones que Venezuela, por una parte, y el Reino Unido y la Guayana Británica, por la otra” y que “se intercambiaron ideas y propuestas para un arreglo práctico de la controversia”²⁸⁴. Los Ministros acordaron celebrar una conferencia en Ginebra en febrero de 1966, en la cual se celebró el “Acuerdo para resolver la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica, de 17 de febrero de 1966”²⁸⁵, considerando que estaba próxima la independencia de la Guayana Británica y que cualquier controversia pendiente entre Venezuela y el Reino Unido y Guayana Británica perjudicaría la colaboración que debe existir entre los países. Se consideró que debía ser resuelta la controversia amistosamente, para lo cual se acordó en el artículo 1º, lo siguiente:

Se establece una Comisión Mixta con el encargo de buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el *Laudó* arbitral de 1899 sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica es nulo e írrito.

El acuerdo de Ginebra estableció además, que “si dentro de un plazo de cuatro años contados a partir de la fecha de este Acuerdo, la Comisión Mixta no hubiere llegado a un acuerdo completo para la solución de la controversia, referirá al gobierno de Venezuela y al gobierno de Guayana en su Informe Final cualesquiera cuestiones pendientes. Dichos gobiernos escogerán sin demora uno de los medios de solución pacífica previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas” (art. IV, 1).

Además, en el artículo IV-1 del Acuerdo se reguló con precisión el procedimiento para el caso de que no se lograra un acuerdo sobre la elección de uno de dichos medios de solución pacífica, calificado por el Ministro de Relaciones Exteriores que firmó el Acuerdo, como el punto más importante del mismo²⁸⁶ y que se resume así:

280 Véase la información y documentación contenida en el libro editado por la Cancillería, *Reclamación de la Guayana Esequiba*, Caracas, 1981, pp. 40 y ss.

281 Véase en *Reclamación...*, cit., pp. 18 a 21.

282 Véase en *Reclamación...*, cit.; p. 23 y 24.

283 Véase el Comunicado conjunto de 7-11-63 en *Reclamación...*, cit. p. 25.

284 Véase en *Reclamación...*, cit., pp. 66 y 67.

285 Véase la Ley aprobatoria de 15 de abril de 1966 en *Gaceta Oficial*, N° 28.008 de 15-4-66.

286 Véase en *Reclamación...*, cit., p. 97

1. Vencidos los tres meses siguientes a la recepción del Informe Final de la Comisión Mixta, sin que los gobiernos hubiesen llegado a un acuerdo sobre el procedimiento para solucionar la controversia, se referirá la decisión de escoger los medios de solución a un órgano internacional apropiado que ambos gobiernos acuerden;
2. A falta de acuerdo sobre la elección de un organismo internacional apropiado para escoger los medios de solución, corresponderá esa función al Secretario General de las Naciones Unidas;
3. El Secretario General de las Naciones Unidas escogerá los procedimientos de solución pacífica señalados en el citado artículo 33, hasta que la controversia haya sido resuelta, o hasta que todos los medios de solución pacífica contemplados en dicho artículo, sean agotados.

En esta forma, la función del Secretario General de las Naciones Unidas es la de ir señalando a las Partes, para que éstas los utilicen, los medios de solución pacífica de controversias establecidos en la Carta (negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial o recurso a organismos o acuerdos regionales), hasta que la controversia sea resuelta o hasta que aquéllos se hayan agotado. De ello resulta, en definitiva, que en última instancia el Laudo de París de 1899 podría llegar a ser sometido a examen y revisión por medio de arbitraje o de recurso judicial, siempre que lo acuerden las partes.

En todo caso, a los efectos de evitar que por el transcurso del tiempo se consoliden situaciones de hecho perjudiciales, al artículo 5° del Acuerdo previo: primero, que su texto no puede ser interpretado como una renuncia o disminución de Venezuela, el Reino Unido y la Guayana Británica, de cualesquiera bases de reclamación de soberanía territorial en los territorios de Venezuela o Guayana Británica; y segundo, que ninguno de los actos o actividades que tengan lugar durante la vigencia del Acuerdo constituirá fundamento alguno para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía territorial, excepto cuando estos actos o actividades sean resultado de convenios logrados por la Comisión Mixta y aceptados por escrito por los gobiernos.

En mayo de 1966 se produjo el acto de independencia de Guayana Británica, y Venezuela declaró que reconocería al nuevo Estado de Guayana, con la reserva territorial de que “la independencia de Guayana Británica, no implica reconocimiento ni en forma alguna, renuncia o disminución de los derechos territoriales reclamados por Venezuela”²⁸⁷. Por otra parte, a partir de la independencia de Guayana, el gobierno del nuevo Estado comenzó a ser parte del Acuerdo de Ginebra, conforme lo dispuso su artículo VII, y en la nota de reconocimiento de Venezuela al nuevo Estado, de 26 de mayo de 1966, se reiteró la consideración de Venezuela de que el *Laudo de París* era “nulo e irrito”, y que “por lo tanto, Venezuela reconoce como territorio Esequibo, y reitera ante el nuevo país, y ante la comunidad internacional, que se reserva expresamente sus derechos de soberanía territorial sobre toda la zona que se encuentra a la margen izquierda del precitado río; en consecuencia, el territorio de la Guayana Esequiba sobre el cual Venezuela se reserva expresamente sus derechos soberanos, limita al Este con el Nuevo Estado de Guayana, a través de la línea del río Esequibo, tomando éste desde su nacimiento hasta su desembocadura en el Océano Atlántico”²⁸⁸.

287 Véase en *Reclamación...*, cit., p. 105.

288 Véase en *Reclamación...*, cit., p. 108.

Ahora bien, la Comisión Mixta del Acuerdo de Ginebra celebró 16 reuniones y concluyó el período fijado de 4 años sin haber logrado realizar el cometido que le encomendó el Acuerdo. En vista de ello, y del interés del gobierno de Venezuela de evitar que se aplicaran en ese momento los mecanismos del Acuerdo de Ginebra y que saliera el asunto del ámbito de las negociaciones directas entre las partes, se optó por continuar en la búsqueda de una vía negociada con Guayana, a cuyo efecto se firmó el Protocolo de Puerto España de 18 de junio de 1970²⁸⁹, mediante el cual se suspendió por un período de 12 años, el funcionamiento del artículo IV del Acuerdo de Ginebra. Durante ese lapso, las partes debían explorar todas las posibilidades de mejorar el entendimiento entre ellos; y así se buscaba crear durante ese lapso un ambiente más propicio para continuar el procedimiento previsto en el Acuerdo de Ginebra²⁹⁰.

Conforme al artículo III del Protocolo de Puerto España, “en la fecha en que este Protocolo deje de tener vigencia, el funcionamiento de dicho artículo (IV del Acuerdo de Ginebra) se reanudará en el punto en el que ha sido suspendido, es decir, como si el Informe Final de la Comisión Mixta hubiera sido presentado en esa fecha”. A ese efecto, el artículo V previó la forma de finalización del Protocolo si “con seis meses por lo menos de anticipación a la fecha en la cual haya de terminar, el gobierno de Venezuela o el gobierno de Guyana hace llegar a los demás gobiernos partes en este Protocolo una notificación escrita a tal efecto”.

El Protocolo de Puerto España vencía el 18 de julio de 1982. Un año antes, sin embargo, y mediante comunicado de 10 de abril de 1981 el gobierno de Venezuela hizo pública su decisión de no prorrogar el Protocolo de Puerto España, lo que trajo luego como consecuencia la reactivación de los procedimientos señalados en el Acuerdo de Ginebra: así se expresó formalmente en la Declaración Oficial del 2 de mayo de 1981, y en el comunicado del Ministerio del 11 de diciembre de 1981. En este último se precisó la consecuencia de la decisión adoptada: “desde la mencionada fecha, nuestra reclamación se regirá por el Acuerdo de Ginebra, y en concreto, por las disposiciones de su artículo IV, el cual remite a los medios de solución pacífica *recogidos* por el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas que son: 1) Negociación, 2) Investigación, 3) Mediación, 4) Conciliación, 5) Arbitraje, 6) Arreglo Judicial, 7) Recurso a Organismos o Acuerdos Regionales, 8) Otros medios pacíficos”²⁹¹.

Al término de la vigencia del Protocolo, Venezuela ratificó a los países signatarios del Acuerdo de Ginebra y al Secretario General de las Naciones Unidas, la decisión del gobierno. En el período de tres meses previsto en el artículo IV del Acuerdo, las Partes debían escoger uno de los modos de solución pacífica mencionada, y Venezuela insistió en la negociación. Guyana rechazó la invitación a negociar y contrapuso acudir ante la Corte Internacional de Justicia, lo cual fue rechaza-

289 Véase el texto en *Reclamación...*, *cit.*, pp. 139 a 141.

290 *Cfr.*, lo indicado en la Exposición de Motivos del Proyecto de ley aprobatoria del Protocolo de Puerto España, en *Reclamación...*, *cit.*, pp. 133 y ss. Debe señalarse que ese Proyecto de Ley nunca fue discutido ni sancionado.

291 Véase dichos documentos en el libro citado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, *Recopilación de las introducciones a las memorias del Despacho correspondientes al Quinquenio 1979-1983, Documentos sobre la cuestión de Guyana*, Caracas, 1984, partes correspondientes al Libro Amarillo de 1981, pp. 2 y ss., en particular la 7.

do por nuestro país. Transcurridos los tres meses mencionados, sin que se hubiera podido llegar a un acuerdo, Venezuela refirió la escogencia al Secretario de las Naciones Unidas²⁹². Desde 1982, por tanto, el asunto está en manos de este funcionario; lo que reiteraron en febrero de 1985, los cancilleres de ambos países²⁹³.

Durante todo este período, en todo caso, para preservar y reafirmar los derechos de Venezuela, todos los gobiernos democráticos se habían opuesto al desarrollo de proyectos de explotación de recursos naturales en la zona en reclamación, por ejemplo, a través del posible otorgamiento de concesiones por parte de Guyana. En febrero de 2004, sin embargo, el Presidente de la República Hugo Chavez Frías, con ocasión de una visita a Guyana, señaló que se había comprometido con el Presidente de Guyana a que “el Gobierno venezolano no va a oponerse a ningún proyecto en la región que vaya en beneficio de sus habitantes, como planes para suministro de agua, vías de comunicación, energía, agrícolas”²⁹⁴. Este compromiso del Presidente se entendió como el inicio del abandono de la reclamación de Venezuela frente a Guyana²⁹⁵.

2. *La soberanía y los espacios geográficos*

De acuerdo con el artículo 11, la soberanía plena de la República se ejerce en los espacios continental e insular, lacustre y fluvial, mar territorial, áreas marinas interiores, históricas y vitales y las comprendidas dentro de las líneas de base recta que ha adoptado o adopte la República; el suelo y subsuelo de éstos; el espacio aéreo continental, insular y marítimo y los recursos que en ellos se encuentran, incluidos los genéticos, los de las especies migratorias, sus productos derivados y los componentes intangibles que por causas naturales allí se encuentren²⁹⁶.

292 Véase la parte relativa al Mensaje del Ministro al Congreso en 1983, en la misma publicación, *Recopilación... cit.*, pp. 2 a 6.

293 Véase la parte relativa al Mensaje del Ministro al Congreso en 1983, en la misma publicación. *Recopilación... cit.*, pp. XXVI y XXVII. Véase, asimismo, el Mensaje que los Ministros de Relaciones Exteriores de Venezuela y Guyana dirigieron al Secretario General de las Naciones Unidas, sobre su responsabilidad según el artículo IV (2) del Acuerdo de Ginebra, en *El Universal*, Caracas, 19-2-85, p. 1-1.

294 Véase *El Nacional*, Caracas, Sábado 21 de febrero de 2004, Caracas, p. A-1. Véase las reacciones iniciales en *El Nacional*, Caracas, Domingo 22 de febrero de 2004, p. A-4; *El Nacional*, Caracas, Lunes 23 de febrero de 2004, p. A-3; *El Nacional*, Caracas, Martes 24 de febrero de 2004, p. A-3.

295 Esa decisión, que no había sido siquiera consultada a la Asamblea Nacional, fue considerado por muchos especialistas como un signo de abandono a la reclamación. Véase Juan Carlos Rey, “Sin un pronunciamiento formal, la reclamación sobre el Esequibo cesó”, *El Nacional*, Caracas, Domingo 29 de febrero de 2004, p. A-5; Simón Alberto Consalvi, “Un epitafio para El Esequibo”, *El Nacional*, Caracas, Domingo 29 de febrero de 2004, p. A-10; Sadio Garavini Di Turno, “Con decisión de Chavez sobre Guyana todos hemos perdido”, *El Universal*, Caracas, Domingo 29 de febrero de 2004, p. 1-10.

296 En general sobre el territorio y los espacios geográficos, véase Armando Rodríguez, “Las nuevas bases constitucionales de la estructura político territorial en Venezuela”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 10 (septiembre-diciembre). Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 169-200; Ramón Crazut, “Comentarios al Título II de la Constitución de 1999 sobre el espacio geográfico y la división política”, en *Revista de Derecho Público*, N° 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 40-46; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*. Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 229 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp.

En esta forma se precisa con todo detalle el ámbito del ejercicio de la soberanía de la República²⁹⁷ con indicaciones claves como la mención a las áreas marinas interiores históricas y vitales como las del Golfo de Venezuela, y las comprendidas en las líneas de base recta que ha adoptado o adopte la República; el suelo y subsuelo de éstos; y el espacio aéreo.

En el artículo 11 de la Constitución, se describen además, los componentes de los espacios insular, acuático y ultraterrestre. En cuanto al espacio insular de la República se precisa que comprende el archipiélago de Los Monjes, el archipiélago de Las Aves, el archipiélago de Los Roques, el archipiélago de La Orchila, la isla La Tortuga, la isla La Blanquilla, el archipiélago Los Hermanos, las islas de Margarita, Cubagua y Coche, el archipiélago de Los Frailes, la isla La Sola, el archipiélago de Los Testigos, la isla de Patos y la isla de Aves; y, además, las islas, islotes, cayos y bancos situados o que emerjan dentro del mar territorial, en el que cubre la plataforma continental o dentro de los límites de la zona económica exclusiva.

Respecto de los espacios acuáticos constituidos por la zona marítima contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, se precisa que la República ejerce derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción en los términos, extensión y condiciones que determinen el derecho internacional público y la ley. En 2002 se dictó la Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares²⁹⁸.

Por otra parte, en la norma se indica que corresponden a la República derechos en el espacio ultraterrestre suprayacente y en las áreas que son o puedan ser patrimonio común de la humanidad, en los términos, extensión y condiciones que determinen los acuerdos internacionales y la legislación nacional.

3. *La inalienabilidad del territorio*

A. *El principio de la inalienabilidad*

Conforme se indicaba en el artículo 8 de la Constitución de 1961, el artículo 13 de la Constitución de 1999 también establece que el territorio no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado, ni en forma alguna enajenado, ni aun temporal o parcialmente, a Estados extranjeros u otros sujetos de derecho internacional.

B. *El territorio nacional como territorio de paz*

Por otra parte, conforme a lo expresado en el Preámbulo y en el artículo 1º, el artículo 11 de la Constitución precisó que “El espacio geográfico venezolano es una zona de paz”, razón por la cual no se pueden establecer en él bases militares extranjeras o instalaciones que tengan de alguna manera propósitos militares, por parte de ninguna potencia o coalición de potencias.

47 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas 2001, pp. 89-98.

297 Véase Alirolaiza del Carmen Bastardo Salazar, “La soberanía del Estado”, en *Derecho Constitucional. General y Particular. Actualizado con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 24-03-2000*, Tomo I, Universidad Santa María, Caracas, pp. 181-201.

298 G.O. N° 37.596 del 20 de diciembre de 2002

C. *Las sedes diplomáticas*

En cuanto a los inmuebles para sedes de representaciones diplomáticas o consulares los Estados extranjeros u otros sujetos de derecho internacional, sólo los pueden adquirir dentro del área que se determine y mediante garantías de reciprocidad, con las limitaciones que establezca la ley; situaciones en las cuales queda siempre a salvo la soberanía nacional.

4. *El régimen de los nuevos territorios*

El artículo 14 de la Constitución de 1999, en sentido similar al artículo 15 de la Constitución de 1961, precisa que la ley debe establecer un régimen jurídico especial para aquellos territorios que por libre determinación de sus habitantes y con aceptación de la Asamblea Nacional, se incorporen al de la República; lo que podría ocurrir, por ejemplo, con la zona de la Guyana Esequiba.

5. *El régimen de las fronteras*

En la Constitución de 1999 se destinaron dos normas a establecer el régimen de las fronteras. En primer lugar, el artículo 15 en el cual se precisó que el Estado tiene la responsabilidad de establecer una política integral en los espacios fronterizos terrestres, insulares y marítimos, preservando la integridad territorial, la soberanía, la seguridad, la defensa, la identidad nacional, la diversidad y el ambiente, de acuerdo con el desarrollo cultural, económico, social y la integración. Se precisó además que una Ley Orgánica de Fronteras debe, determinar las obligaciones y objetivos de esta responsabilidad, atendiendo la naturaleza propia de cada región fronteriza a través de asignaciones económicas especiales.

Adicionalmente, en segundo lugar, el artículo 323 precisa que en cumplimiento de los principios de seguridad de la Nación, la atención de las fronteras es prioritaria. A tal efecto, la norma establece directamente “una franja de seguridad de fronteras” cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, poblamiento y utilización, deben ser regulados por la Ley, protegiendo de manera expresa a los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial. Se recoge, así, en esta norma la denominación acuñada en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

Ahora bien, sobre el concepto de fronteras, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 2394 de 28 de agosto de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 41 de la Constitución*) estableció los siguientes criterio:

A juicio de esta Sala, la frontera en el marco constitucional venezolano tiene una doble función, pues resulta esencial en la delimitación espacial del ámbito de ejercicio del poder del Estado, tanto hacía dentro, imponiendo el límite espacial de las relaciones estado-ciudadanos, como hacía afuera, haciendo lo suyo con otros países, y constituye un elemento primordial en la política de seguridad y defensa del Estado, desarrollada novedosamente en la vigente Constitución de 1999.

En efecto, ya el concepto de frontera no es utilizado únicamente como límite espacial del ámbito de ejercicio del poder del Estado, sino que su concepto está enmarcado dentro de una política integral de seguridad y defensa de la Nación, por mandato de las

normas contenidas en el Título VII de la Constitución de 1999, específicamente en su artículo 327, norma que ha sido desarrollada legislativamente en diferentes cuerpos normativos que establecen de manera específica los poderes del Estado en las zonas fronterizas, encontrándose dentro de ellas, la Ley de Zonas Costeras (particularmente los artículos 1, 2, 9 y 10), la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación (particularmente los artículos 2, 15, 16, 20 y 48), la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales (particularmente los artículos 9, 10, 11, y 12), la Ley Orgánica de Espacios Acuáticos e Insulares (particularmente los artículos 1, 2, 5, 7, 9), entre otras.

De otro lado, la Constitución vigente amplía el concepto de territorio por el de “espacios geográficos”, donde se encuentran inmersas las fronteras marítimas, terrestres y lacustres, a que aluden los artículos 11 y 15 del Texto Constitucional...

De lo anterior, la Sala, concluyó en su sentencia que el concepto de frontera, incluye en el vigente ordenamiento jurídico un tratamiento que abarca aspectos espaciales y de seguridad y defensa de la nación, que no pueden ser tratados de manera separada, constataando que tampoco distingue el constituyente venezolano entre fronteras naturales como las terrestres, insulares, lacustres y marítimas y las fronteras artificiales, entre las que se podrían encontrar los puentes, señales u otra de creación humana; por el contrario, se amplía el concepto de frontera dentro del marco espacial y de seguridad y defensa de la nación, ya mencionado²⁹⁹.

IV. LA FORMA DEL ESTADO

1. La “Federación Descentralizada”

La forma del Estado venezolano durante toda su existencia desde 1811, puede decirse que ha sido la Federal, lo que implica el reconocimiento de autonomías territoriales en el nivel intermedio, es decir, de los Estados federados y, antes de 1864, de las entonces denominadas Provincias. En esa fecha, precisamente el triunfo de la Revolución Federal condujo a la adopción definitiva de la forma federal del Estado, que sustituyó a la fórmula mixta de 1830, que a la vez había sustituido a la “Confederación” de 1811; adoptándose la denominación de la República como “Estados Unidos de Venezuela”, la que se conservó hasta 1953.

Pero la Federación venezolana, a partir de 1901, cuando se produce el colapso del sistema de Estado Federal liberal que se había instaurado en 1864, comenzó a ser una Federación centralizada, habiéndose centralizado el Estado en todos los órdenes³⁰⁰. El centralismo estatal continuó a pesar del cambio político de 1946 y 1958, desarrollándose a partir de esa fecha la forma democrática de la Federación centralizada que hemos tenido en las últimas décadas.

La gran transformación política que había que establecer en la Constitución de 1999 para precisamente afianzar la democracia era, por tanto, sustituir efectivamen-

299 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003 (En prensa).

300 Véase Allan R. Brewer-Carías, en *Evolución histórica del Estado*, Tomo I, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., pp. 351 y ss.; y en Allan R. Brewer-Carías, “El desarrollo institucional del Estado Centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas” en *Revista de Estudios de la Vida Local y Autónoma*, N° 227 y 228, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1985, pp. 487 a 514 y 695 a 726, respectivamente.

te la Federación Centralizada por una Federación Descentralizada tal y como lo propusimos formalmente a la Asamblea Nacional Constituyente³⁰¹. Como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 1037 de 1 de agosto de 2000 (Caso: *Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Miranda (APRUM) vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda*):

Un elemento fundamental dentro de lo que es la democracia, es la descentralización, no puede haber democracia sin descentralización, ese debe ser el apellido de la democracia. Estando cada vez más cerca de las comunidades quien toma las decisiones que los orienten o satisfagan sus necesidades es que exista una interacción entre los vecinos y la Administración³⁰².

En todo caso, grandes esfuerzos se hicieron en la materia durante el proceso constituyente, pero la reforma y profundización de la descentralización política como forma de perfeccionar la democracia que debió ser el tema central del debate constituyente³⁰³, no pasó del nominalismo expresado tanto en el Preámbulo como en el artículo 4 que precisa que “La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución”; fórmula más o menos similar a la del artículo 2 de la Constitución de 1961 que decía que “La República de Venezuela es un Estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución”.

En uno u otro caso, “los términos consagrados por la Constitución” son la clave para determinar efectivamente el grado de descentralización del Estado y, por tanto, de la Federación; y la comparación entre unos y otros “términos” revela muy poca diferencia, tal como se analiza en la *Quinta Parte* al estudiar la Constitución Federal.

En la Constitución de 1999, en efecto, salvo en el nominalismo, no se avanzó mayormente en relación con lo que existía en el texto de 1961³⁰⁴. En realidad, sólo se constitucionalizaron aspectos ya establecidos en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, que ya tenía rango de ley constitucional en lo que se refería a la transferencia a los Estados de competencias del Poder Nacional³⁰⁵.

Pero no hubo los avances y transformaciones necesarias para hacer realidad la descentralización de la Federación, como era el cambio necesario en la distribución

301 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 155 a 170; y Tomo II, *op. cit.*, pp. 227 a 233.

302 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83 (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 394.

303 Véase 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*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 269 y ss.

304 Véase por ejemplo, Rafael J. Chavero Gazdik, “La forma de Estado prevista en la Constitución de 1999 (¿Un canto de sirenas?)”, en *Revista de Derecho Público*, N° 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 29-39.

305 Véase 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*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 99 y ss; y Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 53, Caracas, 1999, pp. 122 y ss.

de los recursos tributarios hacia los Estados; y más bien se retrocedió institucionalmente al eliminarse el Senado y establecerse una Asamblea Nacional Unicameral (art. 186), y al permitirse la limitación por Ley nacional de la autonomía de los Estados (art. 162) y de los Municipios (art. 168) lo que es negar, de entrada, la idea misma de descentralización política que está basada en el concepto de autonomía territorial, precisamente entre los entes políticos-territoriales.

En consecuencia, la denominación de “Federación Descentralizada” para identificar la forma del Estado es, sin duda, un avance nominal, pero en los términos establecidos en la Constitución, lo que no significa realmente avance alguno, sino consolidación y mantenimiento parcial de reformas que se venían realizando desde 1989, con algunos retrocesos³⁰⁶.

2. *Los principios del Estado Federal*

Toda Federación, sea Centralizada o Descentralizada, está montada sobre un principio de la distribución territorial del Poder Público que conforme al artículo 136 de la Constitución es “entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional”. La coherencia y unicidad del Estado y su organización política exige que dicha distribución del Poder se rija, conforme lo indica el artículo 4 de la Constitución, “por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad”.

Es decir, la distribución territorial del Poder Público no puede, en forma ni caso alguno, atentar contra la integridad territorial de la República, cuyo territorio no puede en forma alguna ser afectado por el principio descentralizador, lo que impide cualquier intento separatista de parte de las entidades políticas que componen el Estado.

Por otra parte, la distribución del Poder Público entre la República, los Estados y los Municipios, en todo caso exige la cooperación entre los diversos niveles territoriales para alcanzar en conjunto, los fines del Estado (art. 136); por ello los principios de la concurrencia y corresponsabilidad de todo ente público hacia los mismos fines superiores del Estado. Además está el principio de la solidaridad entre las entidades políticas, de manera que los deberes de algunas de ellas que no puedan ser cumplidos, no excluyen la asunción de los mismos por las otras entidades políticas.

En la *Quinta Parte* se analiza extensivamente la Constitución Federal.

306 Véase en general, sobre la forma del Estado como “Federación Descentralizada”, Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, op. cit., pp. 122-144; Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, op. cit., pp. 158 y ss.; María V. Espina y Ornella Bernabei Zaccaro, “Nueva estructura del Estado venezolano”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2000, pp. 65-116; César A. Loaiza Moyetones, “Determinación analítica del concepto de Estado”, en *Derecho Constitucional. General y Particular. Actualizado con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 24-03-2000*, Tomo I, Universidad Santa María, Caracas, pp. 25-84. Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 182 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas 2001, pp. 42 y ss., 121 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 67-68.

V. LA SOBERANÍA POPULAR Y EL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO

El artículo 5 de la Constitución, establece lo siguiente:

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.

Con esta norma, que sigue la tradición republicana iniciada en 1811 y que se reflejaba en el artículo 4 de la Constitución de 1961, se consagran los principios fundamentales de la soberanía del pueblo y del régimen democrático³⁰⁷, en particular, el concepto de representatividad política con el agregado de la participación.

Este artículo se complementa con el artículo 62 que consagra el derecho de todos los ciudadanos “de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes”.

1. *La soberanía del Pueblo*

El principio más importante del constitucionalismo moderno, derivado de las Revoluciones francesa y norteamericana, de fines del Siglo XVIII, sin duda, es el principio que permitió el traslado efectivo de la soberanía, como suprema potestad de mando y gobierno de una Nación, de un Monarca absoluto, al pueblo³⁰⁸.

A partir de esas Revoluciones, la soberanía comenzó a residir en el pueblo; concepto que influyó directamente en el constitucionalismo latinoamericano, recogido en nuestra Constitución de 1811, al señalar que:

Una sociedad de hombres reunidos bajo unas mismas leyes, costumbres y gobiernos forman una soberanía (art. 143);

precisando el artículo 144 que

La soberanía de un país, o supremo poder de regular o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad, reside, pues, esencial y originalmente en la masa general de sus habitantes y se ejercita por medio de apoderados y representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución.

El artículo 5 de la Constitución de 1999 agrega, sin embargo, la expresión que la soberanía debe residir “intransferiblemente” en el pueblo, lo que recoge el espíritu de la norma del artículo 145 de la misma Constitución de 1811 que disponía que

Ningún individuo, ninguna familia, ninguna porción o reunión de ciudadanos, ninguna corporación particular, ningún pueblo, ciudad o partido puede atribuirse la soberanía de la sociedad, que es imprescriptible, inenajenable e indivisible en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquier función pública del gobierno si no la ha obtenido por la Constitución.

307 Véase nuestra propuesta en relación con este artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 183 a 199.

308 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 90 y ss. y 186 y ss.

Es decir, la soberanía sólo y siempre reside en el pueblo y nadie puede asumirla, ni siquiera una Asamblea Constituyente la cual, por supuesto, nunca podría ser “soberana” y menos aún “soberanísima” como tantas veces e impropriamente se calificó a la Asamblea Nacional Constituyente de 1999³⁰⁹. En la Constitución de 1999, incluso se señala, al regularse la Asamblea Nacional Constituyente, que “el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario” (art. 347) el cual, por tanto, no puede jamás ser transferido a Asamblea alguna.

2. *La democracia representativa*

Por supuesto, la consagración constitucional del principio de la soberanía popular y su carácter intransferible condujo, en el mundo moderno, al desarrollo del principio de la democracia representativa, en el sentido de que el pueblo, que es titular de la soberanía, normalmente la ejerce mediante representantes³¹⁰. Soberanía popular y democracia representativa³¹¹ son, por tanto, principios consustanciales e indisolubles, razón por la cual es imposible consagrar la soberanía popular, en régimen democrático, sin el principio de la democracia representativa³¹².

La representatividad, en sí misma, es de la esencia de la democracia, y los vicios de aquella lo que exigen es perfeccionarla, pero no eliminarla. Por ejemplo, el gran problema derivado del sistema político de la democracia de partidos es que la representatividad democrática no ha correspondido realmente al pueblo, sino a los partidos políticos. La crisis que de ello deriva y que afecta la representatividad democrática, por tanto, no puede conducir a su eliminación, sino a su perfeccionamiento. Ello exigía, en nuestro criterio, superar el único sistema electoral que hemos tenido en las últimas décadas, el de la representación proporcional que conduce a la representación de partidos. Lamentablemente, en la Constitución de 1999 es el único sistema electoral que sigue teniendo rango constitucional (art. 63), por lo que el principio de la democracia representativa corre el riesgo de seguir atado a los partidos políticos.

309 Véase los comentarios críticos sobre esto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, op. cit., pp. 67 y ss.

310 Véase en general Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 33 y ss.; y Humberto Nogueira Alcalá, “Tópicos sobre la clasificación de los tipos de Gobierno constitucionales democráticos”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 325-368.

311 Véase sobre la soberanía y la democracia representativa, Pedro L. Bracho Grand y Miriam Álvarez de Bozo, “Democracia representativa en la Constitución Nacional de 1999”, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 235-254; Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, op. cit., pp. 17 y ss., 55 y ss.; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 190 y ss.; y Ricardo Combellas, “Representación vs. Participación en la Constitución Bolivariana. Análisis de un falso dilema”, 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 II, pp. 383-402.

312 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, op. cit., pp. 184 y ss.

Al contrario, el perfeccionamiento de la democracia exige ampliar el radio de la representatividad, para permitir que el pueblo, sus lugares y comunidades encuentren representación directa en las Asambleas representativas y ello sólo se logra con el sistema uninominal de elección, que conduce a la representatividad territorial.

En todo caso, en el artículo 5 de la Constitución queda claro que la soberanía, que reside en el pueblo en forma intransferible, se ejerce “indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público”, y el artículo 62 precisa el derecho de los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos “por medio de sus representantes elegidos”.

De ello deriva, por tanto, que la representatividad democrática siempre tiene que tener su fuente en elecciones populares (art. 70), y que éstas están destinadas a elegir los titulares de los órganos que ejercen el Poder Público que, por supuesto, son los que establece la Constitución conforme a los principios de distribución y separación del Poder Público (art. 136).

Por supuesto, la democracia representativa debe perfeccionarse haciendo posible la participación del ciudadano en los procesos políticos, lo que se logra además de con la descentralización política a los efectos de acercar el poder al ciudadano, mediante la consagración de diversos instrumentos para hacer realidad el derecho a la participación. Como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 1037 de 1 de agosto de 2000 (Caso: *Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Miranda (APRUM) vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda*):

La democracia participativa no choca necesariamente con la democracia representativa, ni se excluyen, y dentro de un sistema Republicano necesariamente deben haber autoridades, Poderes Públicos que representen a los demás, y esa es la esencia misma de la República como tal; son estos entes representativos quienes van a establecer las normas para poder permitir la participación, porque toda participación debe estar sujeta a unas normas o a un principio de legalidad que establezca cuáles son los poderes de la Administración Pública y en qué manera los ciudadanos pueden hacerse parte de la actividad administrativa y la participación legítima a los órganos de representación republicanos, razón por la cual ambos tipos de democracia se complementan³¹³.

3. *La democracia participativa y la democracia directa*

En efecto, las críticas a la democracia representativa, fundamentadas más por la forma y carácter de la representación, que en la representatividad misma, en todo caso ha provocado la introducción de reformas para fomentar la participación popular directa en la conducción de los asuntos públicos, sin la intermediación o mediación de partidos o de asambleas. De allí las reformas que se han venido introduciendo en los regímenes democráticos contemporáneos, para consagrar vías de democracia directa, en ejercicio del derecho a la participación³¹⁴.

313 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83 (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 394.

314 Véase, en general, sobre la democracia participativa en la Constitución de 1999, Manuel Feo La Cruz, “La participación de la sociedad civil en el proceso de gestión pública. Retos y desafíos”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor*

En este esquema es que se inserta el agregado del artículo 5° de la Constitución, comparativamente con la tradición constitucional venezolana que reducía el ejercicio de la soberanía al concepto de representación, en el sentido de que la soberanía también la puede ejercer el pueblo “directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la Ley”, regulándose a la vez, el derecho de participar en los asuntos públicos “directamente” (art. 62).

La Sala Electoral del Tribunal Supremo, en sentencia N° 170 del 22 de diciembre de 2000 (Caso: *Club Social Loyalina vs. Consejo Nacional Electoral*), ha señalado que la Constitución:

Plantea un nuevo marco conceptual y teleológico en materia de participación política del ciudadano en los asuntos públicos. Es así que, los artículos 5 y 6 de la Carta Fundamental, consagran un nuevo modelo de democracia participativa, evolucionando de la clásica concepción de la democracia representativa, limitada al ejercicio de la soberanía popular únicamente por medio de la elección periódica de representantes. Por el contrario, la novel Carta Magna establece que la soberanía se ejerce directamente en la forma prevista en la Constitución y en las leyes, e indirectamente mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. En consonancia con tales principios, el texto constitucional dedica una serie de normas a la consagración y regulación de las pautas fundamentales de novedosos mecanismos en el ordenamiento jurídico venezolano que permiten la participación política del soberano en los asuntos que le conciernen, mecanismos que enumera el artículo 70 de la Constitución, entre los cuales se encuentra el referendo, en sus distintas modalidades: revocatorio, abrogatorio, consultivo y aprobatorio. De igual manera, se prevé la participación soberana en el ejercicio de los mecanismos de enmienda y reforma constitucional, así como en la iniciativa de convocatoria en la Asamblea Nacional Constituyente³¹⁵.

Allan R. Brewer-Carias, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 415-429; Yusby S. Méndez-Apolinar, “La obligación ciudadana de participar en los asuntos públicos, como expresión de la cultura democrática”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carias*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 431-437; María L. Álvarez Chamosa; Paola A. A. Yrady, “La desobediencia civil como mecanismo de participación ciudadana”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7 (enero-junio). Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 7-21; Ana P. Deniz, “La participación ciudadana en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7 (enero-junio). Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 115-124; Fernando Flores Jiménez, “La participación ciudadana en la Constitución venezolana de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (julio-diciembre). Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 75-88; Allan R. Brewer-Carias. *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, op. cit., pp. 48 y ss., 137 y ss; Luis Salamanca, “La Constitución venezolana de 1999: de la representación a la hiperparticipación ciudadana”, en *Revista de Derecho Público*, N° 82 (abril-junio). Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 85-105; Humberto Njaim, “Las implicaciones de la democracia participativa: un tema constitucional de nuestro tiempo”, en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Editorial Ex Libris, Caracas, 2000, pp. 719-742; Ángel Alegre Martínez, “Cultura de Derechos, Deberes y Participación”, en *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 5, Caracas, 2002, pp. 1 a 17; y Ricardo Combellas, “La democracia participativa y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, en *Derecho Constitucional. General y Particular. Actualizado con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 24-03-2000*, Tomo I, Universidad Santa María, Caracas, pp. 279-305.

315 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 168.

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 23 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 71 de la Constitución*) señaló sobre el principio de participación que informa a la estructura y la actuación del Estado y sirve al objetivo de legitimar al poder, que es además un derecho fundamental de carácter político “pues considera al individuo en tanto que miembro de una comunidad política determinada, con miras a tomar parte en la formación de una decisión pública o de la voluntad de las instituciones públicas”, el cual influye en otros derechos políticos establecidos en la Constitución como los derechos al sufragio (art. 63), de petición (art. 51), de acceso a cargos públicos (art. 62), de asociación política (art. 67), de manifestación (art. 68), y a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública (art. 143), así como también opera en derechos sociales, como el derecho a la salud (art. 84); derechos educativos (art. 102) y derechos ambientales (art. 127, primer aparte)³¹⁶.

En cuanto a las formas de participación, por lo demás, se enumeran en el artículo 70 de la Constitución, al describirse los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, así:

...en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante....

4. *El sistema democrático de Gobierno*

La consecuencia de la regulación constitucional del principio de la soberanía del pueblo y de la representatividad política, es la previsión del artículo 6 de la Constitución, equivalente al artículo 3° de la Constitución de 1961, que dispone que:

El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las demás entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.

De la norma se destaca, ante todo, la precisión de que la forma democrática del sistema de gobierno³¹⁷ no sólo se impone a la República, sino a las “entidades políticas” que la componen conforme al principio de la distribución territorial del Poder, es decir, a los Estados y Municipios (art. 136).

Por otra parte, se destaca la eliminación, en relación con la tradición constitucional precedente, del calificativo “representativo” del gobierno, más por el prurito de insistir en el concepto de democracia “participativa” que por desconocer el concepto de representatividad que se consagra expresamente en el artículo anterior (art.

316 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, (En prensa).

317 Véase en general, Julio C. Fernández Toro, “El nuevo paradigma del ejercicio del gobierno, (el sistema de gobierno en la Constitución de 1999)”, 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 II, pp. 77-182; y Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 192 y ss.

5) como antes hemos señalado³¹⁸. En lugar de gobierno “representativo”, sin embargo, se agregó el concepto de gobierno “electivo” lo que en definitiva es lo mismo, ya que el artículo 5º precisa que la soberanía se ejerce por el pueblo “mediante el sufragio” para elegir los titulares de los órganos del poder público, que son sus representantes.

La norma agrega, además, el calificativo de “participativo”, para hacer énfasis en las formas de participación política en el gobierno (art. 70), lo que es concreción del derecho de participar libremente en los asuntos públicos que tienen todos los ciudadanos, “directamente o por medio de representantes elegidos” (art. 62).

Entre los calificativos del sistema de gobierno se destaca, además, el carácter “descentralizado”, lo que deriva de la forma de Federación Descentralizada del Estado (art. 4); y el carácter “alternativo” del Gobierno, esencia de la democracia, al establecerse períodos constitucionales de determinados años para los cargos electivos de Presidente de la República (6 años, art. 230), a Diputados a la Asamblea Nacional (5 años, art. 192), de miembros de los Consejos Legislativos Estadales (4 años, art. 162), de Gobernador (4 años, art. 160) y de Alcaldes (4 años, art. 174). En la Constitución, sin embargo, se estableció el principio de la reelección inmediata de los cargos mencionados, por lo que para garantizar la alternabilidad del gobierno se reguló el referendo revocatorio del mandato (art. 72), aún cuando de difícil materialización. De allí el calificativo del gobierno que se agrega a la norma del artículo 6, de que es “de mandatos revocables”.

Este carácter “alternativo” del gobierno democrático ha sido destacado por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 51 de 18 de marzo de 2000 (Caso: *Federación Venezolana de Maestros (FVM) vs. Consejo Nacional Electoral*), en la siguiente forma:

A este respecto, es necesario tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico desde su Constitución de 1830, ha erigido como principio general y presupuesto democrático, la “alternabilidad”, es decir el ejercicio sucesivo de un cargo por personas distintas, pertenezcan o no a un mismo partido.

En este contexto, el término “reelección”, alude a la posibilidad de que un funcionario sometido a elección pública, cuyo ejercicio se encuentre sujeto a un período previamente determinado o renovación periódica, pueda ser nuevamente postulado y electo una o más veces a la misma posición de Derecho (Cfr. Nohlen, Dieter, “La Reelección”, en VVAA, *Tratado Electoral Comparado de América Latina*, Fondo de Cultura Económica y otros, México 1998, pp. 140 y ss.)

Este calificado “derecho” de reelección, aunque justificado como un mecanismo de extensión del buen gobierno, podría desvirtuarse y convertirse en una grave amenaza para la democracia: las ansias de perpetuación en el poder (continuismo), así como la evidente ventaja en los procesos electorales de quien ocupa el cargo y a su vez es candidato a ocupar el mismo, han producido tanto en Venezuela como en el resto de Hispanoamérica un profundo rechazo a la figura de la reelección. En el caso de la designación del Presidente de la República o el funcionario equivalente, esta desaprobación se ha traducido en rigurosas previsiones constitucionales, así, por ejemplo, en las Constituciones venezolanas de 1830, 1858, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1945 y

318 Véase sobre esta norma nuestras propuestas en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *cit.*, p. 23; y nuestro Voto Salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, p. 252.

1947, se prohibía la reelección inmediata o para el período constitucional inmediatamente siguiente; la Constitución de 1961 prohibía la reelección hasta por diez años o dos períodos constitucionales después de la terminación del mandato, y actualmente, la Constitución de 1999, optando por una modalidad distinta para resguardar la alternabilidad, establece en su artículo 230: "...El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido, de inmediato y por una sola vez, para un período adicional". Es de resaltar que aunque su formulación rompa con la tradición, las limitaciones a la reelección previstas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ("...de inmediato y por una sola vez..."), ponen freno a las distorsiones que siempre han preocupado a nuestra democracia: el continuismo y el ventajismo electoral.

En este mismo sentido, la convocatoria a referendo sindical contenida en Resolución del Consejo Nacional Electoral, número 001115-1979 del 15 de noviembre de 2000, publicada en *Gaceta Oficial* número 37.081 del 20 de noviembre de 2000 y que en referendo celebrado el 3 de diciembre de 2000, resultara favorecida la opción "Sí", se preguntaba: ¿Está usted de acuerdo con la renovación de la dirigencia sindical, en los próximos 180 días, bajo Estatuto Especial elaborado por el Poder Electoral, conforme a los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta, consagrados en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que se suspenda durante ese lapso en sus funciones los directivos de las Centrales, Federaciones y Confederaciones Sindicales establecidas en el país? (Énfasis añadido). Resulta entonces claro que la tradicional preocupación democrática, tan evidente en la figura Presidente de la República, se extiende ahora a las asociaciones sindicales, organizaciones de la sociedad en las que resulta imperativo -tanto en la teoría como en la práctica- democratizar, y con ello, la alternancia en los cargos de dirección a través de elecciones libres.

El intento de armonizar el principio de alternabilidad de los cargos de elección pública y las ventajas prácticas de la posibilidad de reelección, han producido, por una parte, fórmulas como las ya mencionadas prohibiciones de reelegirse inmediatamente, aunque ello no impida posteriores reelecciones y, por la otra, la posibilidad de reelegirse inmediatamente, pero sólo una o dos veces más. Asimismo se aceptan combinaciones de las dos anteriores: reelegirse inmediatamente con posibilidades de una nueva elección después de transcurrido cierto tiempo, y, la no reelección inmediata con una única posibilidad de reelegirse una o dos veces más. En todo caso corresponderá al órgano legislativo correspondiente, escoger la fórmula más conveniente³¹⁹.

Por último, además del calificativo de gobierno "responsable" que es parte de la tradición constitucional y que se refuerza con las normas de los artículos 139, 140, 255 y 259 de la Constitución que consagran la responsabilidad de los funcionarios y del propio Estado por los daños y perjuicios que causen; se agrega en la norma el calificativo de gobierno "pluralista" lo que hace énfasis en un principio esencial de la democracia, contrario al exclusivismo en el ejercicio del Poder. Es decir, el sistema de gobierno que regula la Constitución debe tender a asegurar el pluralismo político, lo que debe asegurarse con el ejercicio efectivo del derecho a la participación en los asuntos públicos que tiene todo ciudadano (art. 62).

319 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, (En prensa).

5. *La sujeción de los órganos estatales a la soberanía popular*

Por último, debe destacarse que el artículo 5° de la Constitución, al consagrar el principio de la soberanía popular precisa, en su aparte único que:

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

Esto significa, de nuevo, la ratificación del carácter intransferible de la soberanía, en el sentido de que los órganos del Estado emanan de ella y a ella están sometidos, y en ningún caso, pueden sustituirse a ella ni sustituirla.

VI. EL ESTATUTO DE LAS PERSONAS Y DE LOS CIUDADANOS

Para que exista un Estado no sólo es necesario un territorio con un sistema de organización política, sino por sobre todo un pueblo asentado en el mismo, compuesto por personas con derechos y obligaciones. Por tanto, como uno de los elementos fundamentales de la organización política del Estado, está el estatuto de las personas y de los ciudadanos, a quienes corresponde el ejercicio de los derechos políticos.

Las personas, en cualquier Estado, se dividen en general en extranjeros y nacionales, es decir, en personas que no tienen vínculo jurídico esencial con el Estado y las que si lo tienen. Por ello, el artículo 45 de la Constitución de 1961 establecía que “Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los venezolanos, con las limitaciones o excepciones establecidas por esta Constitución y las leyes”. Esta norma, sin embargo, desapareció del texto constitucional y nada se establece en la Constitución de 1999. No obstante, es evidente que el principio sigue rigiendo en la forma expresada, derivada del derecho fundamental a la igualdad ante la ley (art. 21) y de la regulación expresa de la nacionalidad y ciudadanía, lo que por exclusión permite construir el régimen de los extranjeros.

1. *El régimen de la nacionalidad*

A pesar de las propuestas por modernizar el régimen de la nacionalidad³²⁰, en la Constitución 1999 no se avanzó mayormente en cuanto a la regulación del *jus soli* y del *jus sanguinis* como elementos determinantes de la nacionalidad, en relación con el régimen de la Constitución de 1961, los cuales en general, siguen teniendo una consagración de carácter absoluto³²¹.

320 Véase nuestra propuesta presentada por la Comisión de Nacionalidad y Ciudadanía de la Asamblea, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 45 a 74.

321 Véase sobre el tema Allan R. Brewer-Carías, *El régimen jurídico administrativa de la Nacionalidad y Ciudadanía Venezolana*, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1965. Allan R. Brewer-Carías, *Derechos y Garantías Constitucionales*, Tomo IV, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp. 19 a 42; y en relación con la Constitución de 1999: Véase Juan De Stefano, “El principio de la nacionalidad”, en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I. Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 593-608; Eugenio Hernández Bretón, “Nacionalidad, ciudadanía y extranjería en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Público*, N° 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana.

A. *La nacionalidad venezolana originaria o por nacimiento*

En el mismo sentido que lo regulado en el artículo 35 de la Constitución de 1961, el artículo 32 de la Constitución de 1999 establece que son venezolanos por nacimiento:

1. Toda persona nacida en territorio de la República.
2. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano y madre venezolana por nacimiento.
3. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezcan su residencia en el territorio de la República o declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.
4. Toda persona nacida en territorio extranjero de padre venezolano por naturalización o madre venezolana 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.

De esta norma, por supuesto, se deduce la permanencia del elemento del *jus soli* absoluto, en el sentido de que basta con nacer en el territorio nacional, así sea por accidente y sin que se establezca jamás algún vínculo con la Nación, para ser venezolano por nacimiento. No se tomaron en cuenta, por lo demás, los graves problemas migratorios que se han desarrollado en las últimas décadas, de latinoamericanos indocumentados, que están afectando el concepto mismo de nacionalidad venezolana³²².

Por otra parte, también permanece el carácter absoluto del *jus sanguinis* en cuanto a los hijos de padre y madre venezolanos por nacimiento nacidos en el extranjero, que son venezolanos por nacimiento, así no establezcan jamás vínculo alguno con la Nación.

B. *La nacionalidad venezolana derivada o por naturalización*

En cuanto a la regulación de la nacionalidad venezolana por naturalización, el régimen de la Constitución de 1999 sigue la orientación de las normas de la Constitución de 1961, con algunas modificaciones en cuanto a la exigencia constitucional de al menos 10 años de residencia para obtener la carta de naturaleza; en cuanto al vínculo de la naturalización derivado del matrimonio, que ahora no sólo beneficia a la extranjera casada con venezolano sino también al extranjero casado con venezolana, aún cuando con el agregado de un número de años de matrimonio para restringir las posibilidades de fraude a la Constitución; y en cuanto a las facilidades especiales para los naturales de países latinoamericanos y del Caribe y de España, Portugal e Italia, respecto de los cuales se reduce el término de residencia para la obtención de la carta de naturaleza.

ana, Caracas, 2000, pp. 47-59; y Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 74 y ss.

322 Véase nuestro voto salvado sobre la norma indicada en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 132 a 144.

En esta forma, el artículo 33 considera que son venezolanos por naturalización:

1. Los extranjeros o extranjeras que obtengan carta de naturaleza. A tal fin deberán tener domicilio en Venezuela con residencia ininterrumpida de, por lo menos, diez años, inmediatamente anteriores a la fecha de la respectiva solicitud.
2. El tiempo de residencia se reducirá a cinco años en el caso de aquellos y aquellas que tuvieren la nacionalidad originaria de España, Portugal, Italia, países latinoamericanos y del Caribe.
3. Los extranjeros o extranjeras que contraigan matrimonio con venezolano o venezolana desde que declaren su voluntad de serlo, transcurridos por lo menos cinco años a partir de la fecha del matrimonio.
4. Los extranjeros o extranjeras menores de edad para la fecha de la naturalización del padre o de la madre que ejerza sobre ellos la patria potestad, siempre que declaren su voluntad de ser venezolanos o venezolanas antes de cumplir los veintinueve años de edad y hayan residido en Venezuela, ininterrumpidamente, durante los cinco años anteriores a dicha declaración.

C. *El principio de la doble nacionalidad*

Otra innovación constitucional del régimen de la nacionalidad, es el de la admisión de la doble nacionalidad, es decir, que los venezolanos, sea por nacimiento o por naturalización, puedan tener otra nacionalidad sin perder la venezolana³²³.

Este principio, consagrado en el artículo 34 al prescribir que “la nacionalidad venezolana no se pierde al optar o adquirir otra nacionalidad”, cambia radicalmente el régimen anterior, conforme al cual, de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución de 1961, la nacionalidad venezolana se perdía por opción o adquisición voluntaria de otra nacionalidad.

De acuerdo con el espíritu y propósito del nuevo régimen, por supuesto que para que se otorgue la nacionalidad venezolana mediante carta de naturaleza no podría exigirse al interesado que renuncie a su nacionalidad de origen, la cual en lo que concierne a Venezuela puede conservarla conforme al régimen de la misma en el país de origen. Sobre esto debe señalarse, por último, que al avance constitucional al permitir la posibilidad de los venezolanos de tener doble nacionalidad, se restringe en cuanto al ejercicio de cargos públicos al exigir la Constitución no sólo la nacionalidad originaria, sino como única nacionalidad (art. 41).

D. *La pérdida y renuncia de la nacionalidad*

a. *La pérdida de la nacionalidad*

En cuanto a la pérdida de la nacionalidad por acto no voluntario de la persona, es decir, por acto del Estado, no se admite que los venezolanos por nacimiento puedan ser privados de su nacionalidad originaria en forma alguna (art. 35). Por tanto, no puede el Estado revocar la nacionalidad venezolana por nacimiento.

323 Véase nuestro voto salvado en relación con la redacción original de esta norma en Allan R. Brewer-Carías, *Idem*, p. 254.

Sin embargo, en cuanto a la nacionalidad venezolana por naturalización, el artículo 35 de la Constitución prescribe que puede ser revocada, pero solo mediante sentencia judicial, de acuerdo con la Ley. Se excluye, por tanto, toda posibilidad de revocación de la Carta de Naturalización por acto administrativo o de gobierno.

b. *La renuncia y recuperación de la nacionalidad*

Conforme al artículo 36, se puede renunciar a la nacionalidad venezolana, tanto por nacimiento como por naturalización.

Ahora bien, quien renuncie a la nacionalidad venezolana por nacimiento puede recuperarla, pero siempre que se domicilie en el territorio de la República por un lapso no menor de dos años y manifieste su voluntad de recuperar la nacionalidad. En cuanto a los venezolanos por naturalización que renuncien a la nacionalidad venezolana también pueden recuperarla pero cumpliendo nuevamente con los requisitos exigidos en el artículo 33 de la Constitución, para la obtención de la carta de naturaleza.

c. *El régimen legal de la nacionalidad*

El régimen legal de la nacionalidad debe regularse en una legislación especial, la cual nunca se dictó en desarrollo de la Constitución de 1961, y además puede ser objeto de Tratados Internacionales.

En tal sentido, el artículo 37 establece que el Estado promoverá la celebración de tratados internacionales en materia de nacionalidad, especialmente con los Estados fronterizos y, en general, con los latinoamericanos, del Caribe, España, Portugal e Italia (art. 33, ord. 2).

Por su parte, en la misma orientación del artículo 41 de la Constitución de 1961, el artículo 38 de la Constitución de 1999, remite a la ley para que dicte de conformidad con las disposiciones de la Constitución, las normas sustantivas y procesales relacionadas con la adquisición, opción, renuncia y recuperación de la nacionalidad venezolana, así como con la revocación y nulidad de la naturalización.

2. *El régimen de la ciudadanía*

A. *El ciudadano*

La ciudadanía es el vínculo político que se establece entre una persona y el Estado, que le permite participar en el sistema político. Por ello, el ciudadano es esencialmente el venezolano³²⁴.

324 Véase en general, sobre la ciudadanía, Eugenio Hernández Bretón, "Nacionalidad, ciudadanía y extranjería en la Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Público*, N° 81 (enero-marzo). Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 47-59; Enrique Argullol Murgadas, "El status constitucional del ciudadano y la relación jurídico-administrativa", 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. 1384-1392.

De allí lo indicado en el artículo 39 de la Constitución, cuyo texto es una innovación en relación a lo que establecía la Constitución de 1961³²⁵, así:

Los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución, ejercen la ciudadanía y, en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos de acuerdo con esta Constitución.

La condición de ciudadano, por tanto corresponde a los venezolanos hábiles en derecho, no sujetos a interdicción civil ni a inhabilitación política (como pena accesoria a la pena principal en el campo penal) y, por supuesto, en las condiciones de edad previstas en la Constitución, que no son uniformes. Por ejemplo, para ejercer el derecho al sufragio basta ser mayor de 18 años (art. 64), pero para ser Gobernador se requiere ser mayor de 25 años (art. 160), para ser Diputado a la Asamblea Nacional y legislador estatal se requiere ser mayor de 21 años (arts. 188 y 162), para ser Alcalde se requiere ser mayor de 25 años (art. 174), para ser Presidente y Vicepresidente de la República se requiere ser mayor de 30 años (arts. 227 y 238), al igual que para ser Defensor del Pueblo (art. 280) y Contralor General de la República (art. 288); y para ser Ministro se requiere ser mayor de 25 años (art. 244).

Asimismo, en cuanto a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 263), al Procurador General de la República (art. 249) y al Fiscal General de la República (art. 284) la Constitución exige, al menos tener 35 años, lo que deriva de las condiciones que regula para ejercer dichos cargos.

B. *Los derechos políticos y los ciudadanos*

a. *El régimen general*

La consecuencia de regular expresamente en la Constitución a la ciudadanía, es la reserva que hace el artículo 40, de los derechos políticos como privativos de los venezolanos, salvo las excepciones establecidas en la Constitución; las cuales se refieren sólo a la posibilidad, para los extranjeros, de votar en las elecciones locales (art. 64).

b. *La igualdad entre venezolanos por nacimiento y naturalización*

Del artículo 40 también deriva el principio constitucional de la igualdad entre venezolanos por nacimiento y venezolanos por naturalización en cuanto al ejercicio de los derechos políticos, "con las excepciones establecidas en la Constitución".

c. *Las excepciones*

Estas excepciones, en general, se establecen en el artículo 41 que dispone que sólo los venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad, podrán ejercer los

325 Véase nuestra propuesta en este sentido, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 64 y ss. Véase nuestro voto salvado en la primera discusión, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, p. 145.

cargos de Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Presidente y Vicepresidentes de la Asamblea Nacional, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la República, Contralor General de la República, Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo, Ministros de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas, educación; Gobernadores y Alcaldes de los Estados y Municipios fronterizos y aquellos contemplados en la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional.

Por otra parte, para ejercer los cargos de Diputado a la Asamblea Nacional, Ministro, Gobernadores y Alcaldes de Estados y Municipios no fronterizos, la Constitución exige que los venezolanos por naturalización deben tener domicilio con residencia ininterrumpida en Venezuela no menor de quince años y cumplir los requisitos de aptitud previstos en la ley (art. 41).

En cuanto a la interpretación del artículo 41 de la Constitución, la Sala en sentencia N° 2394 del 28 de agosto de 2003 ha destacado que la Constitución de 1999,

Como una novedad en la historia constitucional patria, permite a los venezolanos por naturalización optar para ser elegidos para el cargo de gobernador de algún Estado, siempre y cuando de manera concurrente cumplan con los requisitos de permanencia en el país y que se trate de un Estado no fronterizo, y por otra parte, la Constitución de 1999, como otra importante novedad, asimila los venezolanos por naturalización a los venezolanos por nacimiento, en cuanto a los derechos políticos, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en el único aparte del artículo 40 Constitucional...

El artículo 41 de la Constitución de 1999 limita el derecho sólo a los venezolanos por nacimiento para optar a ser elegidos para el cargo de gobernador de algún estado fronterizo, con lo cual se excluyen a los venezolanos por naturalización.

Sin embargo, el único aparte del artículo 40 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece (al igual que el segundo aparte del artículo 45 de la Constitución de 1961) un importante avance en materia de igualdad entre los derechos de los venezolanos por nacimiento y por naturalización, al permitir a éstos últimos asimilarlos a los primeros en cuanto sus derechos políticos, ya que reconoce el derecho para optar a ser elegido y desempeñar cualquiera de los cargos aludidos en el artículo 41 *eiusdem*³²⁶.

Ahora bien, en relación con el artículo 41, la duda se plantea al momento de precisar el alcance e inteligencia del concepto de “estado fronterizo”, por lo que la Sala al constatar que “el concepto de frontera, incluye en el vigente ordenamiento jurídico un tratamiento que abarca aspectos espaciales y de seguridad y defensa de la nación, que no pueden ser tratados de manera separada” y que la Constitución no distingue “entre fronteras naturales como las terrestres, insulares, lacustres y marítimas y las fronteras artificiales, entre las que se podrían encontrar los puentes, señales u otra de creación humana; por el contrario, se amplía el concepto de frontera dentro del marco espacial y de seguridad y defensa de la nación”, concluyó estableciendo la siguiente interpretación sobre la mencionada norma constitucional:

326 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003 (En prensa).

- 1) Los venezolanos por nacimiento podrán optar a ser elegidos para el cargo de gobernador de cualquier estado del país.
- 2) Los venezolanos por naturalización sólo pueden optar a ser elegidos para ejercer el cargo de gobernador de algún estado no fronterizo, cuando tengan residencia ininterrumpida en Venezuela no menor de quince años y cumplir los requisitos de aptitud previstos en la ley.
- 3) La expresión “estado fronterizo” a que alude el artículo 41 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, abarca en el ámbito espacial, tanto las fronteras naturales como las artificiales, por lo que los venezolanos por naturalización no podrían optar y ser elegidos para ejercer los cargos referidos en dicho articulado, respecto a cualquiera de los estados fronterizos, salvo la excepción contenida en el único aparte del artículo 40 del Texto Fundamental.
- 4) Los venezolanos por naturalización pueden optar a ser elegidos y ejercer el cargo de gobernador de estados fronterizos o no fronterizos, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el único aparte del artículo 40 Constitucional, supra transcrito, pues sus derechos políticos han sido asimilados ope legis a los reconocidos a los venezolanos por nacimiento.

d. *La equiparación absoluta en cuanto a los venezolanos*

Como se ha dicho, las excepciones antes indicadas que afectan a los venezolanos por naturalización, sin embargo, desaparecen en el supuesto regulado en el artículo 40, equivalente al artículo 45 de la Constitución de 1961, que establece que:

Gozan de los mismos derechos de los venezolanos y venezolanas por nacimiento los venezolanos y venezolanas por naturalización que hubieren ingresado al país antes de cumplir los siete años de edad y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoría.

3. *El derecho de asilo y la extradición*

Un derecho político que afecta particularmente el estatuto de las personas, es el régimen del derecho de asilo y la extradición.

A. *El derecho de asilo*

En cuanto al derecho de asilo, el artículo 69 de la Constitución dispone que “La República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio”.

En relación con esta norma, debe señalarse, por una parte, que se abandonó inexplicablemente la vinculación del derecho de asilo a la persecución política, que es el fundamento histórico y tradicional de ese derecho³²⁷. Por ello, el artículo 116 de la Constitución de 1961 disponía que:

327 Véase nuestra propuesta en la materia en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 143 a 155; y nuestro voto salvado en la primera discusión en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 158 a 162.

La República reconoce el asilo a favor de cualquier persona que sea objeto de persecución o se halle en peligro, por motivos políticos, en las condiciones y con los requisitos establecidos por las leyes y las normas del derecho internacional.

Ahora, conforme al artículo 69 de la Constitución de 1999, el asilo quedó consagrado sin referencia alguna a la persecución por motivos políticos o por la comisión de delitos comunes conexos con delitos políticos, lo que podría abrir la vía al otorgamiento del asilo por cualquier causa. Sin embargo, la ubicación de la norma en el capítulo de los derechos políticos, como lo propusimos formalmente³²⁸ la vincula con el tema político. Sobre esta materia y sobre los refugiados, en 2001 se dictó la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas (Ley N° 34)³²⁹.

B. *El tema de los refugiados*

Por otra parte, destaca del artículo 69 la consagración del “derecho de refugio” que deriva de la norma, lo cual, en realidad, es una materia de regulación internacional más que nacional, que tiene su origen en la Convención sobre Refugiados, de la Organización de Naciones Unidas de 1951 y en el Estatuto de Refugiados derivado del Protocolo de 1967³³⁰.

C. *El régimen de la extradición*

En cuanto a la extradición, la Constitución de 1999 se limitó a establecer que “se prohíbe la extradición de venezolanos y venezolanas”.

La extradición es la acción conforme a la cual el Estado hace entrega de un individuo procesado o condenado al Estado requirente, con el propósito de evitar la impunidad. En la norma constitucional se ha previsto la prohibición absoluta de la extradición de nacionales, quedando reservada la posibilidad de extradición sólo a los extranjeros. Esto, por supuesto, se aparta de lo que es la tendencia contemporánea, que busca restringir esta proscripción absoluta, particularmente mediante acuerdos bilaterales, para evitar la impunidad, especialmente en delitos que afectan a la comunidad internacional, como el narcotráfico, terrorismo o tráfico ilegal de personas³³¹.

La previsión de la exclusión absoluta podría auspiciar la impunidad mediante la obtención fraudulenta de la nacionalidad venezolana, lo cual no sería aceptable.

Por otra parte, sobre la extradición de extranjeros, el artículo 271 de la Constitución establece que:

En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra derechos humanos.

328 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* p. 154.

329 *G.O.* N° 37.296 del 3 de octubre de 2001.

330 Véase nuestra crítica en relación con esta norma en *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, p. 153.

331 Véase nuestra posición crítica sobre la regulación en *idem*, p. 161

VII. EL SISTEMA POLÍTICO DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y PARTICIPATIVA

El sistema político que ha estado vigente en el país durante los últimos cuarenta y un años ha sido el del *Estado Centralizado de Partidos*, donde los partidos políticos asumieron el monopolio de la representatividad y de la participación. El sistema electoral de representación proporcional, en tal sentido, fue el instrumento para asegurar la representatividad exclusiva de los partidos políticos en las asambleas representativas, lo que condujo, por supuesto, a que sólo se pudiera participar en política a través de los partidos.

Ese fue el sistema político que entró en crisis en la década de los ochenta y que debía ser cambiado radicalmente con la nueva Constitución. Sin embargo, su articulado, en esta materia³³², si bien abre nuevos espacios para la participación política a través de los referendos, conserva el sistema electoral de representación proporcional como el único de rango constitucional, y con ello el riesgo de que al no cambiar el sistema electoral no cambie el sistema de partidos, que es consecuencia del anterior. El Estado de Partidos, por tanto, tiene todas las perspectivas de continuar, pero cambiando, sin embargo, unos partidos por otros.

A continuación, en todo caso, analizaremos las disposiciones más importantes de la nueva Constitución en cuanto al sistema político de democracia participativa que nominalmente se persigue³³³.

332 Véase los planteamientos que formulamos en relación con la reforma al sistema político y a los derechos políticos en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 119 a 134.

333 Véase, en general, Fernando Flores Jiménez, "La participación ciudadana en la Constitución venezolana de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 75-88; Ana P. Deniz, "La participación ciudadana en la Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7 (enero-junio). Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 115-124; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 190 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente*, *op. cit.*, pp. 284-294; Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, *op. cit.*, pp. 31 y ss., 48 y ss., y 143 y ss.; Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 70-80; Luis Salamanca, "La Constitución venezolana de 1999: de la representación a la hiper-participación ciudadana", en *Revista de Derecho Público*, N° 82 (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 85-105; Manuel Feo La Cruz, "La participación de la sociedad civil en el proceso de gestión pública. Retos y desafíos", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 415-429; Yusby S. Méndez-Apolinar, "La obligación ciudadana de participar en los asuntos públicos, como expresión de la cultura democrática", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 431-437; Govea & Bernardoni, *Las respuestas del Supremo T.S.J sobre la Constitución venezolana de 1999. 250 preguntas y sus respuestas*. Editorial La Semana Jurídica, Caracas, 2002, pp. 93-266; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 193 y ss.; Carlos E. Mourriño V., "Participación Ciudadana", en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 1-38.

1. *El derecho a la participación política*

Como se señaló, la Constitución comienza el Capítulo de los Derechos Políticos con la consagración, en el artículo 62, del derecho a la participación política de todos los ciudadanos, libremente, en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos; en la misma orientación de lo indicado en el artículo 5° de la Constitución, lo que consolida la idea de un sistema político democrático representativo y participativo³³⁴.

Declara, además, la Constitución, que la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo³³⁵; siendo obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para la práctica de la participación.

Por otra parte, el artículo 70 de la Constitución enumera como medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, por una parte, *en lo político*: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones deben ser de carácter vinculante, entre otros; y por la otra, *en lo social y económico*, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

Por supuesto, se remite a la ley el establecimiento de las condiciones para el efectivo funcionamiento de estos medios de participación.

En relación con este derecho a la participación política, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 960 de 14 de julio de 2000 (Caso: *Caja de Ahorros de los funcionarios, empleados y obreros del Consejo de la Judicatura y del Poder Judicial vs. Superintendencia de Cajas de Ahorros*), señaló que:

La participación es un elemento que dota de sentido el principio democrático y a su asentamiento constitucional, porque la Constitución lo que pretende establecer un orden social y ese orden es imposible de establecer si la comunidad y los ciudadanos no participan. En tal sentido, la actividad de las personas en cualquier proceso democrático tenemos que entenderla no desde el punto de vista individual, sino desde el punto de vista del servicio social y de la representación de los grupos de su comunidad.

La participación, conlleva a ubicar al ciudadano como centro de la actividad del Estado, donde todo ciudadano puede involucrarse en las actividades de gobierno, en la formulación, ejecución y control de políticas públicas y en decidir acerca de los asuntos que los afectan como ciudadanos o como personas que participan dentro de su comunidad o en su ámbito de acción social y profesional...

334 Véase nuestra proposición de este artículo en Allan R. Brewer Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, p. 137.

335 Véase la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia N° 86 de 1907-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 83 (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 181.

En tal sentido, debe entenderse la participación como un deber del ciudadano dentro de lo que es el planteamiento democrático, porque esencialmente el nacimiento de un derecho de ese tipo depende del ejercicio del deber como tal³³⁶.

2. *El sistema electoral y la democracia representativa*

A. *El derecho al sufragio y el sistema de escrutinio*

La Constitución regula al sufragio como un derecho (art. 63) eliminándose toda consideración del voto como un deber, como lo disponía la Constitución de 1961 (art. 110)³³⁷. De acuerdo con el criterio de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia expresado en sentencia N° 29 de 19 de febrero de 2002, (Caso: *Gustavo Pérez y otros vs. Consejo Nacional Electoral*):

La noción general del derecho al sufragio alude a la libertad de participar en un proceso electoral, tanto en la condición de elector (sufragio activo) como en la de candidato (sufragio pasivo). En ambas modalidades debe admitirse, además de la posibilidad de elegir y ser elegido, la opción de abstenerse de elegir o presentarse como candidato. Este concepto ha evolucionado de la concepción del sufragio como una función pública de ejercicio obligatorio (artículo 110 de la Constitución de 1961), a un mecanismo de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía (artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)³³⁸.

Este derecho al sufragio, se debe ejercer mediante votaciones libres, universales, directas y secretas, estableciendo la norma que la ley debe garantizar el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional³³⁹.

Con esto se consagran, a nivel constitucional, dos elementos del sistema electoral que deben destacarse: por una parte, la llamada “personalización del sufragio”, que no es otra cosa que la exigencia de la nominalidad, es decir, del necesario voto por nombre y apellido, sea que el escrutinio sea uninominal, en cuyo caso, no puede ser de otra forma que nominal o personificado, pues se vota por una persona; sea que el escrutinio sea plurinominal, es decir, por listas en una misma circunscripción, donde se elige a varias personas en forma nominal.

Pero por otra parte, constitucionalmente se establece que la ley debe garantizar la representación proporcional, para lo cual se requiere inexorablemente el escrutinio plurinominal, es decir, varios candidatos en una circunscripción electoral. Es

336 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83 (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 179 y ss.

337 Véase nuestra propuesta sobre el artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 125.

338 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002 (En prensa)

339 Véase Dieter Nohlen, “Diseño institucional y evaluación de los sistemas electorales”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 402-412; Pedro L. Bracho Grand, “Democracia representativa en la Constitución Nacional de 1999”, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen II, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 235-254, y Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

decir, la representación proporcional excluye la elección uninominal en la elección de asambleas representativas, lo que implica que el sistema electoral que exige garantizar la Constitución es la votación por listas, en circunscripciones plurinominales, en forma nominal.

En este aspecto, en la Constitución tampoco se atacó el otro aspecto del sistema político que requería de una reforma radical, que era la representatividad política y la participación, de manera de romper el monopolio que en esa materia han tenido los partidos políticos.

En efecto, al centralismo de Estado lo ha acompañado como parte del sistema político, el Estado de partidos, en el cual los partidos políticos han sido los únicos mecanismos de participación política y los únicos que han obtenido representantes en los órganos representativos. Ello ha estado asegurado a través del método de escrutinio plurinominal basado en la representación proporcional, el cual como se ha dicho, no sólo no se ha cambiado, sino que es el único consagrado en la Constitución (art. 63). A pesar de que se señale en el texto que debe garantizarse la personalización del voto, ello no cambia la representatividad si se sigue el método de representación proporcional, que conduce a la representación de partidos.

Es decir, este sistema, inexorablemente conduce a la representación de partidos, habiéndose rechazado en la Asamblea nuestra propuesta de perfeccionar la representatividad, mediante escrutinios uninominales, que podrían asegurar la efectiva representación de los territorios y de las comunidades en ellos asentadas, particularmente en las elecciones para Juntas Parroquiales, Concejos Municipales y Consejos Legislativos Estadales³⁴⁰.

En esta forma, el sistema electoral, constitucionalmente no sufrió cambio alguno, con lo que la representación de los partidos puede continuar dominando la escena política; lo que seguramente cambiará en realidad, son unos partidos por otros, pero no el concepto de representatividad partidaria.

Por último debe señalarse, en relación con la legislación electoral que el artículo 298 de la Constitución establece una restricción temporal en el sentido de que la ley regule los procesos electorales no puede modificarse en forma alguna en el lapso comprendido entre el día de la elección y los seis meses inmediatamente anteriores a la misma.

B. *Los electores (el derecho a elegir)*

El artículo 64 de la Constitución califica como electores a todos los venezolanos que hayan cumplido 18 años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política. Esta norma consagra “la universalidad del sufragio de los venezolanos” con las únicas excepciones señaladas³⁴¹.

340 Véase nuestra propuesta en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, p. 126; y nuestro voto salvado en relación con esta materia en Allan R. Brewer Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 157 y 257.

341 Véase sentencia N° 421 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 22-11-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 486

Este derecho a elegir implica el derecho a postular candidatos para las elecciones³⁴²; y además, el derecho de los electores a efectuar su elección con absoluta libertad y sin que medie ningún tipo de coacción, escogencia que se materializa en el hecho físico de la emisión del voto en forma secreta, lo que constituye una garantía constitucional (art. 63). Sobre ello, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 3 del 22 de enero de 2001 (Caso: *Roraima Quiñonez vs. Universidad de Carabobo*) señaló que:

Este derecho constitucional debe ser garantizado por los órganos electorales, para lo cual están obligados a emplear todos los medios legales necesarios para que en cada acto de votación se impida que el voto emitido por el elector pueda ser conocido por otras personas en contra de su voluntad, debiendo prestar la protección requerida y adoptar las medidas conducentes a evitar cualquier tipo de coacción o soborno con ocasión de la emisión de su voto que dificulte o menoscabe el ejercicio libre y legítimo del derecho de sufragio, mecanismo de expresión de la soberanía³⁴³.

La Constitución, además, expresamente atribuye a los integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad, el derecho al sufragio de conformidad con la ley. Los militares, sin embargo, no pueden participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político (art. 330). Esto, sin duda, constituye una novedad en nuestro proceso político, en el cual tradicionalmente los militares no han tenido derecho de voto. Ahora habrá que compatibilizar el deber de obediencia derivado de la jerarquía militar, con este derecho al sufragio que podría ser distorsionado mediante ordenes de los superiores³⁴⁴.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado sobre el derecho al sufragio de los militares en sentencia N° 421 de 22 de noviembre de 2000, señalando que:

Debe reiterarse una vez más, que el derecho al sufragio como mecanismo de participación política está sujeto a limitaciones constitucionales y legales que atienden a distintas causas, como son las penas accesorias, el requisito de nacionalidad, la capacidad civil, etc. Así, en el ordenamiento jurídico venezolano, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, tal como se desprende de la norma impugnada (contenida en el único aparte del artículo 7° de la Ley Orgánica del Sufragio del año 1988 y en el artículo 85 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política vigente), se establecía una limitación derivada de la condición de militar activo; limitación que tenía su fundamento en el principio consagrado en el artículo 132 de la Constitución de 1961, conforme al cual se concebía a la Fuerza Armada Nacional como una “*institución apolítica, obediente y no deliberante*”, por tal motivo, el legislador patrio, ajustado a tales preceptos constitucionales, excluyó a los militares del derecho al sufragio activo.

Ahora bien, en el debate constituyente recientemente efectuado en Venezuela, se planteó el tema de la participación política de los militares con especial atención al

342 Véase sentencia de la sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia N° 51 de 16-05-2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 146 y ss.

343 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 143.

344 Véase nuestro voto salvado sobre esta norma en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 232 y 305.

principio de igualdad entre los venezolanos, y el fruto de tal debate concluyó en la consagración en el artículo 330 del nuevo Texto Constitucional, del derecho al sufragio de los miembros activos de la Fuerza Armada Nacional...

De esta manera observa la Sala, que la disposición antes transcrita, establece de forma clara e inequívoca el derecho que tienen los integrantes activos de la Fuerza Armada Nacional a sufragar, motivo por el cual estima esta Sala, que la limitación consagrada en la Ley Orgánica de Sufragio con relación a dichos funcionarios, es contraria a lo previsto en la Constitución de 1999, en consecuencia, la norma impugnada, es decir, el aparte único del artículo 7º de la Ley Orgánica del Sufragio, publicada en la Gaceta Oficial N° 2.117 Extraordinario de fecha 24 de diciembre de 1977, hoy contenida en el artículo 85 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, cuyo contenido limitaba el ejercicio del derecho al voto por parte de los integrantes de la Fuerza Armada Nacional que se encontrasen en servicio militar activo, ha sido objeto de una inconstitucionalidad sobrevenida, por ser contraria a lo dispuesto en el artículo 330 de la Constitución de 1961³⁴⁵.

En todo caso, el derecho al sufragio corresponde a los ciudadanos, es decir, a los venezolanos mayores de 18 años no sujetos a interdicción civil ni a inhabilitación política, sean civiles o militares.

En consecuencia, en principio, los extranjeros no tienen derecho de voto. Sin embargo, el mismo artículo 64 de la Constitución regula la excepción al prescribir que el voto para las elecciones municipales, parroquiales y estatales se hará extensivo a los extranjeros que hayan cumplido 18 años de edad, no sujetos a interdicción civil o inhabilitación política, con más de 10 años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley.

Se sigue así, la misma orientación del artículo 111 de la Constitución de 1961.

C. *Los representantes electos*

a. *El derecho a ser elegido*

En el texto de la Constitución de 1999 no hay una norma que sea equivalente al artículo 112 de la Constitución de 1961 que establecía que:

Son elegibles y aptos para el desempeño de funciones públicas los electores que sepan leer y escribir, mayores de 21 años, sin más limitaciones que las establecidas en esta Constitución y las derivadas de las condiciones de aptitud que, para el ejercicio de determinados cargos exijan las leyes.

Es decir, no existe en la Constitución de 1999 una norma general que regule el derecho de los ciudadanos a ejercer cargos públicos y a ser elegidos, lo cual es una falla evidente.

En la materia, lo único que regula la Constitución, son normas restrictivas o prohibitivas. Así, en general, el artículo 65 de la Constitución establece que no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio pú-

345 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 48.

blico, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito.

Por otra parte, en cuanto a los integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad, el artículo 330, establece que a los mismos no les está permitido optar a cargos de elección popular.

b. *El derecho a postular candidatos*

De acuerdo con el artículo 67 de la Constitución la postulación para cargos elegibles puede ser hecha por iniciativa propia, o por las asociaciones políticas. Así, todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos y candidatas; derecho que, sin embargo, está limitado por razones temporales dado el principio de preclusión que caracteriza los procesos electorales³⁴⁶.

En cuanto al financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales la Constitución remite su regulación a la ley.

c. *La rendición de cuentas*

Con carácter general, el artículo 66 de la Constitución, consagra el derecho de los electores a que sus representantes rindan cuentas públicas, transparentes y periódicas sobre su gestión³⁴⁷, “de acuerdo con el programa presentado” (art. 66)³⁴⁸.

La última frase agregada a esta norma, que no propusimos, implica la exigencia constitucional indirectamente establecida, de que toda candidatura para cargo elegible debe acompañarse de un programa que ha de ser presentado al electorado. Esta exigencia, sin embargo, es de difícil cumplimiento en los casos de elecciones plurinominales de representación proporcional.

3. *El sistema de partidos políticos y de asociación política*

A. *El derecho de asociación política*

La Constitución de 1999 no estableció un derecho, como el previsto en el artículo 114 de la Constitución de 1961, de los ciudadanos a asociarse en partidos políticos. La previsión constitucional en la materia, ahora es más amplia, pues el artículo 67 regula el derecho de los ciudadanos de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección, sin siquiera utilizar la expresión “partido político”³⁴⁹. Sin embargo, se atribuye al Poder Electro-

346 Véase sentencia de la Sala electoral del Tribunal Supremo de Justicia N° 51 de 16-05-2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 146 y ss.

347 Véase nuestra propuesta sobre este artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, p. 138.

348 Véase María E. León Álvarez, “La rendición de cuentas en la gestión de los asuntos públicos en el nuevo orden constitucional venezolano”, en *Revista de Derecho Público*, N° 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 70-81.

349 Véase Roberto V. Pastor; Rubén Martínez Dalmau, “La configuración de los partidos políticos en la Constitución venezolana”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 4 (enero-

ral la función de organizar la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos y velar porque cumplan las disposiciones sobre su régimen previstas en la Constitución (art. 293,8).

Se establece así, el derecho de asociación política que puede manifestarse a través de otros instrumentos que no sean partidos políticos. El esquema de la Constitución de 1961, por tanto, puede decirse que en esta materia el texto constitucional sufrió un cambio radical, tal como lo destacó la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 71 de 23 de junio de 2000:

En efecto, entre las tendencias más notables que inspiran esta Carta Magna se encuentra la de ampliar el ámbito de participación de la sociedad civil en la gestión pública mucho más allá de los mecanismos tradicionales limitados al sufragio activo y pasivo, y también rebasando la tendencia hasta ese entonces, de encauzar toda forma de actividad política mediante los partidos políticos, debido a que resultaba notoria la pérdida progresiva de la representación de los ciudadanos que ostentaban las organizaciones políticas tradicionales durante la vigencia del sistema constitucional recientemente derogado, situación ésta que motivó la necesidad de buscar un diseño constitucional alternativo, el que quedó reflejado en una nueva concepción de la participación política en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este orden de razonamiento, cabe advertir que del Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente que recoge la sesión correspondiente al 24 de octubre de 1999, fecha en que tuvo lugar la primera discusión en plenaria de los proyectos de disposiciones presentados en relación con los Derechos Políticos, y que dieron lugar a los actuales artículos 62 y 67, se desprende claramente la intención de superar el esquema de la llamada "partidocracia", pasando de una democracia representativa a una participativa y protagónica, cuando los Constituyentes señalan por ejemplo que: "...La esencia de esta Constituyente se transforma cuando asumimos que el ciudadano y la ciudadana tengan la libre participación y decisión en el hecho político. La estructura de la participación política en Venezuela fue reducida a un pequeño circuito de partidos que deslegitimaron la voluntad popular...". Esta idea también está presente en la Exposición de Motivos del nuevo texto constitucional, en la cual se señala, refiriéndose a la nueva concepción que inspira la normativa correspondiente a los derechos políticos: "...Esta regulación responde a una sentida aspiración de la sociedad civil organizada que pugna por cambiar la cultura política generada por tantas décadas de paternalismo estatal y del dominio de las cúpulas partidistas que mediatizaron el desarrollo de los valores democráticos. De esta manera, la participación no queda limitada a los procesos electorales, ya que se reconoce la necesidad de la intención 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..."³⁵⁰.

El cambio, incluso, condujo a la denominada despartidización de los organismos electorales, tal como lo destacó la Sala Constitucional en la misma sentencia antes citada:

Atendiendo a los postulados ideológicos que inspiraron la nueva concepción de la participación ciudadana, la novísima Ley Fundamental contempló una serie de reglas or-

julio), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 375-389.

350 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82 (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 236 y ss.

ganizativas y funcionales para los órganos del Poder Electoral, entre ellas, la despartidización de los mismos. Y no podía ser de otra manera, ya que el esquema del “equilibrio” o del juego de contrapesos entre las diversas organizaciones políticas, mediante el cual pretendía el sistema constitucional de 1961 garantizar la autonomía e imparcialidad de los órganos electorales, respondía a la anterior tesis acerca de la participación ciudadana materializada fundamentalmente a través de la mediación de las organizaciones políticas. Luego, habiendo cambiado ese esquema, necesariamente debía cambiar también el basamento orgánico y organizativo de los órganos encargados de ejercer la función electoral. Y a tal fin se le dio rango constitucional a dos nuevos Poderes, el Ciudadano (Capítulo IV del Título V) y el Electoral (Capítulo V del mismo Título), evolucionando entonces de la mera existencia de “órganos con autonomía funcional”, a verdaderas ramas del Poder Público, que lógicamente no pueden considerarse como expresión de las organizaciones políticas existentes en un momento dado, sino como la concreción, bajo la investidura de la potestad pública, de la voluntad popular en las funciones de control y electoral, respectivamente.

Sin embargo, es necesario subrayar que esta nueva tesis constitucional sobre los mecanismos de participación ciudadana, así como la consagración de la despartidización del Poder Electoral, no comporta la necesaria exclusión de todo tipo de mecanismo de participación de los partidos políticos en el proceso electoral, como expresó esta Sala en la aludida sentencia dictada en el procedimiento de Amparo Constitucional intentado conjuntamente con el presente recurso de nulidad, sino que conduce a la instauración de un nuevo balance en la relación Elektorado-Partidos Políticos-Poder Electoral. No se trata pues, de establecer un antagonismo entre los elementos de esta relación, sino de extender el ámbito de participación ciudadana, que en los últimos años estuvo monopolizado por los partidos políticos, mediante el establecimiento de diversas modalidades -no exclusivas ni excluyentes- que permitan al ciudadano participar efectivamente en la gestión pública de diversas maneras. Por ello se establecen como medios de participación política, además del sufragio activo y pasivo, una serie de mecanismos, algunos ya ensayados en el ordenamiento jurídico venezolano, y otros novedosos (consulta popular, revocación del mandato, las iniciativas legislativas ampliadas con relación a la Constitución de 1961, así como las iniciativas constitucional y constituyente, el cabildo abierto, etc)³⁵¹.

B. *La democracia interna*

La Constitución establece que, en todo caso, las asociaciones políticas deben seguir métodos democráticos no sólo en su organización sino en su funcionamiento y dirección. Para asegurar su democratización interna, el artículo 67 de la Constitución precisa que tanto la designación de los titulares de sus órganos de dirección como los candidatos de los partidos y asociaciones políticas a los diversos cargos de elección popular, deben ser seleccionados en elecciones internas con la participación de sus integrantes.

En tal sentido, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 38 del 28 de abril de 2000 (Caso: *Arsenio Henríquez y otro vs. Movimiento al Socialismo (MAS)*), estableció el siguiente criterio:

351 *Idem*, pp.238 y ss. Véase asimismo, la sentencia de la Sala Electoral N° 10 de 25-02-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 170 y ss.

En tal sentido, se observa que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela orientada por uno de los principios que la informan, como lo es la participación protagónica de los ciudadanos en los asuntos públicos, consagró el derecho a la asociación en organizaciones con fines políticos, cuya estructura debe garantizar métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. A tal fin las organizaciones políticas que se crearen deberán incluir en su ordenamiento interno aquellas normas que desarrollen y garanticen el cumplimiento de este mandato, de igual modo, las ya existentes, tienen el deber ineludible de adaptar sus reglamentos y estatutos a esta exigencia constitucional, en caso de que los dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, no garanticen el derecho constitucional referido, y la participación de sus integrantes en su organización y funcionamiento. Ello, con el apoyo del recién creado Poder Electoral que tiene a su cargo, por mandato constitucional, garantizar la participación de los ciudadanos, a través de procesos comiciales transparentes, imparciales, eficientes y confiables, que se celebren, entre otros, en las mismas organizaciones con fines políticos.

Los partidos políticos han de tener, entonces, necesariamente un carácter democrático, la actividad del partido en todo momento debe garantizar, preservar y desarrollar los principios democráticos contenidos en la Constitución, desechando cualquier conducta o práctica que distorsione el carácter democrático exigido por ella, debiendo abstenerse de cualquier método que vulnere las formas establecidas para acceder, ejercer y participar en el sistema político venezolano. Tales principios deben estar garantizados en su seno, es decir, dichas, organizaciones deben asegurar a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del partido.

Así pues, en atención al derecho consagrado en el artículo 67 de la Constitución y, con el objeto de respetar los principios democráticos y dar cumplimiento a lo dispuesto en el referido artículo, en cuanto a que los “*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*”, los partidos políticos pueden dictar la normativa pertinente que regule esa forma de elección. El nuevo esquema impone a estos organismos, en el ejercicio de tal facultad, el recato y prudencia necesaria que garantice que la voluntad de sus respectivos colectivos se exprese en forma diáfana, evitando con ello la tentación de convertirse en instrumentos confiscatorios de la expresión o voluntad popular, en consecuencia, los candidatos deben ser seleccionados de conformidad con el proceso electoral interno instaurado en el que participen sus integrantes³⁵².

En todo caso, a fin de garantizar la organización interna democrática de los partidos políticos, el artículo 293, ordinal 6 de la Constitución ha atribuido al Poder Electoral la función de organizar las elecciones de las organizaciones con fines políticos en los términos que señale la Ley.

C. *El financiamiento de las asociaciones políticas*

El artículo 67 de la Constitución, expresamente prohíbe el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado. Se cambió así, radicalmente, el régimen de financiamiento a los partidos políticos previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, mediante el cual se buscaba mayor equilibrio y equidad para la participación electoral, evitando los desequili-

352 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82 (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 333 y ss.

brios y perversiones que podría producir el solo financiamiento privado, por el narcofinanciamiento, por ejemplo, y el eventual financiamiento público indirecto sólo para los partidos de gobierno³⁵³. Se abandonó así, la tendencia inversa que predomina en el derecho comparado.

En todo caso, el mismo artículo 67 de la Constitución remite a la Ley para regular lo concerniente al financiamiento y las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Así mismo la ley debe regular las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos, propendiendo a su democratización.

D. *Las incompatibilidades en materia de contratación pública*

El artículo 67 de la Constitución establece, expresamente que las direcciones de las asociaciones con fines políticos no pueden contratar con entidades del sector público.

4. *El derecho de manifestar*

Todos los ciudadanos tienen derecho a manifestar, pacíficamente y sin armas, sin otros requisitos que los que establezca la ley. Así lo dispone el artículo 68 de la Constitución, con el agregado de la prohibición del uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas, remitiendo a la ley la regulación de la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público.

5. *El sistema de referendos y la democracia directa*

Como se señaló, tanto el artículo 5° como el 62 de la Constitución prevén el ejercicio del sufragio y del derecho a la participación política mediante la elección de representantes o en forma directa, a través de los mecanismos previstos en la Constitución y en la Ley, en particular, además de los previstos en el artículo 70, mediante los referendos que son de 4 tipos en la Constitución: el referendo consultivo, el referendo revocatorio, el referendo aprobatorio, y el referendo abrogatorio³⁵⁴.

Sobre estos mecanismos de participación, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 170 de 22 de diciembre de 2000 (Caso: *Club Social Layalina, C.A. vs. Consejo Nacional Electoral*) señaló que:

353 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. Memora del IV Curso Anual Interamericano de Elecciones*, San José, Costa Rica, 1991, pp. 121 a 139. Véase nuestra propuesta en relación con este artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, p. 128.

354 Véase nuestra propuesta respecto de este articulado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 138 a 143; véase en general, Cosimina G. Pellegrino Pacera, “Una introducción al estudio del referendo como mecanismo de participación ciudadana en la Constitución de 1999”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 441-481.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela plantea un nuevo marco conceptual y teleológico en materia de participación política del ciudadano en los asuntos públicos. Es así que, los artículos 5 y 6 de la Carta Fundamental, consagran un nuevo modelo de democracia participativa, evolucionando de la clásica concepción de la democracia representativa, limitada al ejercicio de la soberanía popular únicamente por medio de la elección periódica de representantes. Por el contrario, la novel Carta Magna establece que la soberanía se ejerce directamente en la forma prevista en la Constitución y en las leyes, e indirectamente mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. En consonancia con tales principios, el texto constitucional dedica una serie de normas a la consagración y regulación de las pautas fundamentales de novedosos mecanismos en el ordenamiento jurídico venezolano que permiten la participación política del soberano en los asuntos que le conciernen, mecanismos que enumera el artículo 70 de la Constitución, entre los cuales se encuentra el referendo, en sus distintas modalidades: revocatorio, abrogatorio, consultivo y aprobatorio. De igual manera, se prevé la participación soberana en el ejercicio de los mecanismos de enmienda y reforma constitucional, así como en la iniciativa de convocatoria en la Asamblea Nacional Constituyente.

De tal manera que, a la luz de tal regulación, y de los principios constitucionales de participación ciudadana protagónica en los asuntos de interés público, es evidente que la figura del referendo, u otras modalidades de consultas populares, que en el ordenamiento jurídico preconstitucional constituía prácticamente un mecanismo excepcional de participación ciudadana, el cual se encontraba regulado (si se quiere de una manera tímida) en diversas materias (electoral, municipal, urbanística y de ordenación territorial, etc.) ha pasado a ser uno de los más variados que prevé la Carta Magna. Esta consideración resulta ser de importancia fundamental al momento de interpretar el ordenamiento jurídico, puesto que, en virtud del principio de supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) el intérprete jurídico, mucho más el juez, está llamado a aprehender el sentido de las normas preconstitucionales, adaptándolas 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 ordenamiento³⁵⁵.

A. *Los referendos consultivos*

Como lo indica el artículo 71, las materias de especial trascendencia nacional pueden ser sometidas a referendo consultivo, correspondiendo la iniciativa al Presidente de la República en Consejo de Ministros; a la Asamblea Nacional, mediante Acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del 10% de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

También pueden ser sometidas a referendo consultivo las materias de especial trascendencia, parroquial, municipal, y estatal en cuyo caso, la iniciativa le corresponde a la Junta Parroquial, al Concejo Municipal y al Consejo Legislativo, respectivamente, por acuerdo de los 2/3 de sus integrantes; al Alcalde y al Gobernador de Estado, o a solicitud de un número no menor del 10% del total de inscritos en el registro civil y electoral en la circunscripción correspondiente.

Ahora bien, en relación con el artículo 71 de la Constitución relativo a los referendos consultivos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en

355 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 49 y ss.

sentencia N° 23 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 71 de la Constitución*) sentó los siguientes criterios interpretativos de dicha norma:

- De la interpretación literal del artículo transcrito, se extraen dos requisitos -uno objetivo y otro subjetivo- para la operatividad de dicho medio de participación política, a saber:
 - 1.- Que se trate de materias de especial trascendencia nacional, parroquial, municipal y estatal;
 - 2.- Que haya sido solicitada su realización al Consejo Nacional Electoral, órgano competente para organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos con los referendos, de conformidad con el artículo 293.1 de la Constitución,
 - 2.1.- En caso de tratarse de materias de especial trascendencia nacional, por: El Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; La Asamblea Nacional, mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; Un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral.
 - 2.2.- En caso de tratarse de materias de especial trascendencia parroquial, municipal o estatal, por: La Junta Parroquial, el Concejo Municipal o el Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; El Alcalde o Alcaldesa, o el Gobernador o Gobernadora de Estado; o, por un número no menor del diez por ciento del total de inscritos en la circunscripción correspondiente.

Ahora bien, la constatación de dichos requisitos corresponde, en todo caso, al Consejo Nacional Electoral, quien junto con los ciudadanos y órganos mencionados son los principales operadores de la norma en cuestión, siendo el referido órgano competente además para organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos con los referendos, de conformidad con el artículo 293.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que esta Sala Constitucional no se detendrá en el análisis de los mismos, el cual corresponde al máximo órgano del Poder Electoral (ver sentencia de la Sala n° 2.926 del 20 de noviembre de 2002, Caso: *José Venancio Albornoz Urbano*) y cuyo control jurisdiccional está atribuido a la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo establecido en el artículo 297 *eiusdem* (Cf. Sentencia N° 2 de la Sala Electoral, del 10 de febrero de 2000, Caso: *Cira Urdaneta de Gómez*).

Lo que sí será objeto de análisis por la Sala, son los efectos que el referendo consultivo tiene, dado el caso de consulta a la población sobre una determinada cuestión, estimada como de especial trascendencia nacional.

El referendo consultivo, como se apuntó, es un medio de participación directa, mediante el cual es posible consultar a la población su opinión sobre decisiones políticas de especial trascendencia. Consultar, en lenguaje natural, es examinar, tratar un asunto con una o varias personas; buscar documentación o datos sobre algún asunto o materia; pedir parecer, dictamen o consejo (Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Vigésima Segunda Edición, 2001, Tomo I, págs. 633-634).

Es un mecanismo de democracia participativa, en tanto que persigue complementar el método de representación implementado para la asunción de dichas decisiones – adoptado por el principio de división del trabajo y sin el cual el ciudadano tendría que dedicarse exclusivamente a la esfera de lo público. Bobbio (*op. cit.*, pág. 62), señala que “el referéndum, (...) única institución (...) que se aplica concreta y efectivamente en la mayor parte de los Estados de democracia avanzada, es un expediente extraordinario para circunstancias excepcionales. Nadie puede imaginar un Estado que pueda ser gobernado mediante el llamado permanente al pueblo; teniendo en cuenta las leyes que son promulgadas en (Italia) cada año, debería preverse un promedio de una llamada al día”. Con ello, el profesor de la Universidad de Turín recalca la importancia de la re-

presentación y la insuficiencia de los mecanismos de democracia directa, para la toma de las decisiones de trascendencia.

El referendo consultivo es facultativo, en tanto que su iniciativa depende de la voluntad de ciertas autoridades competentes, así como de la iniciativa popular (Cf. Manuel García Pelayo. *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pág. 183), y en cuanto su eficacia jurídica, no tiene carácter vinculante (Ibid.), ya que consiste, únicamente, en una consulta a la población sobre su parecer en determinadas materias consideradas de especial trascendencia.

En España, dicho medio de participación se encuentra consagrado en el artículo 92 de su Constitución y regulado en la Ley Orgánica 2/1980, del 18 de enero y tiene por fin "servir de cobertura a la mayoría de gobierno en las decisiones socialmente comprometidas" (A. Oliet Pala. El Principio Formal de Identidad en el Ordenamiento Constitucional Español, en *RDP* n° 24, 1987, págs. 111-112), lo cual implica una búsqueda de legitimidad en la toma de las decisiones asumidas, en ejercicio de la legalidad democrática, por los órganos competentes, a quienes, finalmente corresponderá, por mandato constitucional, tomar las decisiones a las que haya lugar.

Sobre su efecto, señala Josep Castellà Andreu (*Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2001, pág. 99), que no es vinculante, puesto que el ejercicio de la función pública se basa en la realización de los postulados fijados en la Constitución y la Ley, máximas expresiones de la soberanía nacional, por las personas elegidas a tal fin conforme al ordenamiento jurídico, a quienes, en procura del interés general, les corresponde asumir las decisiones políticas trascendentales.

Ahora bien, en el contexto del Estado democrático y social (artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), la legitimidad de quienes ejercen la función pública no es sólo *ab initio*, o formal, sino también el resultado de una continua interacción entre el Estado y la sociedad (Cf. García Pelayo, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, *op. cit.*, págs. 1593-1654) con la consecuente materialización de los postulados de la Constitución. Así, quienes ejercen la función pública, dada la transparencia y publicidad en su ejercicio (artículo 141 *eiusdem*), son escrutados día a día por los ciudadanos, quienes evalúan de manera permanente la performance de aquellos que la ejercen.

Ahora bien, el referendo consultivo es un mecanismo inspirado en el principio de participación, que otorga mayor legitimidad a las decisiones de especial trascendencia -las cuales competen a determinados órganos del Estado- y permite la realización -a posteriori- de una prueba de legitimidad a dichas decisiones asumidas por la élite política, de mandato revocable en nuestro ordenamiento constitucional, sea conforme a lo establecido en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o mediante su no-reelección y, en ese sentido, el referendo consultivo legitima -directamente- la asunción de determinadas decisiones y, consecuentemente, a quienes ejercen las funciones de dirección política.

En consecuencia, con fundamento en los razonamientos precedentes, esta Sala considera que el resultado del referéndum consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no tiene carácter vinculante en términos jurídicos, respecto de las autoridades legítima y legalmente constituidas, por ser éste un mecanismo de democracia participativa cuya finalidad 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 materias³⁵⁶.

356 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003 (En prensa).

En cuanto a la iniciativa para la convocatoria de los referendos consultivos, la Sala Electoral del tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 170 de 22 de diciembre de 2000, expresó el siguiente criterio:

Bajo las anteriores premisas conceptuales y valorativas, observa esta Sala que, en la regulación del referendo consultivo contenido en el texto constitucional, la iniciativa le corresponde a una serie de órganos públicos, tanto ejecutivos como deliberativos, en los correspondientes niveles político-territoriales acordes con la índole de la materia a ser objeto de consulta (de especial trascendencia parroquial, municipal, estatal o nacional). Específicamente en cuanto a las materias concernientes al ámbito municipal, la iniciativa le corresponde al Concejo Municipal por acuerdo de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes, o al titular del ejecutivo municipal, inclusive, a los electores en un número no menor del diez por ciento (10%) del total de inscritos en la circunscripción electoral (artículo 71, único aparte, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

De manera que el propio texto fundamental consagra una amplia legitimación en la determinación de quiénes tienen iniciativa para convocar referendos consultivos, al punto que no la limita a los titulares de órganos públicos, sino que la amplía hasta los propios electores, siempre y cuando éstos alcancen un número determinado. Esta regulación constitucional, como ya se señaló, sin duda que debe servir de pauta orientadora en la labor hermenéutica de los textos anteriores a la Constitución, los cuales, respondiendo al modelo constitucional derogado, partían de premisas conceptuales y axiológicas muy limitadas en la regulación de los referendos³⁵⁷.

B. *Los referendos revocatorios*

El artículo 62 de la Constitución establece el derecho de los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos; y el artículo 70 de la Constitución define como “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”.

Sobre estos mecanismos de participación, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 170 de 22 de diciembre de 2000 (Caso: *Club Social Layalina*) señaló que:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela plantea un nuevo marco conceptual y teleológico en materia de participación política del ciudadano en los asuntos públicos. Es así que, los artículos 5 y 6 de la Carta Fundamental, consagran un nuevo modelo de democracia participativa, evolucionando de la clásica concepción de la democracia representativa, limitada al ejercicio de la soberanía popular únicamente por medio de la elección periódica de representantes. Por el contrario, la novel Carta Magna establece que la soberanía se ejerce directamente en la forma prevista en la Constitución y en las leyes, e indirectamente mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. En consonancia con tales principios, el texto constitucional dedica una serie de normas a la consagración y regulación de las pautas fundamentales de

357 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84 (octubre-diciembre), Caracas, 2000, pp. 49 y ss.

novedosos mecanismos en el ordenamiento jurídico venezolano que permiten la participación política del soberano en los asuntos que le conciernen, mecanismos que enumera el artículo 70 de la Constitución, entre los cuales se encuentra el referendo, en sus distintas modalidades: revocatorio, abrogatorio, consultivo y aprobatorio. De igual manera, se prevé la participación soberana en el ejercicio de los mecanismos de enmienda y reforma constitucional, así como en la iniciativa de convocatoria en la Asamblea Nacional Constituyente.

De tal manera que, a la luz de tal regulación, y de los principios constitucionales de participación ciudadana protagónica en los asuntos de interés público, es evidente que la figura del referendo, u otras modalidades de consultas populares, que en el ordenamiento jurídico preconstitucional constituía prácticamente un mecanismo excepcional de participación ciudadana, el cual se encontraba regulado (si se quiere de una manera tímida) en diversas materias (electoral, municipal, urbanística y de ordenación territorial, etc.) ha pasado a ser uno de los más variados que prevé la Carta Magna. Esta consideración resulta ser de importancia fundamental al momento de interpretar el ordenamiento jurídico, puesto que, en virtud del principio de supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) el intérprete jurídico, mucho más el juez, está llamado a aprehender el sentido de las normas preconstitucionales, adaptándolas 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 ordenamiento³⁵⁸.

En coincidencia con el artículo 70 de la Constitución, que identifica como uno de los medios de participación en lo político, “la revocación del mandato”; de acuerdo con el artículo 72, todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables (art. 6). A tal efecto, dispone dicha norma que transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido un funcionario, un número no menor del 20% de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción en el momento de formular la solicitud, puede solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato³⁵⁹.

358 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 49 y ss.

359 La materia ha sido regulada en la Resolución N° 030925-465, mediante la cual se dictan las “Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, en *G.O.* N° 37.784 del 26 de septiembre de 2003. Estas normas, en nuestro criterio, vulneraron el derecho a la participación política consagrado en la Constitución, pues antes que facilitar su ejercicio, establecieron trabas y requisitos que afectaron su ejercicio y lo limitaron más allá de lo permitido en la Constitución. Estas limitaciones afectaron la formulación de la petición por los electores, pues sin fundamento constitucional alguno establecieron 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, que las dichas firmas sólo se podían estampar en unos lugares precisos y en un plazo de sólo unos días preestablecidos, eliminándose además, el derecho de los ciudadanos que estuviesen fuera del país de poder respaldar con su firma la petición. La manifestación de voluntad de respaldo a una solicitud de referendo revocatorio es un derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen a la participación política, el cual no puede restringirse ni siquiera por ley, por lo que menos aún puede restringirse mediante actos reglamentarios, como el contenido en la mencionada Resolución. Así, por lo demás, lo ha afirmado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 321 de 22-02-2002, 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”. La condición de ciudadano y el ejercicio de los

Ahora bien, en ausencia de una normativa legal que desarrollara la norma del artículo 72 de la Constitución, el Consejo Supremo Electoral en septiembre de 2003, con motivo de rechazar una solicitud de referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República (el “Firmazo”), mediante Resolución N° 030912-461 de fecha 12 de septiembre de 2003, resumió lo que consideró era la doctrina de la Sala Constitucional³⁶⁰ sobre los requisitos mínimos de orden formal que se requería para ejercer el derecho, los cuales a la vez pueden ser resumidos como sigue:

- 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 lo 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 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 ...”.

a. *Oportunidad en la cual se puede ejercer el derecho a solicitar la revocación del mandato*

Ahora bien, de acuerdo con el mencionado artículo 72 de la Constitución, el derecho político para solicitar la revocación del mandato nace una vez que transcurra la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario. En otras palabras, la revocación del mandato de un funcionario electo sólo puede solicitarse a partir del momento en el cual cumpla la mitad del período para el cual fue electo el funcionario³⁶¹. En el caso del Presidente de la República el mandato es de seis años (art.

derechos políticos de los mismos, por tanto, no puede restringirse a sólo unos días; y esa condición no se pierde, en forma alguna, por encontrarse la persona fuera del país.

360 Sentada en la sentencia N° 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*).

361 En el caso del Presidente de la República, al haberse juramentado el 18 de agosto de 2000 la mitad de su período fue el 18 de agosto de 2003. Era a partir de esa fecha cuando podía pre-

230); en el caso de los Diputados a la Asamblea Nacional el mandato es de cinco (5) años (art. 192); y en el caso de los Gobernadores de Estado (art. 160), los Diputados a los Consejos Legislativos estatales (art. 162); los Alcaldes (art. 174) y los miembros de los Concejos Municipales (art. 174) el mandato es de cuatro (4) años.

b. *La legitimación para formular la solicitud de iniciativa popular*

La manifestación de voluntad de respaldo a la solicitud de revocación del mandato, por ejemplo, del Presidente de la República, puede formularla cualquier ciudadano venezolano siempre que ello ocurra a partir del momento en el cual se puede formular, es decir, la mitad del período constitucional; solicitud que, incluso, podría formularse desde el exterior. Sin embargo, conforme al artículo 72 de la Constitución, no puede hacerse más de una solicitud de revocación del mandato, durante el período para el cual fue elegido el funcionario.

Ahora bien, la Sala Constitucional en sentencia N° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*) ha precisado sobre esto que:

La frase “electores inscritos” tiene relación con el momento de la solicitud del referendo revocatorio, por lo que es en esa oportunidad que la mencionada Comisión de Registro Civil y Electoral verificará la “inscripción de los electores y electoras que figuran como solicitantes de la revocación del mandato”³⁶².

A los efectos de la norma constitucional, por tanto, el derecho a formular la solicitud corresponde a todos los electores inscritos en ese momento en el cual se puede formularla solicitud, se encuentre o no en el país. Al respecto, la Sala Constitucional en sentencia N° 2432 del 29 de agosto de 2003 (caso: *Luis Eduardo Franceschi y otros*), precisó que quiénes pueden hacer la solicitud son los que estén inscritos para la fecha en la cual se puede formular, sin importar si estaban o no inscritos para el momento de la elección del funcionario cuyo mandato se pretende revocar. La Sala expresó en esa decisión que, “se entienden legitimados para la solicitud de convocatoria a referendo revocatorio los electores que estuvieron ins-

sentarse la solicitud de revocatoria de su mandato. La Sala Constitucional en sentencia N° 457 de 05-04-2001 (Caso: *Francisco Encinas Verde*) resolvió que: “a) el inicio del actual período del Presidente es la fecha de su toma de posesión, previa juramentación ante la Asamblea Nacional, el día 19-08-99, de acuerdo con los artículos 3 y 31 del Estatuto Electoral del Poder Público, y la duración es la de un período completo, es decir, por seis años, a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 3 *eiusdem*; si se admitiera el acortamiento del actual período se violaría este artículo; b) el próximo período constitucional comienza el 10.01.07, según lo dispone el artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; c) el Presidente de la República deberá continuar en el ejercicio de sus funciones de acuerdo a lo establecido en el artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, hasta el 10.01.07”. Este criterio fue ratificado en sentencia de la misma Sala N° 759 de 16-05-2001 (Caso: *Asamblea Nacional*). Este criterio fue ratificado por la Sala Constitucional en “Comunicado” de 04-02-2003 (Véase la cita en sentencia N° 137 de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*)).

362 Criterio adoptado en la sentencia No 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*); y seguido en la sentencia N° 137 de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*).

critos al momento del ejercicio de ese derecho electoral, es decir, al momento de su iniciativa, en la circunscripción electoral correspondiente”³⁶³.

Este criterio fue ratificado por la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza*) al considerar que el derecho de los electores inscritos en el registro electoral para el momento de la solicitud, lo tienen “cualquiera que haya sido la razón para no estar inscrito en el registro electoral en el momento de la elección o sin importar si la persona que pudo votar no lo hubiera hecho -por el motivo que fuese- ; agregando que:

En realidad no importa si se votó o no, si se estaba inscrito o no. Ha sido el pueblo del momento el que confirió el mandato y es el pueblo de ese segundo momento el que puede revocarlo. La integración del pueblo puede haber variado, aumentando o disminuyendo en número, y el registro electoral de la fecha de que se trate debe ser la única referencia³⁶⁴.

En todo caso, dada la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional, en las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Elección Popular de septiembre de 2003 se estableció que la iniciativa para solicitar la convocatoria de un referendo revocatorio le corresponde a “un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el registro electoral para el momento de la solicitud, en la correspondiente circunscripción electoral”.

Por otra parte, debe destacarse, que el derecho ciudadano a presentar la solicitud de revocatoria del mandato de un funcionario electo, corresponde a los ciudadanos inscritos en el registro electoral para el momento en que se pueda formular, y tal derecho, por su puesto, como la ciudadanía misma, no se pierde por el hecho de que el ciudadano se encuentre en el exterior, es decir, no se encuentre físicamente en el territorio nacional. Es decir, al igual que el derecho de voto se puede ejercer en el exterior, la firma para la solicitud de la revocatoria del mandato de un funcionario también se puede formular en el exterior.

c. *Los requisitos de la solicitud de convocatoria del referendo revocatorio*

Como la legitimación para presentar la solicitud corresponde a los electores inscritos en el registro electoral para el momento de presentarla, los requisitos de la solicitud, como lo ha establecido la Sala Constitucional en la sentencia N° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila Barrios*), son que la misma “debe ir acompañada de los nombres y apellidos, números de cédulas de identidad y las firmas respectivas, para que sea verificada por el Consejo Nacional Electoral”³⁶⁵.

363 Criterio ratificado en la sentencia N° 2750 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza*) de 21-10-2003.

364 En sentido coincidente las sentencias de la Sala Constitucional N° 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*) y de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*).

365 Criterio ratificado por sentencias de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*); N° 2432 de 29-08-2003 (Caso: *Luis Eduardo Franseschi y otros*).

Por tanto, la solicitud debe indicar el nombre y apellido, la cédula de identidad y la firma del elector solicitante, así como la manifestación de voluntad dirigida al Consejo Nacional Electoral de solicitud de convocatoria de un referendo de revocación del mandato del funcionario respectivo, el cual debe también ser identificado, indicando el cargo que ocupa y la fecha de inicio de su mandato. Así también lo estableció la Sala Constitucional en la citada sentencia N° 1139 de 5 de junio de 2002, en el sentido de que resulta imprescindible “que la solicitud de revocación del mandato exprese con claridad 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”... “tal solicitud debe ir acompañada de los nombres y apellidos, números de cédulas de identidad y las firmas respectivas, para que sea verificada por el Consejo Nacional Electoral”... “la solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio que reúna las condiciones anteriores, se formula ante el Consejo Nacional Electoral”.

d. *La oportunidad para formular la solicitud*

La solicitud de referendo revocatorio conforme a la Constitución sólo puede formularse una vez transcurrida la mitad del período para el cual fue electo el funcionario cuyo mandato se requiere revocar; límite temporal que conforme lo indicó la Sala Constitucional en sentencia N° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*), se justifica porque “representa un plazo prudencial que permite a los electores tener una visión del desempeño del representante”³⁶⁶.

La recolección de firmas que respaldan la solicitud, por tanto, debe hacerse a partir del momento en que se puede formular la solicitud, es decir, después de transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario, y por supuesto, antes de que tal solicitud se presente, no autorizando la Constitución el establecimiento de un lapso único de tiempo durante el cual se puedan recoger las firmas. Tal como lo resolvió la Sala Constitucional en su sentencia N° 137 de 13 de febrero de 2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*) al señalar que “establecer un requisito temporal para la recolección de las mencionadas firmas conllevaría menoscabar dicho principio fundamental” (reserva legal)³⁶⁷.

Por otra parte, una vez consignada la solicitud popular de revocatoria del mandato de un funcionario, el Consejo Nacional Electoral lo que debe verificar es que los solicitantes, identificados con su nombre y apellido, cédula de identidad y firma, estén inscritos en el Registro Electoral³⁶⁸.

366 Sentencia N° 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*).

367 En nuestro criterio, por tanto, conforme a esa doctrina de la Sala Constitucional, la exigencia establecida en las “Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorias de mandatos de Elección Popular” dictadas por el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución N° 030925-465 de 25-09-2003 (G.O. N° 37.784 de fecha 26-09-2003), en el sentido de que las firmas de respaldo a una solicitud de referendo revocatorio sólo pueden plasmarse o recogerse durante unos días precisos sería contraria a la Constitución.

368 Así lo resolvió la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en su sentencia de 29-08-2003 (Caso: *Luis Franceschi y otros*). Para ello, la solicitud, como se dijo, debe indicar el nombre y apellido del funcionario cuyo mandato se quiere revocar, el cargo que desempeña y la fe-

e. *Quórum para la revocación*

Como lo ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 72 de la Constitución*):

En el referido artículo 72 del Texto Fundamental se prevé que al menos el: a) 20% de electores inscritos en la circunscripción de que se trate solicite la convocatoria a referendo; b) que al menos participe en el referendo un 25% de los electores inscritos para que pueda ser válido.

Se establecen, así, un porcentaje mínimo para solicitar el referendo y uno para que pueda tomarse en cuenta el resultado del mismo, con lo que aunque hubiera sido convocado correctamente, no tendrá valor alguno si existe escasa participación. Esto último, sin duda, es una forma de evitar que pueda ser revocado el mandato de un funcionario electo con base en el resultado de un referendo con alta abstención.

El artículo 72 también dispone que sólo se revocará el mandato del funcionario si votan a favor de ello al menos una cantidad de personas igual al número de quienes lo eligieron en su momento, como una manera de impedir que funcionarios que alcanzaron su puesto con altos porcentajes de apoyo popular puedan perderlo por simple mayoría.

En consecuencia, a los efectos de que se produzca la revocatoria del mandato, se requiere, en *primer lugar*, que se produzca un quórum de asistencia consistente en que concurran al referendo un número de electores igual o superior al 25% de los electores inscritos en el registro civil y electoral. Sobre esto, la Sala Constitucional en sentencia N° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*) ha interpretado:

Que el quórum mínimo de participación efectiva en el referéndum revocatorio, debe estar representado necesariamente -por lo menos-, por el 25% de los electores inscritos en

cha de toma de posesión; y el nombre y apellido, cédula de identidad y firma del peticionario de la revocación; y nada autoriza para que, además, se exija la huella digital de los solicitantes, como se estableció en las mencionadas "Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorias de mandatos de Elección Popular Normas". Además, nada autoriza para que se pueda exigir que todos los datos antes indicados (nombre, apellido y número de cédula de identidad), con excepción de la firma por supuesto, tengan que ser manuscritos única y exclusivamente por los propios solicitantes, con su puño y letra, como lo anunció el Consejo Nacional Electoral el los días 28 y 29 de febrero de 2004 y lo decidió el día 3 de marzo de 2004 (Resolución N° 040302-131 de 02-03-2004), al objetar 876.017 solicitudes para el referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República de 3.086.013 de solicitudes que admitía habían sido efectivamente firmadas entre el 28 de noviembre y el 1° de diciembre de 2003, con el argumento, precisamente, de que los referidos datos (nombre, apellido y número de la cédula) habían sido estampados por la persona que gestionaba la firma en presencia del observador del Consejo Nacional Electoral y no de puño y letra del firmante. Véase *El Universal*, Caracas, 3 de marzo de 2004, p. A-1. La Sala Electoral del Tribunal Supremo, en sentencia N° 24 de 15 de marzo de 2004, (Caso: *Gerardo Blyde y otros vs. Consejo Nacional Electoral*), anuló la mencionada resolución del Consejo Nacional Electoral, a pesar de los intentos fallidos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de pedir que la Sala Electoral adoptase dicha decisión, con ocasión de tener que pronunciarse sólo el avocamiento del conocimiento de la causa que se le había solicitado, lo cual era completamente improcedente, una semana después, sin embargo, el 23-03-04, la Sala Constitucional anularía la sentencia de la Sala Electoral.

el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios³⁶⁹.

En *segundo lugar*, se requiere que voten a favor de tal revocatoria un número de electores inscritos en el Registro Electoral para el momento de la celebración del referendo, igual o mayor de los que eligieron al funcionario³⁷⁰. Sobre ello ha precisado la Sala Constitucional en la misma sentencia N° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*) que:

La revocación del mandato no es producto de la arbitrariedad, sino una consecuencia lógica que se deriva del principio de soberanía popular, pues, por ser el pueblo soberano puede ejercer el poder con la finalidad de dejar sin efecto el mandato de sus representantes elegidos popularmente, que han dejado de merecerles confianza, por haberse desempeñado en el ejercicio de sus funciones de forma inconveniente o contraria a los intereses populares o del Estado en general, quienes quedan entonces sometidos a la decisión del cuerpo electoral.

Siendo así las cosas, considera la Sala que el requerimiento del constituyente de 1999, cuando estableció en el segundo aparte del artículo 72, determinadas condiciones cuantitativas para que se considere revocado el mandato del funcionario electo, tiene como propósito demostrar fehacientemente la veracidad de los resultados obtenidos en el referéndum revocatorio ejecutado, de manera que no haya duda sobre la pérdida tan grave de popularidad del funcionario que deviene en ilegítimo, y la desaprobación de su gestión, por lo que resulta lógico que se exija que su revocación se produzca en virtud de la misma cantidad de votos, e incluso uno más, de los que previamente lo favorecieron cuando quedó investido del cargo público que ejercía, siempre que un quórum mínimo considerable de electores inscritos en el Registro Electoral hayan concurrido a desaprobar la gestión del mandatario cuestionado.

Según los planteamientos anteriores, interpreta la Sala que el quórum mínimo de participación efectiva en el referéndum revocatorio, deben estar representado necesariamente -por lo menos-, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios, y además, que 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.

Nada indica la Constitución para el caso de que si bien voten a favor de la revocación un número de electores superior al número de votos que obtuvo el funcionario cuando fue electo, sin embargo, en la votación se pronuncien por su permanencia un número mayor de votos³⁷¹.

369 Criterio adoptado en la sentencia N° 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*); y seguido en la sentencia N° 137 de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*).

370 En el caso del Presidente de la República Hugo Chávez Frías, éste fue electo en agosto de 2000 con 3.757.774 votos.

371 En las referidas *Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorias de mandatos de Elección Popular* dictadas por el Consejo Nacional Electoral en 25-09-2003 se estableció que se considerará 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, y no resulte inferior al número de electores que votaron en contra de la revocatoria" (art. 60). Este criterio luego sería avalado por la Sala Constitucional en la sentencia N° 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), en la cual señaló que "Se

f. *Efectos de la revocatoria del mandato*

En cuanto la revocación del mandato de los diputados a la Asamblea Nacional, la Constitución es explícita al señalar expresamente que el diputado revocado “no podrá optar a cargos de elección popular en el siguiente período” (art. 198). Nada indica la Constitución sobre los efectos de la revocación del mandato en el caso del Presidente de la República y de los otros funcionarios electos. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto a la posibilidad de que un Presidente revocado pueda ser candidato en la elección que pueda hacerse como consecuencia de la revocatoria, dado el silencio de la Constitución, estableció en su sentencia N° 2404 de 28 de agosto de 2003 (Caso: *Exssel Ali Betancourt Orozco, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), que en la elección del nuevo Presidente:

Evidentemente no podría participar dicho funcionario (revocado), pues cualquier falta absoluta del Presidente implica la separación del cargo y la consecuente sustitución del mismo. Lo contrario supondría una amenaza de fraude a la soberanía popular³⁷².

Ahora bien, en caso de que se produzca la revocatoria del mandato de un funcionario electo, debe procederse de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la Ley. Si se trata de un Diputado a la Asamblea Nacional, debería realizarse una nueva elección, pero la Sala Constitucional ha determinado que lo sustituye su suplente por el resto del período³⁷³.

En relación con el Presidente de la República, la forma de proceder para cubrir la falta absoluta que se produciría con la revocación del mandato, conforme al artículo 233, varía según que ésta ocurra durante los primeros cuatro años de los seis de su mandato o durante los dos últimos: en el primer caso, debe procederse a una nueva elección presidencial para que quien resulte electo complete el período constitucional; y en el segundo caso, el Vicepresidente Ejecutivo es quien debe asumir la Presidencia hasta completar dicho período.

C. *Los referendos aprobatorios*

En cuanto a los referendos aprobatorios, el artículo 73 establece que aquellos proyectos de ley en discusión por la Asamblea Nacional, deben ser sometidos a

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”.

372 La sentencia fue publicada en los medios de comunicación, pero no en la página web del Tribunal Supremo. La Sala Constitucional, en una inusual “Aclaratoria”, emitida de oficio en fecha 01-09-2003, desconoció lo expresado en el fallo, considerando el tema como no decidido. La “Aclaratoria”, sin embargo, también fue eliminada de la página web del Tribunal Supremo, y la única referencia relativa al asunto está en un “Auto” de la Sala Constitucional del mismo día 01-09-2003 ordenando abrir una averiguación para establecer responsabilidades sobre el contenido de la sentencia que supuestamente no se correspondía con el texto del fallo aprobado por los Magistrados. Todo este incidente fue calificado, con razón, como una polémica “con características escandalosas”. Véase Edgar López, *El Nacional*, Caracas, 04-01-2004, p. A-2

373 Sentencia de 05-06-2003 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila*).

referendo cuando así lo decidan por lo menos las 2/3 partes de los integrantes de la Asamblea. En estos casos, si el referendo concluye en un sí aprobatorio, el proyecto correspondiente debe ser sancionado como ley, siempre que haya concurrido el 25% de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Debe destacarse, además, la previsión de un tipo particular de referendo aprobatorio que debe realizarse cuando presentado un proyecto de ley por iniciativa popular (art. 204, ord. 7), si la discusión del proyecto no se inicia en la Asamblea Nacional a más tardar en el período de sesiones ordinarias siguientes al que se haya presentado (art. 205).

La Constitución es explícita, además, en disponer que pueden ser sometidos a referendo los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, como serían los tratados de integración. En estos casos, la iniciativa corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros; a la Asamblea Nacional por el voto de las 2/3 partes de sus integrantes; o al 15% de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Por último, también debe hacerse referencia a los referendos aprobatorios de las enmiendas y reformas constitucionales, regulados en los artículos 341 y siguientes. En cuanto a las enmiendas, la iniciativa para las mismas corresponde al quince por ciento de los ciudadanos inscritos en el Registro Civil y Electoral; al treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional en cuyo caso la Asamblea debe aprobarla por la mayoría de sus integrantes; o al Presidente de la República en Consejo de Ministros³⁷⁴. Una vez presentado el proyecto de enmienda ante el Poder Electoral, este debe someter a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal. Establece el artículo 341, 4 de la Constitución, que “se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley relativa al referendo aprobatorio”.

En cuanto a las reformas constitucionales, la iniciativa de las mismas puede tomarla la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; el Presidente 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 (art. 343). Una vez que la iniciativa de la reforma constitucional sea tramitada por la Asamblea Nacional en la forma siguiente prescrita en el artículo 343 de la Constitución, el proyecto de reforma aprobado por la Asamblea Nacional se someterá a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción. Conforme al artículo 344, “el referendo se pronunciará en conjunto sobre la reforma, pero podrá 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 o Presidenta de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral”. Se declarará aprobada la reforma constitucional si el número de votos afirmativos es superior al número de

374 Sobre la iniciativa de referendo constitucional véase Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 71-72. En Colombia, véase Sandra Morelli, “Iniciativa de Referendo constitucional”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carias*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 219-252.

votos negativos (art. 345). La iniciativa de reforma constitucional que no sea aprobada no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional.

D. *Los referendos abrogatorios*

La Constitución regula, además, los referendos abrogatorios respecto de las leyes al señalar, en el artículo 74, que deben ser sometidas a referendo, para ser abrogadas total o parcialmente, las leyes cuya abrogación fuere solicitada por iniciativa de un número no menor del 10% de los electores inscritos en el registro civil y electoral o por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

También pueden ser sometidos a referendo abrogatorio los decretos con fuerza de ley que dicte el Presidente de la República en uso de la atribución prescrita en el numeral 8 del artículo 236 de esta Constitución, en cuyo caso la iniciativa corresponde sólo a un número no menor del 5% de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

En todo caso, para la validez del referendo abrogatorio es indispensable la concurrencia del 40% de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

La Constitución precisa, además, que no puede hacerse más de un referendo abrogatorio en un período constitucional para la misma materia.

Pero no toda ley puede ser sometida a referendo abrogatorio pues el artículo 74 de la Constitución excluye a las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público y las de amnistía, así como aquellas que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales.

VIII. LA ACTUACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO

1. *Principios generales*

De acuerdo con el artículo 152 de la Constitución, las relaciones internacionales de la República deben responder a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo. Dichas relaciones se rigen, entonces, por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no-intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad³⁷⁵.

La República debe mantener la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales.

375 Véase en general, Juan Carlos Sainz Borgo, "Régimen internacional de la Constitución de 1999", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 121, Caracas, 2001, pp. 143-209; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 116 y ss.; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 292 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 131-133.

2. Régimen constitucional de la integración económica regional

En fin, en el artículo 153 de la Constitución de 1999, el proceso de integración económica latinoamericano y andino, en particular, encontró fundamento constitucional en Venezuela. La precaria previsión del artículo 108 de la Constitución de 1961, en nuestro criterio impedía a Venezuela ingresar decididamente al proceso³⁷⁶. Por ello, propusimos a la Asamblea la incorporación de una norma expresa destinada a la materia³⁷⁷.

En efecto, uno de los procesos de mayor importancia para el futuro de América Latina, sin duda, es el proceso de integración económica. Los Estados europeos lo diseñaron como la única vía para recomponer sus economías y, en consecuencia, mejorar la calidad de vida de sus habitantes. Para ello, después de la II Guerra Mundial procedieron a la constitución de un bloque económico, a través del cual implementaron mecanismos de cooperación, facilitando el intercambio de bienes y servicios entre los Estados. Inicialmente el proceso de integración fue por sectores, razón por la cual en 1951, nació la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) mediante la firma del Tratado de París y, posteriormente, abarcó otros aspectos a cuyo efecto suscribieron, en 1957, los Tratados de Roma que crearon a la Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom).

En todo caso, y a pesar de tratarse de un proceso novedoso en el campo internacional, debe decirse que desde el punto de vista constitucional, el proceso de integración europeo, desde sus inicios y en todas sus fases, siempre fue precedido de un *reacomodo de las Constituciones de los Estados miembros*, para permitirlo y posibilitarlo, de manera de evitar, en lo posible, todo conflicto entre lo que ha significado, jurídicamente, la integración económica, la Comunidad y la Unión; con lo previsto en las Constituciones de los Estados miembros; siendo las reformas constitucionales una exigencia y a la vez, consecuencia lógica y necesaria para el avance de la integración³⁷⁸.

En América Latina, el proceso de integración en proceso de implementación de más vieja data fue el iniciado en 1969, por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, al cual Venezuela se adhirió, con posterioridad, en 1973. Mediante dicho Acuerdo los países miembros convinieron, entre otros objetivos, en la armonización de las políticas económicas y sociales, la aproximación de sus legislaciones en las materias pertinentes, la adopción de un arancel externo común y el desarrollo de un programa para la liberalización del intercambio comercial.

Sin embargo, en contraste con lo que sucedió en Europa, las Constituciones de los países de América andinos, salvo el caso de Colombia, en 1999 no habían solucionado los problemas jurídicos que plantea el ingreso a procesos de integración

376 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Implicaciones constitucionales del proceso de integración económica regional*, Caracas, 1997; Allan R. Brewer-Carías, "Las exigencias constitucionales de los procesos de integración y la experiencia latinoamericana" en *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999, pp. 279-317.

377 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, pp. 171 a 182.

378 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998.

económica de carácter comunitario. Por ello, en América Latina, el problema constitucional de la integración es el problema jurídico más importante que debe ser resuelto, pues sin su solución, no podrán existir las bases jurídicas sólidas que requiere el proceso de integración regional.

Debe señalarse que el desarrollo de las Comunidades Europeas y del Pacto Andino (hoy Comunidad Andina), ha implicado el surgimiento de una serie de instituciones que deben velar por el cumplimiento de los fines de la integración o “comunitarios”, los cuales, en más de una oportunidad pueden ser distintos e, incluso, opuestos a los de los Estados miembros. En esta forma, en el ámbito europeo nacieron la Comisión, el Consejo, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia Europeo. En nuestro contexto, el Acuerdo de Cartagena creó a la Junta (hoy Secretaría General), la Comisión y el Tribunal de Justicia Andino.

Por otra parte, para garantizar la ejecución de los fines de la integración, progresivamente resultó indispensable que los Países miembros transfirieran a los órganos comunitarios, competencias originalmente reservadas por las Constituciones nacionales a los órganos de los poderes nacionales. Así sucede por ejemplo, con el establecimiento de un arancel externo común, que tiene que pasar a ser una competencia “comunitaria” no siendo posible, una vez establecido, que los países miembros puedan llegar a fijar aranceles distintos a los que establezca el órgano comunitario competente. Para ello es indispensable que en casos como el señalado, los órganos del Poder Público Nacional cedan sus competencias en esas determinadas materias a los órganos supranacionales.

Desde el punto de vista jurídico, la consecuencia fundamental del surgimiento de dichas instituciones supranacionales, es el nacimiento de un nuevo derecho: el derecho comunitario, conformado por el conjunto de tratados que originan la comunidad y por las normas dictadas por los órganos comunitarios para garantizar el cumplimiento de los objetivos comunes fijados. La doctrina y jurisprudencia europea tradicionalmente señalan que el referido derecho comunitario comprende a su vez, el derecho comunitario originario, constituido por los tratados suscritos por los Estados miembros como actores del derecho internacional público y sus modificaciones; y el derecho comunitario derivado, integrado por el conjunto de normas de diverso rango, emanadas de los órganos comunitarios o supranacionales creados.

El derecho comunitario, por lo tanto, es un derecho distinto, novedoso, que calza entre el derecho internacional y el derecho interno de cada país miembro.

La vasta doctrina y jurisprudencia europea así como la andina, han dejado claramente definido el criterio de que para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en los Países miembros es indispensable el cumplimiento de al menos tres requisitos: en *primer lugar*, la atribución de competencias propias de los órganos constitucionales de los Estados a los órganos comunitarios; en *segundo lugar*, la primacía del derecho comunitario y su exclusión del ámbito de los controles constitucionales internos de cada país; y, en *tercer lugar*, la aplicación directa de la normativa dictada por dichos órganos. Para ello, como lo enseña el ejemplo europeo, la única manera para garantizar el cumplimiento de los principios antes señalados en cada uno de los Países miembros, es que sus respectivas Constituciones consagren expresamente, por una parte, la posibilidad de transferir competencias a órganos comunitarios y, por la otra, el efecto directo de dicha normativa en el ámbito interno.

De ello resulta que no se puede llegar a desarrollar un régimen de integración económica efectivo, desconociendo o coartando en el orden interno el contenido y aplicación de los principios que rigen el derecho comunitario, a cuyo efecto las Constituciones de los países miembros deben regular el tema. Por ello, si se analiza la experiencia europea se puede apreciar que todos y cada uno de los Estados de la actual Unión Europea consagraron en sus Constituciones, previamente al ingreso a las Comunidades o a la Unión, la posibilidad de atribuir competencias que corresponden a los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales nacionales a órganos comunitarios, con la previsión expresa de aceptar limitaciones a su soberanía.

Además, a medida que se ha ido profundizando el proceso de integración europea, como ha sucedido con el reciente paso de la Comunidad Europea a la Unión Europea, y su consolidación a través de los Tratados de Maastricht y de Amsterdam, la aprobación de estos instrumentos conllevó a que se realizaran reformas constitucionales (como por ejemplo, los casos de Alemania, Francia y España, países que tuvieron que proceder a realizar dichas modificaciones, después de emitidas las decisiones de sus respectivos Tribunales Constitucionales, que así lo impusieron) e incluso *Referéndum*, (como fue el *Referéndum consultivo* de Francia, o el de Dinamarca) en los Estados de la Unión.

De lo anterior resulta, por tanto, que en Europa, el problema jurídico de la integración *siempre ha encontrado solución en las normas constitucionales de los Estados Miembros*, de manera que el derecho comunitario se fundamenta, en último término, en la Constitución de cada uno de ellos.

En Latinoamérica con excepción de las Constituciones de Argentina, Colombia y Paraguay, ninguna otra resolvía en forma clara y expresa la problemática de la transferencia de competencias a órganos comunitarios, sin lo cual resulta imposible concebir un régimen de integración.

En el caso de Venezuela, la Constitución de 1961 sólo contenía un artículo que hacía una referencia muy general al proceso de integración, como sólo podía suceder en 1961, cuando aún el proceso de supranacionalidad no había encontrado carta de naturaleza en Europa. Por ello, propusimos a la Asamblea nacional Constituyente la inclusión de una norma que resolviera definitivamente las deficiencias constitucionales de la posición de Venezuela en materia de integración latinoamericana, habiéndose aprobado en consecuencia el mencionado artículo 153, el cual dispone:

Artículo 153: La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

De esta norma debe destacarse, por su importancia en materia de integración, en *primer lugar*, la aceptación por el orden constitucional interno de la creación de órganos supranacionales, a los cuales se pueden atribuir competencias que la Constitución asigna a los órganos del Poder Público, para que pueda existir un derecho comunitario; y *segundo lugar*, que las normas comunitarias dictadas por los órganos supranacionales no sólo tienen aplicación directa e inmediata en el derecho interno, desde que se considera que son parte integrante del ordenamiento legal vigente, sino que tienen aplicación preferente en relación con las leyes nacionales que se les opongan. Por tanto, las decisiones de los órganos jurisdiccionales comunitarios también tienen aplicación inmediata en el país³⁷⁹.

Sobre esta materia, sin embargo, se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1492 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación de artículos del Código Penal sobre las llamadas leyes de desacato*), partiendo de la premisa de que ‘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’. La Sala se refirió a los organismos internacionales que emiten verdaderos actos jurisdiccionales con el carácter de órganos supranacionales, y ‘cuyas decisiones de cualquier clase se ejecutan forzosamente en los países signatarios de los Convenios que los crean, quienes al suscribirlos ceden en alguna forma su soberanía y de allí que la ejecución de los fallos sea incondicional’, agregándolo siguiente:

379 Véase en general, Jorge L. Suárez, “La Constitución venezolana y el Derecho Comunitario”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 253-276; Marianella Zubillaga, “Los fundamentos del Derecho Comunitario y su soporte constitucional: la experiencia europea y andina”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 281-307; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 292 y ss.; Jorge L. Suárez M., “La Comunidad Andina, la responsabilidad del Estado y la Constitución venezolana”, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen II, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 489-648; Jorge L. Suárez M., “La Constitución venezolana de 1999 y la integración regional”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 440-472; Nelly Herrera Bond, “El Derecho Comunitario en la nueva Constitución”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2000, pp. 7-10; Patricia L. Kegel, “Las Constituciones Nacionales y los procesos de integración económica regional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Editorial Grancharoff, Buenos Aires, 2000, pp. 295-316; Eloísa Avellaneda Sisto, “Relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en el marco del Acuerdo de Cartagena”, en *Libro Homenaje a Antonio Linares*, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1999, pp. 440-472; Eduardo Caligiuri; Jorge Petit, “Los principios de auto-ejecutividad e inmediatez de los tratados internacionales en materia de integración a la luz de la Constitución Venezolana de 1999, en el marco de la Comunidad Andina de Naciones”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 122, Caracas, 2001, pp. 153-168; Fernando Delgado, “La integración económica y las industrias culturales”, en *Libro Homenaje a Antonio Linares*, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1999, pp. 73-88; y Véase Juan Carlos Sainz Borgo, “La regulación constitucional del proceso de Integración Andino”, en *Libro Homenaje a Enrique Tejera Paris, Temas sobre la Constitución de 1999*, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas, 2001, pp. 241 a 271.

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional.

Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son -por ejemplo- las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 *eiusdem*). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos *per se*, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la 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.

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no puede menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República.

Las decisiones pueden resultar obligatorias respecto a lo decidido, creando responsabilidad internacional por el incumplimiento (por ejemplo el artículo 87.7 de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), pero nunca en menoscabo de los derechos contenidos en el artículo 1 constitucional, disminuyendo o enervando las competencias exclusivas de los órganos nacionales a quienes la Constitución atribuye determinadas competencias o funciones.

La Sala, sin embargo, en la misma sentencia aclaró recurriendo al más clásico concepto de soberanía, 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...

Afirma la Sala, como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos, ya que el sistema internacional dentro del cual vivimos, desde sus orígenes en el siglo XVI, tiene como principios existenciales los siguientes:

- 1) La coexistencia en el globo terráqueo de un conjunto de Estados soberanos por definición;
- 2) La existencia de un sistema jurídico generado entre ellos, cuyas normas solo son obligatorias en la medida en que no menoscaben dicha soberanía, aun cuando hayan sido adoptadas entre ellos voluntariamente.

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 constitu-

cional, a menos que se trate de una decisión general aplicable por igual a todos los Estados miembros, como pieza del proceso mismo de integración.

Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, 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. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal³⁸⁰.

3. *Aprobación legislativa de Tratados*

Siguiendo la orientación del artículo 128 de la Constitución de 1961, el artículo 154 de la nueva Constitución dispone que los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional³⁸¹.

Esta aprobación legislativa, por tanto, al ser previa a la ratificación de los tratados, condiciona la acción del Poder Ejecutivo. Así lo ha precisado la Sala Política Administrativa en su sentencia N° 1393 de 7 de agosto de 2001 (Caso: *Impugnación del Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América*):

La formación de los tratados internacionales pasa por varios pasos. Primero, las partes suscriben el texto que han acordado, lo que efectúa el Poder Ejecutivo; segundo, dicho texto se envía al Congreso de la República (durante la vigencia de la Constitución de 1961) o a la Asamblea Nacional (conforme a la vigente Constitución) que lo aprueba mediante Ley; y tercero, el Ejecutivo Nacional lo ratifica, al constatar que se han cum-

380 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003 (En prensa).

381 Véase Larys Hernández Villalobos, "Rango o jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico de Venezuela (1999)", en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 3, Caracas, 2001, pp. 110-131; Boris Bunimov Parra, "La entrada en vigor de los acuerdos internacionales en Venezuela", en *Libro Homenaje a Antonio Linares*, Instituto de Derecho Público. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, pp. 19-26; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 294 y ss.; Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 133 y ss.; y Roxana D. Orihuela Gonzatti, "La regulación de los tratados internacionales en las Constituciones de América", en *Libro Homenaje a Antonio Linares*, Instituto de Derecho Público, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, pp. 59-72.

plido los requisitos constitucionales y legales, en la Ley Aprobatoria emanada del Legislativo.

Si el Ejecutivo tuviese dudas sobre la constitucionalidad del tratado, puede consultar a la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, antes de proceder a ratificar (artículo 336.5 de la vigente Constitución).

La ratificación del Ejecutivo, la cual es suscrita por el Presidente de la República, no se refiere sino al contenido de la Ley Aprobatoria Venezolana del Tratado a ratificarse, y el momento de promulgación de dicha Ley queda a criterio del Ejecutivo, que la publicará ateniéndose a los usos internacionales y a razones de conveniencia nacional (artículo 217 Constitucional).

El *iter* formador de los tratados para que ellos comiencen a surtir sus efectos jurídicos plenos, finaliza con la ratificación y publicación de los mismos.

Tal ratificación no puede versar sino sobre el texto aprobado por el legislativo, sin poder salirse del mismo, y si ello ocurriese, el acto es nulo, como cualquier acto administrativo, ya que lo que ha de ratificarse es el Tratado, que no es otro que el aprobado por el Legislativo.

Dentro de ese orden de ideas, cualquier variación del texto aprobado que se efectúe en el acto de la ratificación vicia de nulidad tal acto, y si esta variación no existe expresamente, lo ratificado es el texto de la Ley Aprobatoria del Tratado, y así se declara³⁸².

4. *Cláusula de solución pacífica de controversias*

En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se debe insertar una cláusula por la cual las partes se obliguen a resolver, por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración (art. 155).

Esta norma de la Constitución de 1999 equivale al artículo 129 de la Constitución de 1961.

IX. EL RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD Y DEFENSA DE LA NACIÓN

En esta materia, la Constitución de 1999, sin duda, contiene un cambio sustancial respecto de la Constitución de 1961 la cual, sólo contenía tres disposiciones relativas al tema: la que regulaba el régimen de las armas (art. 133) con antecedentes en la Constitución de 1901; la que establecía la prohibición del ejercicio simultáneo de la autoridad civil y la militar por un mismo funcionario, con excepción del Presidente de la República quien es Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas por razón de su cargo (art. 131); y la que regulaba en general a las Fuerzas Armadas con el siguiente texto:

Artículo 132: Las Fuerzas Armadas Nacionales forman una institución apolítica, obediente y no deliberante, organizada por el Estado para asegurar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y a las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación. Las Fuerzas

382 Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 65 (En prensa).

Armadas Nacionales estarán al servicio de la República, y en ningún caso al de una persona o parcialidad política.

En la nueva Constitución, el régimen de la Seguridad y Defensa³⁸³ aparece con una normativa más militarista, en una forma que no tiene antecedentes en nuestro constitucionalismo³⁸⁴. En 2002 se dictó la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación³⁸⁵

1. *La competencia estatal y de la población*

El artículo 322 de la Constitución comienza por disponer que 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 también de las personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, que se encuentren en el espacio geográfico nacional.

Se destaca, así, el término seguridad de la Nación que se concibe como una función estatal; y la defensa de la Nación como responsabilidad de todas las personas naturales y morales que se encuentren en el territorio nacional.

2. *Los principios de la seguridad de la Nación como corresponsabilidad entre el Estado y la Sociedad Civil*

En cuanto a la seguridad de la Nación, como concepto constitucional, a pesar de la concepción estatista que se establece en el artículo 322 como responsabilidad esencial del Estado; en el artículo 326 se establece que la misma se fundamenta en la *corresponsabilidad* entre el Estado y la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. Todos estos principios, por supuesto, son los que están enumerados en los artículos 1, 2 y 3 de la propia Constitución.

El principio de la corresponsabilidad que se establece en la norma, en todo caso, se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar.

Como se ha dicho, el artículo 327 también regula a los efectos de la aplicación de los principios de seguridad de la Nación, un régimen específico para las fronteras.

383 Véase en general, Véase Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 529 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 225 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 307 y ss.

384 Véase nuestros votos salvados sobre diversas normas del Título en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 228 a 233 y 303 a 306.

385 G.O. N° 37.594 del 18 de diciembre de 2002.

3. *Los órganos de Seguridad y Defensa*

A. *El Consejo de Defensa de la Nación*

La Constitución de 1999 crea, con rango constitucional (art. 323), al Consejo de Defensa de la Nación como el 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 y para establecer el concepto estratégico de la Nación.

El referido Consejo está presidido por el Presidente de la República y lo conforman, además, el Vicepresidente Ejecutivo, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, el Presidente del Consejo Moral Republicano y los Ministros de los sectores de defensa, seguridad interior, relaciones exteriores y planificación, y otros cuya participación se considere pertinente.

En todo caso, corresponde a la ley orgánica respectiva fijar su organización y atribuciones.

B. *La Fuerza Armada Nacional*

a. *Integración*

Las antiguas Fuerzas Armadas Nacionales (Ejército, Armada, Aviación y Guardia Nacional), en la Constitución de 1999 pasan a ser una sola institución, la Fuerza Armada Nacional, integrada, sin embargo, conforme al artículo 328, por el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, que funcionan de manera integral dentro del marco de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social integral propio, según lo establezca su respectiva ley orgánica³⁸⁶.

b. *Responsabilidades de los componentes*

De acuerdo con el artículo 329, además, el Ejército, la Armada y la Aviación tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación.

En cuanto a la Guardia Nacional ésta sólo debe cooperar en el desarrollo de dichas operaciones y tiene como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país.

En todo caso, se establece en la Constitución que la Fuerza Armada Nacional puede ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley.

386 Véase en general, Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 531 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 313 y ss.

c. *Carácter*

En el artículo 328 se precisa el carácter de la Fuerza Armada como 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, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con la Constitución y la ley.

En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación.

No aparece en la Constitución, sin embargo, el carácter apolítico y no deliberante de la Fuerza Armada que establecía el artículo 132 de la Constitución de 1961, ni la obligación esencial de la Fuerza Armada Nacional de asegurar “la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación”, como lo disponía dicha norma.

En cuanto a los miembros de las Fuerzas Armadas, la Constitución de 1999, como se ha dicho, le otorga el derecho de voto (art. 325), y además precisa que los ascensos militares se obtienen por mérito, escalafón y plaza vacante y son competencia exclusiva de la Fuerza Armada Nacional, aún cuando deben estar regulados por la ley respectiva (art. 331).

Se eliminó, así, la previsión de la Constitución de 1961 conforme a la cual los ascensos de altos oficiales debían tener autorización parlamentaria (art. 150, ord. 5°).

C. *Los órganos de seguridad ciudadana*

El artículo 332 de la Constitución establece que el Ejecutivo Nacional, para mantener y restablecer el orden público, proteger al ciudadano o ciudadana, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales, de conformidad con la ley, debe organizar:

1. Un cuerpo uniformado de policía nacional
2. Un cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas
3. Un cuerpo de bomberos y administración de emergencias de carácter civil.
4. Una organización de protección civil y administración de desastres.

Todos estos órganos de seguridad ciudadana son de carácter civil y respetarán la dignidad y los derechos humanos, sin discriminación alguna³⁸⁷.

A pesar de esta competencia nacional, el propio artículo precisa que la función de los órganos de seguridad ciudadana, por supuesto, constituye una competencia

387 Véase Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 535 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 318 y ss

concurrente con los Estados y Municipios establecidos en esta Constitución y la ley. En relación con estas competencias, en 2001 se dictó el Decreto N° 1.533 con Fuerza de Ley de los Cuerpos de Bomberos y Bomberas y Administración de Emergencias de Carácter Civil³⁸⁸ y el Decreto N° 1.557 con Fuerza de Ley del Sistema Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres³⁸⁹.

La remisión a la Constitución, aquí, es para concatenar con los artículos 164, ordinal 6° sobre policía estatal y con el artículo 178, ord. 7° sobre policía municipal. Sin embargo, la remisión a la ley, en esta norma, se refiere a la ley nacional, pues las competencias estatales y municipales en materia de policía, conforme a esas normas, se ejercen por esos niveles territoriales “conforme a la legislación nacional aplicable”, lo que materialmente puede conducir a la marginación de las competencias estatales y municipales y su absorción y control por la policía nacional. En tal sentido se dictó el Decreto N° 1.453 con Fuerza de Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana³⁹⁰.

4. *El régimen de las armas*

De acuerdo con el artículo 324 de la Constitución, en el mismo sentido del artículo 133 de la Constitución de 1961, sólo el Estado puede poseer y usar armas de guerra, por lo que todas las que existan, se fabriquen o introduzcan en el país pasarán a ser propiedad de la República sin indemnización ni proceso³⁹¹.

Sin embargo, en cuanto al control de las armas, particularmente las de carácter civil, constitucionalmente han sido atribuidas a la Fuerza Armada Nacional, institución que se define como la competente para reglamentar y controlar de acuerdo la ley respectiva la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y usos de otras armas (distintas de las de guerra), municiones y explosivos. En 2002 se dictó la Ley para el Desarme³⁹²

5. *El régimen de los documentos concernientes a la seguridad de la Nación*

Conforme al artículo 325 de la Constitución, se reserva al Ejecutivo Nacional (no es que “El Ejecutivo Nacional se reserva como desacertadamente está redactado al artículo) la clasificación y divulgación de aquellos asuntos que guarden relación directa con la planificación y ejecución de operaciones concernientes a la Seguridad de la Nación, en los términos que la ley establezca.

388 Reimpreso por error material del ente emisor en *G.O.* N° 5.561 Extraordinario de 28 de noviembre de 2001.

389 *G.O.* N° 5.557 Extraordinario de 13 de noviembre de 2001.

390 *G.O.* N° 37.318 del 6 de noviembre de 2001.

391 Sobre el régimen de las armas de guerra y la reserva de dominio por motivos de seguridad, véase Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 310 y ss.

392 *G.O.* N° 37.509 del 20 de agosto de 2002.

6. *Apreciación general: La base constitucional para el militarismo*

Analizada globalmente la normativa anterior, pone en evidencia, en la Constitución, un acentuado esquema militarista cuya combinación con el centralismo y el presidencialismo podría conducir inconvenientemente al autoritarismo³⁹³.

En efecto, en la Constitución 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 ya indicadas: *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 (art. 331), que en el constitucionalismo histórico siempre se había previsto; *tercero*, de la eliminación del carácter no deliberante y apolítica 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, pueda deliberar políticamente e 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 de los militares, en forma expresa, del derecho al sufragio (art. 330), lo cual podría ser incompatible, políticamente, con el principio de obediencia; *séptimo*, 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); *octavo*, de la atribución, en general, a la Fuerza Armada de competencias en materia de policía administrativa (art. 329); *noveno*, del establecimiento del privilegio procesal a favor de los generales y almirantes de que para poder ser enjuiciados, el Tribunal Supremo de Justicia debe declarar previamente si hay o no mérito para ello (art. 266, ord. 3); y *décimo*, de la adopción en la Constitución del concepto ya histórico de la doctrina de la seguridad nacional, como 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).

Todo lo anterior 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.

393 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Reflexiones críticas sobre la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Público*, N° 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 7-21; y Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, *op. cit.*, pp. 162 y ss., 182 y ss.

CUARTA PARTE

LA CONSTITUCIÓN DEL PODER PÚBLICO

I. LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER PÚBLICO: NACIONAL, ESTADAL Y MUNICIPAL

Conforme a la tradición constitucional venezolana, el artículo 136 de la Constitución de 1999, organiza al Estado con forma federal, mediante un sistema de “división vertical”³⁹⁴ del Poder Público en tres niveles: Nacional, Estadal y Municipal, atribuyendo su ejercicio a diversos órganos y asignando competencias exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos, las cuales se analizan detalladamente en la *Quinta Parte*.

Se trata, sin duda, de una forma delimitación del poder en el Estado Constitucional de Derecho, tal y como lo ha identificado la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, al señalar en sentencia N° 1819*de 8 de agosto de 2000 (Caso: *René Molina vs. Luis Miquelena*), lo siguiente:

La Constitución de 1999, limita el poder mediante la difusión de la autoridad tanto en el plano horizontal como en el vertical. Esto es, prefigura una distribución horizontal y vertical del Poder Público en la cual sus creadores proveyeron con relación al *thema decidendum* que nos ocupa, la *distribución* del Poder Público en Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional y, la división del Poder Público Nacional en Poder Legislativo, Poder Judicial, Poder Electoral y Poder Moral.

Esta limitación del poder por el poder mismo fundada en el temor a su excesiva concentración, persigue su sometimiento a la regla de derecho, limitando su actuación a las específicas atribuciones y funciones consagradas en la Ley provocando así salvaguardia contra la tiranía y la libertad de los ciudadanos, lo cual se recoge expresamente en los artículos 136 y 137...³⁹⁵.

Esta forma federal del Estado concretizada en la distribución vertical del Poder Público³⁹⁶, comenzó a expresarse formalmente en texto constitucional en la Consti-

394 Véase sentencia N° 355 de 11-5-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 342 y ss.

395 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 264 y ss.

396 Véase en general, sobre el Poder Público y la forma del Estado, Carlos Luis Carrillo Artilles, “La composición del poder público en la Constitución de la República Bolivariana de Ve-

tución de 1858, que estableció que “El Poder Público se divide en Nacional y Municipal” (art. 9). Posteriormente, en la Constitución de 1901 se retomó la fórmula, expresándose que “El Poder Público se distribuye entre el Poder Federal y el Poder de los Estados” (art. 29), lo que se repitió en todas las Constituciones posteriores hasta la de 1925, en la cual se agregó al Poder Municipal así: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Federal, el de los Estados y el Municipio” (art. 51).

La norma se repitió en las Constituciones posteriores hasta que en la Constitución de 1947 se invirtió la enumeración así: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el de los Estados y el Nacional...” (art. 86), lo que se repitió en la Constitución de 1953 (art. 40).

La Constitución de 1961 no utilizó la fórmula tradicional y se limitó a señalar que “Cada una de las ramas del Poder Público tienen sus funciones propias...” (art. 118), aludiendo, sin duda, a las ramas Nacional, Estatal y Municipal, pero sin enumerarlas.

Ahora, a propuesta nuestra³⁹⁷, la Constitución de 1999 vuelve a la fórmula tradicional al disponer en su artículo 136 que:

El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional.

nezuela”, *Libro Homenaje a Enrique Tejera Paris, Temas sobre la Constitución de 1999*, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas, 2001, pp. 51 a 76; C. Kiriadis Longhi, “Notas sobre la estructura orgánica del Estado venezolano en la Constitución de 1999”, en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia-Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 1031-1082; e Hildegard Rondón de Sansó, “Las transformaciones fundamentales en la organización y dinámica del Estado derivadas de la Constitución de 1999”, en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen II, Tribunal Supremo de Justicia-Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 619-644; Allan R. Brewer-Carías, “La descentralización política en la Constitución de 1999: Federalismo y Municipalismo (una reforma insuficiente y regresiva)” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 138, Año LXVIII, enero-diciembre 2001, Caracas 2002, pp. 313-359; y publicado también en *Provincia. Revista Venezolana de Estudios Territoriales*, Número 7, julio-diciembre 2001, II Etapa, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL), Universidad de los Andes, Mérida, 2001, pp. 7-92; 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*, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 107-136; Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los Poderes Públicos”, en *Revista Derecho y Sociedad de la Universidad Monteávila*, N° 2 (abril), Caracas, 2001, pp. 135-150; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 121 y ss; Cecilia Sosa Gómez, “La organización política del Estado venezolano: el Poder Público Nacional”, en *Revista de Derecho Público*, N° 82 (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 71-83; María V. Espina Molina y Ornella Bernabei Zaccaro, “Nueva estructura del Estado venezolano”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos, Editores, Caracas, 2000, pp.65-116; César A. Loaiza Moyetones, “Los órganos del Estado”, en *Derecho Constitucional. General y Particular. Actualizado con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 24-03-2000*, Tomo I. Universidad Santa María, Caracas, pp. 151-175.

397 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 septiembre-17 octubre de 1999), Caracas, 1999, pp. 161 a 164.

Ello se completa con la fórmula de colaboración o cooperación entre los Poderes que regulaba la Constitución de 1961 (art. 118), que se recoge en el artículo 136 de la Constitución así:

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.

De esta norma se debe destacar, por una parte el concepto de funciones del Estado³⁹⁸ y por la otra, el concepto de fines del Estado, expresamente definidos en el artículo 3° de la Constitución ya comentado.

En todo el texto constitucional, en consecuencia, se pueden encontrar disposiciones que se refieren, en general, al Poder Público que, por tanto, rigen respecto de los órganos de los tres niveles territoriales; y disposiciones específicamente destinadas a cada uno de los niveles.

II. LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES

1. *El Estado y la personalidad jurídica estatal*

En el ámbito de la comunidad internacional, la República de Venezuela, como Estado, goza de personalidad jurídica internacional; en cambio, en el ámbito interno, el Estado, como tal, no es una persona jurídica. En realidad, se conforma por un conjunto de personas jurídicas (personas jurídicas estatales) que derivan del sistema constitucional que se ha establecido para la distribución territorial del Poder Público.

En Venezuela, en efecto, tratándose de un Estado con forma “federación descentralizada” (art. 4 de la Constitución) conforme a la cual “el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional” (art. 13 de la Constitución), el “Estado” está básicamente conformado por un conjunto de personas jurídicas político territoriales como son la República, los Estados y los Municipios, y por otras personas jurídicas estatales producto de la descentralización política y funcional. El Estado, por tanto, se insiste, no es una persona jurídica en el ámbito interno; lo que existen son muchas personas jurídicas que actualizan su voluntad, que son las personas jurídicas estatales, en definitiva, que conforman el Estado.

Por supuesto, bajo este ángulo, la “Administración Pública” tampoco es una persona jurídica, ni puede decirse que hay muchas Administraciones Públicas como personas jurídicas. La Administración Pública, en realidad, es una organización que, por supuesto, está conformada por un conjunto de órganos que, además, lo son de las personas jurídicas estatales, y que como tales órganos, sirven para manifestar o actualizar la voluntad de éstas y mediante ellas, del Estado. La Administración Pública, por tanto, está conformada por las personas jurídicas estatales (entes) y por sus órganos, los cuales, como lo precisa la misma Ley Orgánica de la Administra-

398 Véase 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. 111 y ss.

ción Pública³⁹⁹, son las unidades administrativas de dichas personas jurídicas estatales (art. 15).

De lo anterior se entiende la importancia que tiene para el derecho público el tema de la personalidad jurídica, lo que llevó a M. Hauriou, incluso, a definir el derecho administrativo como la rama del derecho público que tiene por objeto la organización y el ejercicio de los derechos de las personas administrativas⁴⁰⁰.

En consecuencia, tan importante para el derecho constitucional y administrativo el estudio de las personas jurídicas que actualizan la voluntad del Estado, cuyos órganos ejercen el Poder Público; como las unidades administrativas que constituyen los órganos de tales personas jurídicas.

En cuanto a esas personas jurídicas estatales que son los sujetos de derecho cuyos órganos conforman la Administración Pública, ellas son objeto de regulación por parte del derecho administrativo, porque en definitiva, son los que establecen relaciones jurídico-administrativas con los particulares. La Administración Pública, por tanto, no es una persona jurídica en sí misma; sino que los órganos que la conforman lo son de diversas personas jurídicas estatales. Por ello, insistimos, es que el tema de la personalidad jurídica tiene tanta importancia en el derecho administrativo.

2. *Las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico*

En todo caso, como en tantos otros aspectos del derecho administrativo, la construcción de la teoría de la personalidad jurídica no puede hacerse con independencia de los principios y regulaciones de la teoría general del derecho y, en especial del derecho civil, pues la idea de persona jurídica moral, como sujeto de derecho, es y tiene que ser una y única.

En efecto, de acuerdo al Código Civil, en el mundo del derecho, además de las personas naturales, son reconocidos como sujetos de derecho, es decir, como entes capaces de derechos y obligaciones, una serie de “centros de intereses” a los cuales, para protegerlos jurídicamente, el ordenamiento jurídico le asigna el carácter de personas jurídicas o morales, como entidades abstractas. En tal sentido, el artículo 19 del Código Civil dispone:

Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos:

- 1°. La Nación y las Entidades políticas que la componen;
- 2°. Las iglesias, de cualquier credo que sean, las universidades y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público.
- 3°. Asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado.

De acuerdo con la enumeración de este artículo del Código Civil, en consecuencia, son personas jurídicas en el ordenamiento jurídico venezolano:

En *primer lugar*, las *personas político-territoriales*, que el Código Civil enuncia como “la Nación y las entidades políticas que la componen”, y que conforme a

399 Véase en *Gaceta Oficial* N° 37.035 de 17-10-2001.

400 Véase Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif*, Paris 1893, pág. 171

la terminología de la Constitución de 1999⁴⁰¹ integran al Estado. La forma federal del mismo (art. 4) y la distribución vertical del Poder Público “entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional” da origen a tres niveles de personas jurídicas que integran al Estado: la República, que ejerce el Poder Nacional, los Estados que ejercen el Poder Estatal y los Municipios y demás entidades locales (entre ellas los Distritos Metropolitanos) que ejercen el Poder Municipal.

En esta forma el “Estado” como se dijo en el derecho interno, comprende a la República, a los Estados y a los Municipios y las demás entidades locales. Por tanto, en el derecho interno, la República es una de las personificaciones del Estado en el ámbito nacional, siendo los Estados Federados y los Municipios también, personificaciones del Estado en sus respectivos ámbitos territoriales.

El Estado, por tanto, no se puede confundir con la República⁴⁰² y menos aún cuando la Constitución usa la palabra “Estado” como lo decía la misma exposición de motivos de la Constitución de 1961 para conceptuar “la organización política y jurídica representada por el Poder Público frente a las actividades privadas”⁴⁰³. La Constitución de 1999, sin duda, sigue el mismo criterio al regular el Estado federal y la distribución vertical del Poder Público.

En *segundo lugar*, de acuerdo al artículo 19 del Código Civil, también son personas jurídicas en el ordenamiento jurídico venezolano, las *personas jurídicas “de carácter público”*, entre las cuales el Código enuncia a “las iglesias de cualquier credo que sean y las universidades”. Estas personas jurídicas de carácter público, conforme a la terminología empleada en la Constitución de 1999 (art. 145, en particular) son las “demás personas jurídicas de derecho público” (excluidas las político-territoriales) y que comprenden, además de las de carácter corporativo, algunas de las cuales son las que enuncia el ordinal 2 del artículo 19 del Código Civil (iglesias y universidades), y las de carácter institucional (o fundacional) que son los institutos autónomos, terminología acogida también en la Constitución (art. 142, entre otros).

En *tercer lugar*, el Código Civil también considera como personas a las *personas jurídicas “de carácter privado”*, las cuales son las personas jurídicas de derecho privado, terminología también seguida en la Constitución (art. 145, entre otros), que comprenden las asociaciones, entre las cuales se destacan las sociedades civiles y sociedades mercantiles, las corporaciones y las fundaciones lícitas, cuya personalidad se adquiere, en principio, con la protocolización de la correspondiente acta constitutiva en la respectiva Oficina Subalterna de Registro.

Ahora bien, no todas las personas jurídicas enumeradas en este artículo 19 del Código Civil interesan al derecho administrativo ni son objeto de regulación formal por parte de esta disciplina. Entre ellas son objeto de estudio por el derecho administrativo, aquéllas que forman parte de la organización general del Estado, sean de

401 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, Caracas 2000.

402 Error en el cual incurrió, muy impropia y lamentablemente la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Véase sentencia de 20-1-83, en *Revista de Derecho Público* N° 13, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 160 y ss. Véase los comentarios críticos a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid 1985, pp. 571 y siguientes.

403 Exposición de Motivos de la Constitución de 1961 en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, N° 21, Caracas 1961, p. 373.

derecho público o de derecho privado, es decir, aquéllas que conforman lo que desde el punto de vista económico constituye el “sector público” (art. 283, ord. 3 de la Constitución) y que pueden considerarse como personas jurídicas *estatales* conforme a la terminología que adopta la Constitución (art. 145 y 180 entre otros).

También es objeto de estudio por nuestra disciplina aquellas personas jurídicas con forma de derecho público que aun siendo no estatales, por el conjunto de potestades que le están atribuidas por Ley están sometidas a un régimen de derecho administrativo.

En efecto, de acuerdo a la enumeración del mismo artículo 19 del Código Civil, entre las personas jurídicas estatales, además de las político-territoriales, están algunas de carácter público o de derecho público, como los institutos autónomos. Sin embargo, no todas las personas de derecho público son estatales, porque por ejemplo, si bien los Colegios Profesionales y las Iglesias son “personas de derecho público”, no son, en absoluto, de carácter estatal, pues no forman parte de la organización general del Estado.

Por otra parte, también son personas *estatales* todas aquellas personas jurídicas de derecho privado creadas y dirigidas por entes públicos, como sucede con las sociedades mercantiles (empresas del Estado) y civiles del Estado o las fundaciones del Estado. El carácter estatal de todas esas personas jurídicas, por tanto, es independiente de su carácter de derecho público o de derecho privado. Por pertenecer a la organización administrativa del Estado (sector público), son objeto de regulación por parte del derecho administrativo.

Pero además, como se dijo, también interesan al derecho administrativo y están sometidas a sus regulaciones, todas aquellas personas jurídicas que aún cuando no sean estatales, porque no forman parte de la organización general del Estado, sin embargo, son de *derecho público* o, en la terminología del artículo 19 del Código Civil, son “cuerpos morales de carácter público” como puede suceder, por ejemplo, con los Colegios profesionales o las Academias Nacionales.

3. *Las personas jurídicas en la Constitución*

De lo anterior resulta, por tanto, el empleo de dos clasificaciones distintas respecto de las personas jurídicas en el derecho administrativo: por una parte, la que distingue entre las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado, según la forma jurídica adoptada; y por la otra, la que distingue las personas estatales de las no estatales, según la integración del ente a la estructura y organización general del Estado. Estas dos clasificaciones son las adoptadas en la Constitución de 1999, lo que por supuesto contrasta con la clasificación tradicional (personas públicas y personas privadas) que se ha hecho de las personas jurídicas en el derecho administrativo⁴⁰⁴

404 Véase en general sobre el tema de la personalidad jurídica en la Constitución, Juan A. Bracamonte, “La personalidad jurídica del Estado”, en *Derecho Constitucional. General y Particular. Actualizado con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 24-03-2000*, Tomo I. Universidad Santa María, Caracas, pp. 110-117; José Peña Solís, “El régimen de las personas jurídicas públicas (entes públicos) en Venezuela”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen II. Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 313-368.

En efecto, el artículo 145 de la Constitución, al establecer la inhabilitación de los funcionarios públicos para celebrar contratos con entes públicos, previendo la prohibición en la forma siguiente:

Quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales no podrá celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpósita personas, ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezca la ley.

De esta norma lo que a los efectos de este estudio interesa destacar en relación con las personas jurídicas estatales que pueden celebrar contratos de la Administración, es la doble distinción que en ella se establece respecto de las personas jurídicas: por una parte, entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado; y por la otra, entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales; clasificación que propusimos hace décadas⁴⁰⁵. La prohibición de contratar que se impone a los funcionarios públicos, por supuesto, es con las personas jurídicas estatales, cualquiera que sea su forma jurídica, de derecho público o de derecho privado.

Estas distinciones se recogen, además, en otras normas constitucionales. En cuanto a la forma jurídica de las personas jurídicas, el artículo 322 de la Constitución, al señalar que la seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, indica que aquélla se fundamenta en el desarrollo integral la Nación y que su defensa es responsabilidad de los venezolanos y de las "personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado" que se encuentren en el espacio geográfico nacional. Por otra parte, en los artículos 159 y 168 se atribuye expresamente personalidad jurídica a los Estados y Municipios como personas de derecho público territoriales; en los artículos 142 y 149,1 se regulan los "institutos autónomos" como personas jurídicas de derecho público institucionales y el artículo 318 califica expresamente al Banco Central de Venezuela como "persona jurídica de derecho público".

En cuanto a la pertenencia de las personas jurídicas al Estado o al sector público, el artículo 190, al regular las incompatibilidades de los diputados a la Asamblea Nacional, precisa, entre otros aspectos, que no pueden ser propietarios, administradores o directores de empresas "que contraten con personas jurídicas estatales". Por otra parte, el artículo 180, al regular la inmunidad tributaria de los entes o personas jurídicas político territoriales (República, Estados y Municipios) entre sí, señala que las inmunidades frente a la potestad impositiva de los Municipios a favor de los demás entes político territoriales "se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creados por ellos". Además, el artículo 289, al regular las atribuciones de la Contraloría General de la República, precisa la competencia de este órgano para realizar inspecciones y fiscalizaciones respecto de "las personas jurídicas del sector público".

405 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho", en Revista Argentina de Derecho Administrativo, N° 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15 a 29; en Revista de la Facultad de Derecho, UCV, N° 57, Caracas 1976, pp. 115 a 135; y en *Fundamentos de la Administración Pública*, Caracas, 1980, pp. 223 a 248.

De toda esta normativa constitucional deriva, por tanto, como ya hemos señalado, que la expresión genérica de "Estado" comprende a todas las personas jurídicas que en el orden interno y en la organización política del Estado federal se consideran como parte del mismo, conforme a los tres niveles de distribución territorial del Poder Público: nacional, estatal y municipal.

Se establecen así, en la Constitución, como hemos indicado, dos clasificaciones respecto de las personas jurídicas. La primera, que distingue entre las personas jurídicas estatales, que forman parte de la organización general del Estado en sus tres niveles territoriales o, si se quiere del sector público; y las personas jurídicas no estatales, que no forman parte del Estado o del sector público; y la segunda, que distingue, según la forma jurídica que adoptan las personas jurídicas, entre personas jurídicas de derecho público, como los institutos autónomos, y personas jurídicas de derecho privado, como las sociedades anónimas del Estado (empresas del Estado, o "empresas públicas" conforme las denominan los artículos 189,1 y 184,4, respectivamente, de la Constitución).

Ahora bien, en virtud de que la Constitución se refiere a las personas jurídicas estatales y a las personas jurídicas de derecho público, como objeto de regulación por el derecho administrativo, ello nos conduce a que tengamos que plantear la interrogante de si dichas personas estatales o las personas de derecho público coinciden o no con lo que de acuerdo a la terminología usada con frecuencia, se ha denominado "personas públicas" por oposición a las "personas privadas".

Ésta, en efecto, puede considerarse como una distinción de las personas jurídicas que pudo haber tenido aplicación hasta comienzos del siglo pasado, cuando no existía la diversidad de entes administrativos que conforman la Administración Pública contemporánea. Por ello, la Constitución de 1999, debido al universo de las entidades que con personalidad jurídica actúan en el mundo contemporáneo, ha desechado la clásica distinción entre personas públicas y personas privadas por resultar insuficiente para clasificarlas.

El proceso de publicización del campo de lo privado, tan característico de la ruptura de los moldes clásicos del Estado liberal abstencionista; y la privatización jurídica del campo de lo público, por la tendencia creciente del Estado de despojarse de su *imperium*, han provocado la obsolescencia y, a veces, imposibilidad de aquella distinción otrora simple⁴⁰⁶.

En efecto, esa distinción identificaba la "persona pública" con las organizaciones integradas al Estado (inicialmente las personas territoriales y posteriormente, los establecimientos públicos) que adoptaban solamente las formas jurídicas originarias del derecho público (instituto autónomo, por ejemplo) y que, como consecuencia, estaban regidas por el derecho público; y en el mismo sentido, identificaba a las personas privadas con las organizaciones establecidas por los particulares (sociedades y fundaciones), que adoptaban solamente las formas jurídicas originarias del derecho privado (compañía anónima, por ejemplo) y que, como consecuencia, estaban regidas por el derecho privado.

406 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo" en *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas, 1996*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 1996, pp. 23 a 73.

La realidad jurídica actual, por el contrario, muestra que esa distinción tradicional se ha roto totalmente, al menos con relación a los elementos que le daban sentido⁴⁰⁷.

III. RÉGIMEN DEL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO EN LOS TRES NIVELES TERRITORIALES

1. *Principios generales*

En el Capítulo I (Disposiciones Fundamentales) del Título IV (Del Poder Público) de la Constitución, se pueden identificar un conjunto de principios generales y de tradición constitucional que se aplican a todas las ramas del Poder Público Nacional, estatal y Municipal⁴⁰⁸.

A. *El principio de legalidad*

Ante todo está el principio de legalidad que deriva del artículo 137 de la Constitución (con similar redacción a la del artículo 117 de la Constitución de 1961) que dispone:

La Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

De esta nueva redacción se debe destacar que no se habla de “atribuciones del Poder Público”, lo cual era impropio, ya que el Poder Público es una potestad constitucional y no un órgano; y en su lugar, como lo propusimos⁴⁰⁹ se habla de “las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público”, cuyas actividades son las que deben sujetarse a la Constitución y a las leyes.

El principio de la legalidad o de conformidad con el derecho, por tanto, implica que las actividades que realicen los órganos que ejercen el Poder Público deben someterse a la Constitución y a las leyes⁴¹⁰, por lo que las actividades contrarias al derecho están sometidas al control tanto de la jurisdicción constitucional (art. 334) como de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 259).

Sobre el principio de legalidad la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 271 de 25 de abril de 2002 (Caso: *José G. Rossi G.*) sentó los siguientes criterios:

407 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho", citado en Nota 6.

408 Véase en general, Véase Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 273 y ss.; y Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 111 y ss.

409 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, *op. cit.* pp. 172 y 173.

410 Véase en general, Carlos L. Carrillo Artilles, “La ampliación cuantitativa del principio de la legalidad en la Constitución de 1999”, 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. 1359-1371.

En sus inicios, el principio de la legalidad se funda en el concepto de ley, proclamado por Rousseau, cuya concepción de la ley como expresión del querer o consentimiento del conglomerado va a funcionalizar la Revolución francesa, al tiempo que da sustento al llamado desde entonces Poder Legislativo. El carácter superior de la ley significa que nada fuera de la Constitución puede limitarla, y que tiene, en consecuencia, primacía sobre los actos emanados de los demás poderes, pues toda la construcción técnica de la misma está encaminada a garantizarle una superioridad en la creación del derecho.

Esta concepción de la ley como acto vinculante para los factores formalizados de poder en un Estado determinado, en razón del principio de mantenimiento de la regularidad de la actuación de los órganos públicos, se extiende a todo acto normativo que emane de órganos distintos al propio cuerpo legislador nacional, por lo que la subordinación al derecho de los actos del poder público debe entenderse frente a todo el ordenamiento jurídico, del cual forman parte los reglamentos, ordenanzas y demás actos normativos.

La concreción de este principio de la legalidad aplicado a la Administración ha sido destacado en innumerables ocasiones por el máximo tribunal de la República. Así, en su oportunidad, la Corte Federal expresó al respecto lo siguiente:

El Estado de Derecho de los regímenes democráticos no puede funcionar cabalmente con mengua del principio de la legalidad, según el cual todos los actos de la administración pública han de ser cumplidos o realizados dentro de las normas preestablecidas por la autoridad competente". (Decisión de 09-08-57, *Gaceta Forense*, 2ª Etapa, N° 17, pág. 132).

En otra decisión, la misma Corte Federal dejó sentado lo que sigue:

Todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas. De ahí el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual éstos carecen de vida jurídica, no sólo cuando les falta como fuente primaria un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley". (Decisión de 17-07-53, *Gaceta Forense*, 2º etapa, N° 1, pág. 151)⁴¹¹

B. *La nulidad de los actos emanados de la autoridad usurpada*

Siguiendo la tradición constitucional venezolana y con la misma redacción del artículo 119 de la Constitución de 1961, el artículo 138 precisa que "Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos"⁴¹².

El supuesto de usurpación de autoridad, que es más grave que una incompetencia, apunta al hecho de que una persona no investida de autoridad, ejerza una función que corresponde a un órgano estatal. Es una incompetencia constitucional que acarrea la nulidad absoluta de los actos que dicte el usurpador. Se distingue, así la usurpación de autoridad de otros vicios de incompetencia constitucional, como la usurpación de funciones⁴¹³.

411 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 412 y ss.

412 Véase en general, Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 274 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, p. 113.

413 Véase sobre estos vicios Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 59.

En la Constitución de 1999, sin embargo, se eliminó otra norma de larga tradición constitucional que tiene su origen en las Constituciones del Siglo pasado, que establecía un supuesto de nulidad de actos estatales viciados en la manifestación de voluntad emitida bajo violencia y que estaba contenida en el artículo 120 de la Constitución de 1961, con el siguiente texto:

Es nula toda decisión acordada por requisición directa o indirecta de la fuerza, o por reunión de individuos en actitud subversiva.

C. *Responsabilidad de los funcionarios*

El artículo 139 de la Constitución, por otra parte, recoge otra norma tradicional de nuestro constitucionalismo que establece el principio de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos en el ejercicio del Poder Público⁴¹⁴, al establecer que:

El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley.

Recoge la norma el principio del artículo 121 de la Constitución de 1961, pero agregando el concepto de desviación de poder a los supuestos que generan responsabilidad del funcionario.

En consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios que causen daños al ejercer el Poder Público, se puede originar cuando ello ocurra por abuso de poder, es decir, por el llamado vicio en la causa de los actos estatales (falso supuesto, por ejemplo); por desviación de poder, que es el vicio en la finalidad del acto estatal, al usarse el poder conferido para perseguir fines distintos a los establecidos en la norma atributiva de competencia; y en general, por violación de la Constitución o de la Ley, es decir, en general, por contrariedad al derecho⁴¹⁵.

D. *Responsabilidad patrimonial del Estado*

Una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del Poder Público, es la previsión expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado; es decir, de las personas jurídicas estatales, básicamente la que resultan de la distribución vertical del Poder Público (Repúblicas, Estados y de Municipios), por los daños y perjuicios que causen los funcionarios en ejercicio de sus funciones.

414 Véase en general, Jesús Caballero Ortiz, "Consideraciones fundamentales sobre la responsabilidad administrativa en Francia y en España y su recepción en la Constitución venezolana de 1999", en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 255-271; Luis A. Ortiz-Álvarez, "La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999", en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen II. Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 149-208; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 203 y ss., 275 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 114-115.

415 Sobre estos vicios véase, Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987, pp. 528 y ss.

En la Constitución de 1961 el principio de la responsabilidad del Estado, por supuesto, que se deducía de la previsión del artículo 47 de que establecía que las personas no podían pretender que los entes estatales los indemnizaran sino por daños causados por “autoridades legítimas en ejercicio de su función pública”; y del artículo 206, que regulaba la jurisdicción contencioso administrativa (equivalente al artículo 259 de la Constitución de 1999), al atribuirle a los tribunales de dicha jurisdicción, competencia para dictar sentencias de condena “al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración”.

A propuesta nuestra⁴¹⁶ se incluyó en la nueva Constitución una norma expresa en la materia, con el siguiente texto:

Artículo 140: El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

La expresión “funcionamiento de la Administración Pública”, de carácter muy genérico, permite que la responsabilidad del Estado se origine cuando la lesión se derive del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos a cargo del Estado o en general, de la actividad administrativa realizada por la Administración Pública, como estructura orgánica⁴¹⁷.

Se observa, ante todo, que conforme a este artículo, la responsabilidad es del “Estado”, es decir, de las personas jurídicas estatales en particular, de la República, de los Estados y de los Municipios en sus respectivos niveles territoriales, por el funcionamiento de sus Administraciones Públicas.

416 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 184 y ss.

417 Véase en general, Luis Ortiz Álvarez, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Caracas, 1995; Margarita Escudero León, “Reflexiones sobre la ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de sumas de dinero”, 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. 2310-2329; María E. Soto, “Régimen constitucional de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública”, en *Revista LEX NOVA del Colegio de Abogados del Estado Zulia*, N° 239, Maracaibo, 2001, pp. 49-72; Luis A. Ortiz-Álvarez, “La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen II, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 149-208; Ana C. Núñez Machado, “La nueva Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2000, pp. 35-64; Abdón Sánchez Noguera, “La responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función jurisdiccional en la Constitución venezolana de 1999”, en *Revista Tachirensis de Derecho*, N° 12 (enero-diciembre). Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2000, pp. 55-74; Luis Ortiz-Álvarez, “La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1 (septiembre-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 267-312; Ana C. Núñez Machado, “Reflexiones sobre la interpretación constitucional y el artículo 140 de la Constitución sobre responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 15 (mayo-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 207-222; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 276 y ss; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 115-116.

Ahora bien, en cuanto a la expresión “Administración Pública” utilizada en este artículo, en todo caso, debe interpretarse conforme se utiliza la expresión en el Título IV de la Constitución, donde está ubicada, abarcando no sólo la Administración Pública conformada por los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, en los y tres niveles político territoriales, sino la conformada por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, así como la Administración Pública que constituye la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia y las unidades administrativas de la Asamblea Nacional.

La redacción de la norma, sin embargo, podría plantear dudas sobre su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado legislador, causada, por ejemplo, al sancionar una ley, la cual sin embargo, deriva de los principios generales del derecho público⁴¹⁸. En cuanto a la responsabilidad del Estado por actos judiciales o de los jueces, ésta, sin embargo, sí está regulada expresamente en los artículos 49,8 y 255 de la Constitución.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, por la actividad de la Administración Pública, por otra parte, lo reitera el artículo 14 de la LOAP, que: aún cuando en forma impropia al disponer y la responsabilidad patrimonial sería de la “Administración Pública”, cuando esta no es sujeto de derecho ni persona jurídica. La norma, en efecto, señala:

La Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios por su actuación.

La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento.

La “Administración Pública”, en efecto, no puede ser responsable pues no es un sujeto de derecho; la responsabilidad es de las personas jurídicas estatales político-territoriales, (República, Estado, Municipios, Distritos Metropolitana), o descentralizadas (*p.e.*, institutos autónomos) que la Constitución comprende en la expresión “Estado”.

La Sala Constitucional ha sentado criterio de que la Constitución de 1999 establece un régimen amplio, integral y objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado que se erige en garantía de los particulares frente a las actuaciones dañosas de la Administración, mucho más amplio del establecido en la Constitución de 1961, del cual “no cabe duda que dicha responsabilidad debe ser apreciada de manera objetiva descartándose la culpa del funcionario como fundamento único del sistema indemnizatorio”. En consecuencia, la Sala apartándose del criterio restringido que había sido establecido por la Sala Político Administrativa en sentencia N° 943 de 15-05-2001, en la sentencia N° 2818 de 19-11-2002 (Caso: *Ramón Oscar Carmona Vásquez*), estableció que “la responsabilidad patrimonial del Estado no debe ser considerada como una garantía en favor de los entes públicos; por el con-

418 Véase Carlos A. Urdaneta Sandoval, “El Estado venezolano y el fundamento de su responsabilidad patrimonial extracontractual por el ejercicio de la función legislativa a la luz de la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 247-301;

trario, su consagración constitucional exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido amplio y progresista como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño⁴¹⁹. Además, en dicha sentencia la Sala dispuso lo siguiente:

La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, acorde con el modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia proclamado en su artículo 2, y en correlación con el carácter de gobierno responsable que los artículos 6 y 141 *ejusdem* atribuyen al Estado administrador, consagra un sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado, y así se recoge en la Exposición de Motivos cuando se señala expresamente que: "...se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones".

Es así, como los artículos 25,29, 30,140, 259, 46 numeral 4, 49 numeral 8, 115,139, 141,199, 216, 222, 232, 244, 255, 281, y 285 de la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela permiten configurar el régimen básico de responsabilidad integral del Estado venezolano, el cual abarca todos los daños ocasionados por cualesquiera sea la actividad derivada del ejercicio del Poder Público⁴²⁰.

2. *El régimen de la Administración Pública*

A. *Ámbito de la Administración Pública*

Como hemos señalado, la Constitución de 1999 contiene un extenso Título IV relativo al "Poder Público", cuyas normas se aplican a todos los órganos que ejercen el Poder Público tal como lo indica el artículo 136: en su distribución vertical o territorial (Poder Municipal, Poder Estatal y Poder Nacional); y, en el nivel Nacional, en su distribución horizontal (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral)⁴²¹.

En dicho Título se incorporó una sección relativa a la Administración Pública⁴²², cuyas normas, desarrolladas en la Ley Orgánica de la Administración Pública

419 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 113 y ss.

420 *Idem*.

421 Véase nuestra propuesta sobre este título en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 sept.-17 oct. 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 159 y ss.

422 Véase en general, Antonieta Garrido de Cárdenas, "La Administración Pública Nacional y su organización administrativa 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. 427.471; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 277 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 112 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 116 y ss.

de 2001⁴²³, se aplican a todos los órganos y entes que ejercen esos Poderes Públicos. De allí que lo primero que debe determinarse es cuáles son los órganos estatales que ejercen el Poder Público y que pueden considerarse como tal “Administración Pública”.

Ante todo, por supuesto, están los órganos de los diversos niveles del Poder Público (Nacional, Estatal y Municipal) que ejercen el Poder Ejecutivo. En consecuencia, las normas que contiene la sección se aplican a todas las “Administraciones Públicas” *ejecutivas* de la República (administración pública nacional), de los Estados (administración pública estatal), de los Municipios (administración pública municipal) y de las otras entidades políticas territoriales que establece el artículo 16 de la Constitución, entre las cuales se destacan los Distritos Metropolitanos cuyos órganos ejercen el Poder Municipal.

Pero la Administración Pública del Estado venezolano, en los tres niveles territoriales de distribución vertical del Poder Público, no se agota en los órganos y entes de la Administración Pública *ejecutiva* (que ejercen el Poder Ejecutivo), pues también comprende los otros órganos de los Poderes Públicos que desarrollan las funciones del Estado de carácter sublegal. En tal sentido, en el nivel nacional, los órganos que ejercen el Poder Ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo) y el Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral), sin la menor duda, son órganos que integran la Administración Pública del Estado, organizados con autonomía funcional respecto de los órganos que ejercen otros poderes del Estado. En cuanto a los órganos que ejercen el Poder Judicial, los que conforman la Dirección Ejecutiva de la Magistratura mediante la cual el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, también son parte de la Administración Pública del Estado.

En consecuencia, en los términos de la sección segunda del Título IV de la Constitución, la Administración Pública del Estado no sólo está conformada por órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sino por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, y por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que en ejercicio del Poder Judicial tiene a su cargo la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial⁴²⁴.

Para desarrollar los principios constitucionales relativos a la Administración Pública, como se ha dicho, se ha dictado la Ley Orgánica de la Administración Pública (en lo adelante LOAP), la cual, como lo indica su artículo 1º, tiene por objeto general:

423 Véase en *G.O.* N° 37.305 de 17-10-2001. Esta Ley Orgánica sólo derogó expresamente la Ley Orgánica de la Administración Central, cuya última reforma había sido la hecha mediante Decreto-Ley N° 369 de 14-9-99, en *Gaceta Oficial* N° 36.850 de 14-12-99. Véase en general, Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas, 2002. Véase Gustavo Briceño Vivas, “Principios constitucionales que rigen la Administración en la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública”, *Temas de derecho administrativo, Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N° 7, Caracas, 2002, pp. 351 a 372.

424 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas 1994, pp. 11 y 53.

- 1º) Establecer los principios y bases que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública;
- 2º) Establecer los principios y lineamientos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional y de la administración descentralizada funcionalmente;⁴²⁵
- 3º) Regular los compromisos de gestión;
- 4º) Crear mecanismos para promover la participación y el control sobre las políticas y resultados públicos; y
- 5º) Establecer las normas básicas sobre los archivos y registros públicos.

Siendo una ley nacional, por supuesto, sus disposiciones son básicamente “aplicables a la Administración Pública Nacional” (art. 2). La Ley, sin embargo, no define qué ha de entenderse por ello; pero de su normativa se deduce que abarca la Administración Pública que conforman los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo Nacional y aquéllos que conforman la Administración Pública nacional descentralizada sometida al control de aquél, con forma de derecho público.

En cuanto a la Administración Pública que conforman los demás órganos del Poder Público Nacional, es decir, los que a nivel nacional ejercen el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, las disposiciones de la Ley Orgánica sólo se les aplican “supletoriamente” (art. 2). En cuanto a los órganos que ejercen el Poder Legislativo, respecto de las funciones administrativas que realicen, conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica, también se les podrán aplicar sus disposiciones supletoriamente.

En relación con los órganos de los Poderes Públicos que derivan de la distribución territorial del Poder Público, conforme al artículo 2 de la LOAP “los principios y normas (de la Ley Orgánica) que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los Estados, Distritos metropolitanos y Municipios, serán de obligatoria observancia por éstos, quienes desarrollarán los mismos dentro del ámbito de sus respectivas competencias”.

En cuanto a las demás regulaciones de la Ley Orgánica, rige el mismo principio de su posible aplicación supletoria a las Administraciones Públicas de los Estados y Municipios (art. 2).

En todo caso, la LOAP trae la siguiente definición de órganos y entes de la Administración Pública, lo que contribuye a precisar el ámbito orgánico de sus regulaciones. De acuerdo con el artículo 15 de la ley, se considera “ente” toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los Estados, de los Distritos metropolitanos y de los Municipios.

El artículo 15 de la ley LOAP define como “órganos”, las unidades administrativas “de la República, los Estados, los Distritos metropolitanos y entes públicos a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo”. Curiosamente, en esta enumeración se omitió a los Municipios, lo que sin duda fue una inadvertencia involuntaria.

425 En cuanto a los dos objetos indicados en los ordinales 1 y 2 del artículo 1º de la Ley Orgánica, ésta en términos generales recogió todos los principios que estudiamos en Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización... cit.*, pp. 35 y ss.

Nuestro propósito, en estas notas, es analizar el conjunto de principios que rigen la Administración Pública tal como se han establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica. Para ello, analizaremos en primer lugar, los principios fundamentales que rigen respecto de todos los órganos que ejercen el Poder Público y por tanto, de los que conforman la Administración Pública; en segundo lugar, los principios relativos a la actividad de la Administración Pública; en tercer lugar, los principios relativos a la competencia; en cuarto, quinto, sexto y séptimo lugar, los principios y el régimen de la organización administrativa y de la gestión de los órganos y entes públicos; en octavo lugar, los derechos de los administrados frente a la Administración Pública; y en noveno lugar, el régimen de los archivos públicos y de la documentación administrativa.

B. *Principios fundamentales relativos a la Administración Pública*

Entre los principios fundamentales relativos a la Administración Pública, se destacan aquellos que son comunes a todos los órganos que ejercen el Poder Público, entre los cuales deben mencionarse: el principio de legalidad, el principio de la responsabilidad de los funcionarios y del Estado, y el principio de finalidad de la Administración Pública.

a. *El principio de la legalidad*

El primer principio relativo a la Administración Pública y a todos los órganos del Estado en general, es el principio de legalidad que deriva del artículo 137 de la Constitución, que dispone:

La Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Esta norma recoge el principio del artículo 117 de la Constitución de 1961, pero con una nueva redacción, de la cual se debe destacar que no se habla de “atribuciones del Poder Público”, lo cual era impropio, ya que el Poder Público es una potestad constitucional y no un órgano; sino de “las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público”, cuyas actividades son las que deben sujetarse a la Constitución y a las leyes.

Este principio de legalidad o de actuación en conformidad con el derecho, por tanto, implica que las actividades que realicen todos los órganos que ejercen el Poder Público y no sólo los que conforman la Administración Pública, deben someterse a la Constitución y a las leyes. La consecuencia de ello, en un Estado de derecho como el que organiza la Constitución de 1999, es que las actividades contrarias al derecho están sometidas al control tanto de la jurisdicción constitucional (art. 334) como de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259), cuyos tribunales pueden anularlos.

En relación con la Administración Pública, la LOAP expresa formalmente el principio, vinculándolo a la competencia, para lo cual, además, precisa la jerarquía de las fuentes del derecho aplicable a la Administración, así:

Artículo 4°. La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a las personas.

Se destaca de esta norma, como se dijo, la indicación formal de la jerarquía de las fuentes del derecho: 1) la Constitución, 2) las leyes y 3) los actos administrativos normativos; y la referencia al principio teleológico de la sumisión a la ley, cuyo fin es la garantía y protección de las libertades públicas propias del régimen democrático. Las fuentes del derecho, además, para ser tales, deben haberse dictado formal y previamente a la actividad que se regule, lo que implica la proscripción de la retroactividad de la ley.

El principio de la legalidad, además, se erige como un principio en el cual se fundamenta la Administración Pública, definiéndose como “el sometimiento pleno a la ley y al derecho” (art. 141), y es una de las misiones fundamentales de los órganos del Poder Ciudadano, consistente en velar por “la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado” (art. 274).

Adicionalmente, el artículo 8 de la LOAP recoge la previsión del artículo 7 de la Constitución, y precisa que “todos los funcionarios de la Administración Pública están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución”. Toda autoridad, por tanto, deriva y debe ejecutarse conforme a la Constitución.

b. *El principio de la responsabilidad de los funcionarios*

El segundo principio fundamental que rige para todos los órganos del Estado, es decir, que ejercen el Poder Público, y por supuesto, para la Administración Pública, es el regulado en el artículo 139 de la Constitución, que recoge otra norma tradicional de nuestro constitucionalismo, y es el principio de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos en el ejercicio del Poder Público. Dispone dicha norma que:

El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley.

Esta norma recoge el principio del artículo 121 de la Constitución de 1961, pero agregando a la desviación de poder dentro de los supuestos que generan responsabilidad del funcionario.

En consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios cuando en ejercicio del Poder Público causen daños, puede originarse por abuso de poder, es decir, por el llamado vicio en la causa de los actos estatales (falso supuesto, por ejemplo); por desviación de poder, que es el vicio en la finalidad del acto estatal, al usarse el poder conferido para perseguir fines distintos a los establecidos en la norma atributiva de competencia; y en general, por violación de la Constitución o de la Ley, es decir, en general, por contrariedad al derecho.

La Constitución, por otra parte, y también siguiendo una larga tradición de nuestro constitucionalismo, reitera el principio de la responsabilidad de los funcio-

narios públicos pero, en particular, respecto de los actos que dicten, ordenen o ejecuten, que violen o menoscaben los derechos garantizados constitucionalmente; responsabilidad que puede ser civil, penal y administrativa, sin que pueda servirles de excusa órdenes superiores que reciba el funcionario. (art. 25). Este mismo principio lo repite el artículo 8 de la LOAP, en relación con los funcionarios “de la Administración Pública”.

En estos casos, conforme al artículos 10 de la LOAP, y sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia establecido en la Constitución (art. 26) y la ley, los particulares cuyos derechos humanos hayan sido violados o menoscabados por un acto u orden de un funcionario público pueden, directamente o a través de su representante, acudir ante el Ministerio Público para que éste ejerza las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva “la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria” en que hubiere incurrido dicho funcionario. Igualmente, pueden acudir ante la Defensoría del Pueblo para que ésta inste al Ministerio Público a ejercer dichas acciones y, además, para que la Defensoría del Pueblo solicite ante el Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar con respecto a tales funcionarios, de conformidad con la ley.

A los efectos, incluso, de la posibilidad de exigencia de responsabilidad, la LOAP establece el principio de rendición de cuentas, al disponer su artículo 11 que las autoridades y funcionarios de la Administración Pública deben “rendir cuentas de los cargos que desempeñen en los términos y condiciones que determine la ley”.

c. El principio de finalidad de la Administración Pública

La Constitución de 1999 en forma expresa establece que “la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos” (art. 141); lo que reitera el artículo 3° de la LOAP, sustituyendo, sin embargo, la expresión ciudadanos por “particulares”, agregando que en su actuación la Administración Pública debe dar preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades (art. 5).

Por su parte, el artículo 3 de la LOAP, señala que el “principal objetivo” de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, es dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y, en especial, conforme se indica en el artículo 19 de la Constitución, “garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”.

La Administración Pública, agrega el artículo 5 de la LOAP, debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella; además, debe tener entre sus objetivos, la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios de la Administración Pública, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad.

C. Los principios de la actividad de la Administración Pública

De acuerdo con el artículo 141 de la Constitución, la Administración Pública se fundamenta en “los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia,

eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

Estos principios los repite el artículo 12 de la LOAP al precisar que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en “los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza”. Asimismo, se efectuará dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica.

Tales principios, con anterioridad, también habían sido definidos como principios de la actividad administrativa por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982, en cuyo artículo 30 se enumeraron los de “principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad”⁴²⁶.

a. *El principio de la simplicidad*

El artículo 12 de la LOAP dispone que la simplificación de los trámites administrativos será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, así como la supresión de los que fueren innecesarios, todo de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente.

Por ello, estando la Administración Pública al servicio de los ciudadanos y, en general, de los particulares o administrados, la misma, debe desarrollar su actividad y organizarse de manera que los particulares:

1. Puedan resolver sus asuntos, ser auxiliados en la redacción formal de documentos administrativos, y recibir información de interés general por medios telefónicos, informáticos y telemáticos.
2. Puedan presentar reclamaciones sin el carácter de recursos administrativos, sobre el funcionamiento de la Administración Pública.
3. Puedan acceder fácilmente a información actualizada sobre el esquema de organización de los órganos y entes de la Administración Pública, así como a guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones que ellos ofrecen. (art. 6)

En particular, debe recordarse que la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999⁴²⁷, se destinó específicamente a desarrollar, en detalle este principio de la simplificación con el objeto de racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública; mejorar su eficiencia, pertinencia y utilidad, a fin de lograr mayor celeridad y funcionalidad en las mismas; reducir los gastos operativos; obtener ahorros presupuestarios; cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones de la Administración Pública con los ciudadanos.

426 Véase *Gaceta Oficial* N° 2818 *Extraordinaria* de 1-7-81. Véase además, en Allan R. Brewer-Carías y otros, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, 12 edición, Caracas 2001, pp. 175 y ss.

427 Véase *Gaceta Oficial* N° 36.845 de 7-12-99. Véase además en Allan R. Brewer-Carías y otros, *Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos*, *cit.*, pp. 199 y ss.

b. *El principio de la información general (internet)*

A fin de dar cumplimiento a los principios establecidos en la LOAP, ésta dispone (art. 12) que los órganos y entes de la Administración Pública deberán utilizar las nuevas tecnologías que desarrolle la ciencia, tales como los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para su organización, funcionamiento y relación con las personas.

En tal sentido, por disposición expresa de la Ley Orgánica, cada órgano y ente de la Administración Pública debe establecer y mantener una página en la internet, que debe contener, entre otra información que se considere relevante, los datos correspondientes a su misión, organización, procedimientos, normativa que lo regula, servicios que presta, documentos de interés para las personas, así como un mecanismo de comunicación electrónica con dichos órganos y entes disponible para todas las personas vía internet (art. 12). Esta obligación debe cumplirse por todos los órganos y entes de la Administración Pública antes del 17 de abril de 2002 (Disposiciones Transitorias Primera, LOAP).

c. *El principio de la publicidad de los actos generales*

Todos los reglamentos, resoluciones y actos administrativos de carácter general dictados por la Administración Pública deberán ser publicados, sin excepción, en la Gaceta Oficial de la República, según el caso, en el medio de publicación oficial del Estado, Distrito metropolitano o Municipio correspondiente (art. 13). La norma recoge el principio general del comienzo de la eficacia de los actos administrativos de efectos generales (normativos) o de carácter general (destinados a varios sujetos de derecho), sujetándolo a la publicación en la Gaceta Oficial.

El artículo 13, sin embargo, además de referirse a los reglamentos (siempre de carácter normativo) y a los actos administrativos de carácter general, menciona a las “resoluciones”. Estas, conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (art. 16) son los actos administrativos que emanan de los Ministros del Ejecutivo Nacional, por lo que las mismas, sean o no de efectos generales o de carácter general, deben publicarse en la Gaceta Oficial.

En cuanto a los Estados, Distritos Metropolitanos y Municipios, los actos de los mismos de orden normativo o de carácter general, también deben publicarse en la correspondiente “publicación oficial” de las entidades respectivas.

d. *El principio de la sujeción a los planes, metas y objetivos*

Los órganos y entes de la Administración Pública, en su funcionamiento, deben sujetarse a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes estratégicos y compromisos de gestión (art. 18).

En particular, en cuanto a la actividad de las unidades administrativas sustantivas de los órganos y entes de la Administración Pública, se debe corresponder y ceñir a su misión, y la actividad desarrollada por las unidades administrativas de apoyo técnico y logístico se debe adaptar a la de aquéllas (art. 19).

e. *El principio de la eficacia*

La actividad de los órganos y entes de la Administración Pública debe perseguir el cumplimiento eficaz de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión, bajo la orientación de las políticas y estrategias establecidas por el Presidente de la República, por el gobernador, el alcalde según el caso (art. 19).

En todo caso, el funcionamiento de los órganos y entes de la Administración Pública, debe comprender el seguimiento de las actividades, así como la evaluación y control del desempeño institucional y de los resultados alcanzados (art. 18).

f. *El principio de la adecuación de los medios financieros a los fines*

La asignación de recursos a los órganos y entes de la Administración Pública se debe ajustar estrictamente a los requerimientos de su funcionamiento para el logro de sus metas y objetivos. En todo caso, el funcionamiento de la Administración Pública debe propender a la utilización racional de los recursos humanos, materiales y presupuestarios (art. 20).

La Administración Pública además, debe procurar que sus unidades de apoyo administrativo no consuman un porcentaje del presupuesto destinado al sector correspondiente mayor que el estrictamente necesario. A tales fines, los titulares de la potestad organizativa de los órganos y entes de la Administración Pública, previo estudio económico y con base en los índices que fueren más eficaces de acuerdo al sector correspondiente, deben determinar los porcentajes mínimos de gasto permitido en unidades de apoyo administrativo (art. 20).

Por otra parte, conforme al artículo 21 de la LOAP el tamaño y la estructura organizativa de los órganos y entes de la Administración Pública deben ser proporcionales y consistentes con los fines y propósitos que les han sido asignados. Las formas organizativas que adopte la Administración Pública deben ser suficientes para el cumplimiento de sus metas y objetivos y deben propender a la utilización racional de los recursos del Estado.

Sin perjuicio de sus unidades estratégicas propias, el artículo 20 de la Ley Orgánica autoriza a los órganos de la Administración Pública para incluir oficinas técnicas de carácter estratégico, integradas por un cuerpo multidisciplinario de asesores cuya remuneración se puede establecer por vía contractual con base en honorarios profesionales u otras modalidades fijadas de conformidad con la ley, al margen de la escala de los sueldos y salarios de la Administración Pública, con el objeto de obtener una asesoría técnica de máxima calidad y eficiencia.

g. *El principio de la privatización*

En los casos en que las actividades de los órganos y entes de la Administración Pública, en ejercicio de potestades públicas que por su naturaleza lo permitan, fueren más económicas y eficientes mediante la gestión del sector privado o de las comunidades, dichas actividades deben ser transferidas a éstos, de conformidad con la ley, reservándose la Administración Pública la supervisión, evaluación y control del desempeño y de los resultados de la gestión transferida (art. 20).

h. *El principio de coordinación*

Conforme al artículo 23 de la LOAP, las actividades que desarrollen los órganos y entes de la Administración Pública deben estar orientadas al logro de los fines y objetivos del Estado, para lo cual deben coordinar su actuación bajo el principio de unidad orgánica.

La organización de la Administración Pública debe comprender la asignación de competencias, relaciones, instancias y sistemas de coordinación necesarios para mantener su orientación institucional de conformidad con la Constitución y la ley.

i. *El principio de cooperación*

Conforme al principio del artículo 136 de la Constitución, la Administración Pública Nacional, la de los Estados, la de los Distritos metropolitanos y la de los Municipios deben colaborar entre sí y con las otras ramas de los Poderes Públicos en la realización de los fines del Estado (art. 24).

j. *El principio de lealtad institucional*

Dispone el artículo 25 de la LOAP que la Administración Pública Nacional, la de los Estados, la de los Distritos metropolitanos y la de los Municipios deben actuar y relacionarse de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deben:

1. Respetar el ejercicio legítimo de sus competencias por parte de las otras administraciones.
2. Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras administraciones.
3. Facilitar a las otras administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias.
4. Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras administraciones pudieran requerir para el ejercicio de sus competencias.

C. *Los principios relativos a la organización de la Administración Pública*

a. *La reserva legal en la asignación de la titularidad de la potestad organizativa*

De acuerdo con el artículo 15 de la LOAP los órganos y entes de la Administración Pública se crean, modifican y suprimen por los titulares de la potestad organizativa conforme a lo establecido en la Constitución y la ley.

Por tanto, la titularidad de la potestad organizativa sólo puede ser asignada por la Constitución o la ley⁴²⁸.

428 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana, cit.*, pp. 21 y ss.

En cuanto a la Constitución, esta atribuye a la Asamblea Nacional potestad organizativa respecto de la Administración Pública Nacional, al asignarle la competencia genérica para legislar “en las materias de la competencia nacional” (art. 187,9), definiendo el artículo 156, como de la competencia del Poder Público Nacional, las siguientes materias que tienen relación con la organización de la Administración Pública en sentido general: *ord.* 8. La organización de la Fuerza Armada; *ord.* 10. La organización del Distrito Capital y de las dependencias federales; *ord.* 31. La organización y administración nacional de la Justicia, del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo; y el *ord.* 32. La organización de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado. Además, la Constitución recogió la disposición del artículo 230 de la Constitución de 1961 al prever, en el artículo 142, que los institutos autónomos sólo pueden crearse por ley; y que tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, están sujetos al control del Estado, en la forma que la ley establezca.

Además, expresamente se le atribuye a la Asamblea Nacional competencia en materia de organización administrativa respecto de otros órganos del Poder Público Nacional como los del Poder Ciudadano, en general, (art. 273) y, en particular, la Contraloría General de la República (art. 290); los del Poder Electoral (art. 292), y la Procuraduría General de la República (art. 247) que está integrada del Poder Ejecutivo Nacional.

La Asamblea Nacional también tiene atribuida la titularidad de la potestad organizativa en materia de organización de los Municipios y demás entidades locales, con la obligación de establecer diferentes regímenes para dicha organización (art. 169).

La Constitución, por otra parte, en relación con la Administración Pública Nacional, estableció la reserva legal sólo en relación con la creación de los institutos autónomos (art. 142); pero en cuanto a la organización de la Administración Pública Nacional centralizada, asignó la potestad organizativa al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, “dentro de los principios y lineamientos” señalados en la Ley Orgánica (art. 236,20).

b. *La titularidad para la organización de la Administración Pública Central Nacional*

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 236, ordinal 20 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos que señale la correspondiente ley orgánica.

Se varió, en esta forma, de manera sustancial el sistema de la Constitución de 1961, que seguía la tradición constitucional iniciada desde el siglo XIX, y que rigidezaba la organización ministerial que sólo la ley podía determinar (art. 193) determinar (art. 193)⁴²⁹.

429 Véase Daniel Leza Betz, “La organización y funcionamiento de la administración pública nacional y las nuevas competencias normativas del Presidente de la República previstas en

En desarrollo de esta potestad organizativa de rango constitucional atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros, el artículo 58 de la Ley Orgánica le atribuye la facultad para fijar, mediante decreto, “el número, denominación, competencia y organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional, con base en parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas que desarrolla el Poder Ejecutivo Nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en la presente ley”.

Conforme a esta atribución, el Presidente de la República dictó el Decreto N° 1475 de 17-10-2001⁴³⁰ sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública Central, donde se regulan catorce (14) Ministerios y se enumeran sus competencias.

El Decreto establece, además, la estructura organizativa básica de cada Ministerio, integrada por el Despacho del Ministro y los Despachos de los Viceministros; estando estos últimos integrados en orden jerárquico descendente así: Direcciones Generales, Direcciones de línea y Divisiones (arts. 16 y 17).

Cada Ministerio, en todo caso, debe estar regulado internamente por un Reglamento Orgánico dictado por el Presidente en Consejo de Ministros, “previa propuesta del respectivo Ministro” (art. 18), en el cual se deben determinar la estructura y las funciones de los Viceministros y de las demás dependencias que integran cada Ministerio (art. 17).

c. *Requisitos para la creación y modificación de órganos y entes*

En todo caso, el artículo 16 de la LOAP dispone que la creación de órganos y entes administrativos se debe sujetar a los siguientes requisitos:

1. Indicación de su finalidad y delimitación de sus competencias o atribuciones.
2. Determinación de su forma organizativa, su ubicación en la estructura de la Administración Pública y su adscripción funcional y administrativa.
3. Previsión de las partidas y créditos presupuestarios necesarios para su funcionamiento. En las correspondientes leyes de presupuesto se deben establecer partidas destinadas al financiamiento de las reformas organizativas que se programen en los órganos y entes de la Administración Pública.

La supresión o modificación de órganos y entes administrativos se debe adoptar mediante actos que gocen de rango normativo igual o superior al de aquéllos que determinaron su creación o última modificación.

Además, conforme al artículo 58 de la LOAP, el reglamento de la misma debe determinar el órgano que debe velar por la consistencia de la organización de los Ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional. Esta fue, en su tiempo, la función que ejerció la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (1958-1974)⁴³¹.

la Constitución de 1999. Al traste con la reserva legal formal ordinaria en el Derecho Constitucional venezolano”, en *Revista de Derecho Público*, N° 82 (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 18-55.

430 *Gaceta Oficial* N° 37.305 de 17-10-01.

431 Véase Comisión de Administración Pública, *Informe sobre la Reforma de la administración Pública Nacional*, Caracas 1972.

d. *El principio de la previsión financiera*

No pueden crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos (art. 16).

Además, no pueden crearse nuevos órganos o entes en la Administración Pública que impliquen un aumento en el gasto recurrente de la República, los Estados, los Distritos metropolitanos o de los municipios, sin que se creen o prevean nuevas fuentes de ingresos ordinarios de igual o mayor magnitud a la necesaria para permitir su funcionamiento (art. 17).

e. *El principio de simplicidad y transparencia de la organización administrativa*

La organización de la Administración Pública debe perseguir la simplicidad institucional y la transparencia en su estructura organizativa, asignación de competencias, adscripciones administrativas y relaciones interorgánicas.

Además, la estructura organizativa debe prever la comprensión, acceso, cercanía y participación de los particulares de manera que les permitan resolver sus asuntos, ser auxiliados y recibir la información que requieran por cualquier medio (art. 22).

f. *El principio de jerarquía*

Los órganos de la Administración Pública deben estar jerárquicamente ordenados y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos. Los órganos de inferior jerarquía están sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva (art. 28).

En consecuencia, los órganos administrativos pueden dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente subordinados mediante instrucciones y órdenes.

Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se deben publicar en la Gaceta Oficial que corresponda (art. 43).

Dispone el artículo 28 de la LOAP que el incumplimiento por parte de un órgano inferior de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato obliga a la intervención de éste y acarrea la responsabilidad de los funcionarios o funcionarias a quienes sea imputable dicho incumplimiento, “salvo lo dispuesto en el artículo 8 de esta Ley” (art. 28).

Este artículo 8 recoge el principio del artículo 25 de la Constitución en el sentido de establecer la responsabilidad de los funcionarios públicos por las violaciones de los derechos garantizados en la Constitución “sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”. En consecuencia, si la orden del superior implica una violación de un derecho constitucional, y si el funcionario inferior la cumple, compromete su propia responsabilidad. La “salvedad” que parece implica la norma del artículo 28 de la LOAP sería que el funcionario inferior no incurriría en responsabilidad por incumplimiento de una orden superior.

D. *El régimen de la información administrativa*

Por último, en cuanto al régimen de la información administrativa, el artículo 143 de la Constitución establece un conjunto normativo innovador, en el siguiente sentido:

En *primer lugar*, consagra el derecho de 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; el derecho a ser notificados de los actos administrativos y a ser informados de los trámites del procedimiento administrativo.

En *segundo lugar*, se consagra el derecho de acceder 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.

En *tercer lugar*, se establece el principio de la prohibición de censura alguna a los funcionarios públicos en relación con las informaciones que puedan dar sobre los asuntos bajo su responsabilidad.

En la *Séptima Parte* comentamos sobre el alcance de estos derechos.

3. *El régimen de la función pública*

A. *El Estatuto de la función pública*

En la Constitución de 1999 se estableció una variación en relación con el régimen de los funcionarios públicos, al preverse los principios para el establecimiento de un Estatuto de la función pública más que para la Carrera Administrativa como lo establecía la Constitución de 1961 (art. 122). Dicho Estatuto fue dictado por la Asamblea Nacional en 2002 al sancionar la Ley del Estatuto de la Función Pública⁴³².

Conforme a la Constitución dicho así se estableció en dicho Estatuto de la Función Pública normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios de la Administración Pública, en el cual, además, debió haberse provisto su incorporación a la seguridad social⁴³³. La Constitución, además remitió a la ley para determinar las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos para ejercer sus cargos (art. 144)⁴³⁴.

432 G.O. N° 37.522 del 6 de septiembre de 2002. Véase en general, Jesús Caballero Ortiz, "Bases constitucionales del derecho de la función pública", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5, julio-diciembre-2001, Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 21 a 46.

433 Véase nuestra propuesta en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* p. 182. Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *El Estatuto del funcionario público en la Ley de Carrera Administrativa*, Caracas, 1971.

434 En general, sobre el régimen constitucional de los funcionarios públicos, véase Antonio de Pedro Fernández, "Algunas consideraciones sobre la función pública en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 307-342; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores,

B. *El principio de dedicación del funcionario al Estado*

El artículo 145 de la Constitución, conforme al principio que establecía el artículo 122 de la Constitución de 1961, establece que los funcionarios públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna, precisando, incluso, que su nombramiento y remoción no puede estar determinado por la afiliación u orientación política.

C. *Los principios de la carrera administrativa*

La Constitución estableció, con carácter general, que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera (artículo 146), exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados, los obreros al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley.

La consecuencia del principio de la carrera es que el ingreso de los funcionarios públicos y a los cargos de carrera deben realizarse mediante concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. En cuanto al ascenso, debe estar sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión y retiro debe ser de acuerdo con el desempeño de los funcionarios.

D. *El régimen de las remuneraciones*

El artículo 147 establece un principio general de disciplina del gasto público, en el sentido de que para la ocupación de cargos públicos de carácter remunerado es necesario que sus respectivos emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente. Las escalas de salarios en la Administración Pública, dado su carácter estatutario, se deben establecer reglamentariamente conforme a la ley.

La Constitución, por otra parte, recogió el principio que estaba en el artículo 229 de la Constitución de 1961, conforme al cual, el Poder Nacional, por ley orgánica, puede establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos tanto municipales y estatales, como nacionales. La materia quedó así consolidada como una competencia del poder nacional que corresponde a la Asamblea Nacional (y escapa de la competencia de los Consejos Legislativos)⁴³⁵, y en ejecución de dicha norma en 2002 se dictó la Ley Orgánica sobre Emolumentos para Altos Funcionarios de los Estados y Municipios⁴³⁶. Además, La Constitución previó que la ley nacional también debe establecer el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales, siguiendo la orientación establecida en la Enmienda N° 2 de la Constitución de 1961, sancionada en 1983.

Valencia-Venezuela, 2002, pp. 282 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, McGraw Hill, Caracas, 2001, pp. 113 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 120 y ss.

435 Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 2399 de 29-08-03 (Caso: *Interpretación de las normas contenidas en los artículos 4 del Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y Municipios*, Comisión Legislativa Nacional de 2000).

436 G.O. N° 37.412 del 26 de marzo de 2002.

En esta forma, en cuanto al régimen de remuneraciones y pensiones, el Poder Nacional tiene competencias expresas para su regulación respecto de los tres niveles territoriales.

E. *Las incompatibilidades*

a. *En el desempeño de cargos*

Conforme al artículo 148, y siguiendo la orientación del artículo 123 de la Constitución de 1961, nadie puede desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trata de los cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley. Se eliminó de las excepciones la referencia a los cargos edilicios y electorales que establecía el texto de 1961. (art. 123).

En todo caso, la aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados, siempre implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal.

En cuanto a las jubilaciones o pensiones nadie puede disfrutar más de una, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

b. *En la contratación con el Estado*

El artículo 124 de la Constitución de 1961 se recogió, también, en la Constitución de 1999 (art. 145), al establecer que quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República “y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales”, no puede celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezca la ley.

Se destaca, de esta norma, la referencia a la clasificación de las personas jurídicas en el derecho público, en sus dos vertientes, que hemos propuesto desde hace años: por una parte, las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado, según la forma de creación; y por la otra, las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales, según su integración o no a la organización general del Estado⁴³⁷.

c. *En la aceptación de cargos u honores de gobiernos extranjeros*

El principio del artículo 125 de la Constitución de 1961 también se recogió en el artículo 149 de la nueva Constitución, al establecer que los funcionarios públicos no pueden aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin la autorización de la Asamblea Nacional.

437 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido general de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho” en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 57, UCV, Caracas, 1976, pp. 115 a 135. La distinción se puede apreciar, también, por ejemplo, en el texto del artículo 322.

4. *El régimen de la contratación pública*

A. *Los contratos de interés público*

En la Constitución de 1999 se siguió la misma noción de contratos de interés público para calificar los contratos que celebren las personas jurídicas estatales (nacionales, estatales o municipales), con lo que los contratos de *interés público* pueden ser contratos de interés público *nacional*, de interés público *estadal* o de interés público *municipal*, según conciernan a los diversos niveles territoriales de distribución del Poder Público⁴³⁸.

En esta materia, puede decirse que con la Constitución de 1999⁴³⁹, al igual que cómo sucedió en la Constitución de Colombia⁴⁴⁰, se ha consolidado un importante proceso de constitucionalización del derecho administrativo, mediante el desarrollo normativo en el propio texto constitucional, del régimen de muchas instituciones de esa disciplina.

La Constitución, en efecto, en relación con lo que se ha denominado “contratos de la Administración”, regula los contratos celebrados por las personas jurídicas *estatales*, antes analizadas; denominándolos como contratos de interés público, expresión equivalente a contratos de la Administración, contratos del Estado o contratos estatales⁴⁴¹.

En efecto, en la sección cuarta “De los contratos de interés público” del Capítulo I “Disposiciones fundamentales” del Título IV “Del Poder Público” de la Constitución, se regula el régimen de los contratos de interés público, denominación genérica que comprende tres especies: contratos de interés público *nacional*, contratos de interés público *estadal* y contratos de interés público *municipal* (art. 150). Esta clasificación, por otra parte, tiene congruencia con el principio fundamental de una Constitución que como se ha dicho, organiza un “Estado Federal

438 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 a 54; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 28 a 36; Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, p. 173; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 287 y ss.; Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 123 y ss.; y Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 115 y ss.

439 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del Derecho administrativo en Venezuela”, en *V Jornadas internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, Los requisitos y vicios de los actos administrativos*, (FUNEDA), Caracas 2000, pp 21 a 37.

440 Véase Jorge Velez García y Allan Brewer-Carías, *Contratación estatal, Derecho Administrativo y Constitución*, Bogotá 1995, pp 8 a 27.

441 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, *cit.*, pp. 28 y ss.

Descentralizado” (art. 4), distribuyendo el Poder Público entre esos tres niveles territoriales: el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional (art. 136). Ello origina tres órdenes de personas jurídicas de derecho público estatales (y territoriales) (art. 16) que conforman la organización política básica del país, que son la República, la cual ejerce el Poder Público Nacional; los 23 Estados de la Federación, que ejercen el Poder Público Estatal y los 338 Municipios y demás entidades locales, que ejercen el Poder Público Municipal.

Por tanto, en virtud de que el Poder Público se distribuye en tres ramas territoriales (nacional, estatal y municipal), en la federación existen tres órdenes de personas jurídicas estatales: las nacionales, las estatales y las municipales; y existen, en consecuencia, tres categorías de contratos estatales o de interés público: los contratos de interés público nacional, los contratos de interés público estatal y los contratos de interés público municipal, los cuales son los suscritos, respectivamente, por los tres órdenes de personas jurídicas estatales mencionadas, las cuales, en general, ejercen el Poder Público en sus tres niveles territoriales indicadas, respectivamente.

En consecuencia, todos los contratos tanto de interés nacional, como de interés estatal o municipal, son, por supuesto, contratos de “interés público” (artículo 150, 151) 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 Municipal⁴⁴².

En consecuencia un contrato de interés público nacional, es aquél 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 público *nacional* aquéllos que son de interés público estatal o municipal, 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.

B. *El co-contratante de la Administración y los contratos de interés público de carácter intergubernamental o interadministrativo*

Los contratos de la Administración, generalmente se celebran entre una persona jurídico estatal y otro sujeto de derecho de carácter privado. También puede haber contratos estatales intergubernamentales o interadministrativos, cuando los contratantes sean todas personas jurídicas estatales.

En cuanto a los contratos de la Administración celebradas con particulares, las únicas regulaciones de rango constitucional que se refieren a los mismos tienen que ver con incompatibilidades o prohibiciones. En efecto, como se ha señalado, la Constitución establece una prohibición general a los funcionarios públicos, más genéricamente, a quienes estén al servicio de los órganos de las personas estatales, de celebrar contrato alguno con ellas (art. 145).

442 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Público: Nacional, Estatal y Municipal*, Tomo II, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., pp. 11 y ss.

Además, el artículo 190 de la Constitución prohíbe a los diputados a la Asamblea Nacional ser propietarios, administradores o directores de empresas que contraten con personas jurídicas estatales.

Por otra parte, la Constitución de 1999 regula en algunas normas específicas, la posibilidad de contratos de interés público inter-gubernamentales o inter-administrativos, es decir, celebrados ente personas jurídicas estatales.

Los primeros serían aquéllos que se celebran entre la República y los Estados o Municipios, o entre éstos, y que, por lo general, derivan de los procesos de descentralización política y, en particular, de transferencia de competencias entre los entes territoriales.

En efecto, el artículo 157 de la Constitución establece que la Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, puede atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización. Con fundamento en una norma similar que estaba en la Constitución de 1961, en 1989 se dictó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en la cual se regularon los contratos inter-gubernamentales que se debían celebrar entre la República y los Estados, precisamente, para el desarrollo de procesos de transferencia de competencias nacionales hacia los Estados y de asunción por éstos de las mismas.

La Constitución de 1999 regula, ahora, además, la posibilidad de que los Estados descentralicen y transfieran los servicios y competencias que gestionen a los Municipios, siempre que los mismos estén en capacidad de prestarlos, así como la administración de los respectivos recursos dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles territoriales del Poder Público (art. 165). Ello también puede dar origen a contratos intergubernamentales de orden local para materializar las transferencias y regular la gestión de las mismas.

Además, entre estos contratos de interés público intergubernamentales están los acuerdos de mancomunidad municipal, mediante los cuales los Municipios se pueden asociar para la realización de una actividad en común (art. 170). También están los contratos de interés público interterritoriales, es decir, aquéllos suscritos por los Municipios entre sí o entre la República y los Municipios o los Estados y los Municipios para fines de interés público. En tal sentido, el artículo 170 de la Constitución establece que los Municipios pueden “acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas inter-gubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia”. De ello deriva la posibilidad de contratos de interés público de carácter asociativo, inter-gubernamentales.

Debe señalarse, por último, en relación con estos contratos intergubernamentales e interadministrativos, que la Constitución regula la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de controversias derivadas de la ejecución de los mismos, así como las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, como las que pueden resultar de un contrato inter-gubernamental. Estas controversias deben ser resueltas por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa (art. 266,4). La Constitución, además, autoriza al legislador para atribuir la competencia jurisdiccional para resolver las controversias administrativas cuando se trate de controversias entre

Municipios de un mismo Estado, a otros tribunales, por supuesto, de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259).

C. *Los contratos de interés público y sus limitaciones derivadas del régimen del dominio público y de los servicios públicos*

Un aspecto específico de la constitucionalización del régimen de los contratos estatales se refiere a las limitaciones contractuales en relación con el territorio nacional y los Estados extranjeros; o a las derivadas del régimen del dominio público y de los servicios públicos.

a. *El territorio nacional y las limitaciones contractuales con entidades extranjeras*

La Constitución de 1999 establece, en general, como derecho irrenunciable de la Nación, “la integridad territorial” (art. 1), concepto que, además, se erige como principio del Estado Federal (art. 4), elemento básico de preservación en la política fronteriza (art. 15) y como objeto de obligaciones de resguardo y protección que se impone a los venezolanos (art. 130).

Como consecuencia de ello, en la Constitución se establece una prohibición general de contratación con entidades extranjeras en relación con el territorio nacional, lo que excluye toda forma de contrato de interés público en la materia. En el artículo 13 de la Constitución, en efecto, se establece que “El territorio nacional no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado, ni en forma alguna enajenado, ni aún temporal o parcialmente, a Estados extranjeros u otros sujetos de derecho internacional”. En consecuencia, no puede suscribirse contrato de interés público alguno que implique o conlleve la cesión, traspaso, arrendamiento o enajenación a un Estado extranjero y demás sujetos de derecho internacional, de parte del territorio nacional. La Constitución establece, sin embargo, la excepción respecto de inmuebles para representaciones diplomáticas (art. 13).

b. *El régimen del dominio público y las concesiones administrativas*

Por otra parte, la Constitución de 1999, por primera vez en el constitucionalismo venezolano, declaró como del dominio público una serie de bienes, régimen que, con anterioridad, sólo estaba regulado en el Código Civil y, más, recientemente en algunas leyes especiales.

En esta forma, la Constitución declara como bienes del dominio público a los yacimientos mineros y de hidrocarburos (Art.12), pero con anterioridad a esta constitucionalización, ya la Ley de Minas de 1999 lo había establecido (art.2), así como la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999 (art. 1).La Constitución, por otra parte, también declara que “las costas marinas son bienes del dominio público” (art. 12); lo cual se ha complementado en la Ley de Conservación y Saneamiento de Playas de 2000 (art. 2). Por otra parte, en cuanto a las aguas, el artículo 304 de la Constitución establece que “Todas las aguas son del dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo...”. Además, otras normas constitucionales también regulan bienes del dominio público, aun cuando sin utilizar este calificativo jurídico: se trata, por ejemplo de las “armas de guerra” respecto de las cuales

el artículo 324 declara que sólo el Estado puede poseerlas y usarlas, de manera que “todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país *pasarán a ser propiedad* de la República sin indemnización ni proceso” (art. 324). Por otra parte, el artículo 303 de la Constitución dispone que “por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado *conservará* la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera”, lo que implica una declaratoria indirecta de dominio público de dichas acciones societarias, que son inalienables.

Ahora bien, la declaratoria de todos estos bienes como del dominio público en la propia la Constitución, implica limitaciones a la potestad contractual de los entes públicos, particularmente por la inalienabilidad de los mismos, lo que implica la prohibición de cualquier contrato de interés público que pueda significar la enajenación de estos bienes.

Sin embargo, la propia Constitución prevé el régimen de concesiones para la explotación de los bienes que sean “recursos naturales propiedad de la Nación”, las cuales pueden ser otorgadas con exclusividad o sin ella, por tiempo determinado, y asegurando, siempre, la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público” (art. 113). En cuanto a las concesiones mineras, en particular, se dispone en el artículo 156,16 de la Constitución que “el Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido”⁴⁴³. Todas estas concesiones, por supuesto, son contratos estatales.

c. *El régimen de los bienes del dominio privado estatales y municipales, las limitaciones contractuales y las concesiones*

De acuerdo con el artículo 542 del Código Civil se consideran como tierras baldías los bienes inmuebles que no tengan dueño, los cuales se configuran como parte del dominio privado de los Estados de la Federación. Por ello, el artículo 164,5 de la Constitución ahora le atribuye a los Estados la administración de las tierras baldías, aún cuando “el régimen” de las mismas debe ser establecido por ley nacional (art. 156,16).

Como bienes del dominio privado de los Estados, las tierras baldías pueden ser objeto de contratación, en el sentido de que por ejemplo, pueden ser enajenadas o arrendadas, con una sola excepción que establece la Constitución y es en relación con las tierras baldías existentes en las dependencias federales y en las islas fluviales o lacustres las cuales “no podrán enajenarse y su aprovechamiento sólo podrá concederse en forma que no implique, directa ni indirectamente, la transferencia de la propiedad de la tierra” (art. 13). Las “dependencias federales” a que alude esta norma son las islas marítimas no integradas en el territorio de un Estado de la federación, así como las islas que se formen o aparezcan en el mar territorial o en el que cubra la plataforma continental (art. 7 y 11).

Entre los bienes inmuebles de los Municipios, la Constitución define a los ejidos, presumiendo, además, que son tales, “los terrenos situados dentro del área urbana

443 . Véase Allan R. Brewer-Carías, “Prologo sobre el régimen constitucional aplicable a las concesiones de obras y servicios públicos”, en Alfredo Romero Mendoza (Coordinador) y otros, *Régimen Legal de las Concesiones Públicas*, Caracas 2000, pp. 9 a 16.

de las poblaciones del Municipio, carentes de dueño, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos” (art. 181). Los ejidos, a pesar de que conforme al artículo 181 de la Constitución “son inalienables e imprescriptibles”; la misma norma agrega que “sólo podrán enajenarse previo el cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen”.

En relación con los baldíos y ejidos, por supuesto, también se aplica el régimen de concesiones antes indicado, conforme al mencionado artículo 113 de la Constitución.

d. *El régimen de las actividades y servicios públicos reservados al Estado y las concesiones administrativas*

La anterior Constitución de 1961 establecía, con absoluta claridad, que el Estado podría reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional; y en uso de esa potestad, el Congreso Nacional y el Ejecutivo Nacional (decreto-leyes) sancionaron, en los años setenta, las leyes de reserva al Estado de la industria del mineral de hierro; de la industria de los hidrocarburos y de la industria del gas natural, con lo cual fueron nacionalizadas dichas actividades industriales.

La norma equivalente quedó muy mal redactada en la Constitución de 1999, cuyo artículo 302 dispone que

El Estado se reserva, mediante ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico.

De esta ambigua redacción resulta que si la reserva se hace mediante “ley orgánica respectiva”, no es la Constitución la que hace la reserva al Estado de la “actividad petrolera”, sino que es la ley orgánica respectiva la que lo puede hacer o la ha hecho, de lo cual puede concluirse que la actividad petrolera constitucionalmente no ha sido nacionalizada. En realidad, fue la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975, aún vigente, la que estableció la reserva, pudiendo dicha ley ser modificada conforme a la Constitución de 1991, incluso hasta para eliminar la reserva, con excepción del régimen de propiedad de las acciones de PDVSA (art. 303).

Con fundamento en el artículo 302, por supuesto, mediante una ley orgánica respectiva se puede, además, reservar al Estado otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico, lo cual, en todo caso, de hacerse, no sólo implicaría una exclusión de los particulares de realizar libremente actividades en las áreas reservadas al Estado, sino la posibilidad de que se pueda asignar a los entes públicos respectivos la facultad de contratar o conceder a los particulares las actividades reservadas. Si se tratase de concesiones, rige el mismo principio del artículo 113 de la Constitución.

La reserva al Estado en sus tres niveles territoriales también puede consistir en la atribución a los mismos de servicios públicos sea en la misma Constitución o en la reserva al Estado de determinados servicios públicos que se haga mediante ley orgánica (art. 302).

Tratándose de servicios públicos, la Constitución asigna tal carácter, por ejemplo, a los servicios de educación (art. 102) y a los de salud (art. 84); en el artículo 164,7 se refiere a los servicios públicos estatales; en los artículos 156,29 y 178 regula los servicios públicos domiciliarios (electricidad, agua potable, gas), y en el artículo 178 regula una serie de servicios públicos como de la competencia municipal, por ejemplo, los servicios de transporte público urbano de pasajeros; los servicios de limpieza, recolección y tratamiento de residuos; los servicios de protección social; y los servicios de protección ciudadana y policía municipal.

En todos estos casos de servicios públicos, sin embargo, la reserva al Estado no es uniforme: en algunos casos los servicios públicos se regulan en forma concurrente con las actividades de los particulares, como sucede en materia educativa o de salud; y en otros casos se regulan de manera de permitir la actuación de los particulares sólo mediante concesión, como sucede en los casos de servicios públicos municipales o domiciliarios⁴⁴⁴.

En estos casos, rige el mismo principio constitucional relativo a las concesiones establecido en el artículo 113, que establece que cuando se trate de la prestación de servicios de naturaleza pública, con exclusividad o sin ella, el Estado puede otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

e. *Los convenios de transferencia de servicios a las comunidades como contratos de interés público estatal y municipal*

La Constitución regula, además, otros contratos de interés público estatal y municipal al establecer los principios para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran “a las comunidades y grupos vecinales organizados” los servicios que éstos gestionen, previa demostración de su capacidad para prestarlo (art. 184).

A tal efecto, los Estados y Municipios deben promover la transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. En todos estos casos, para lograr esos objetivos los Estados y Municipios pueden establecer convenios, es decir, celebrar contratos de interés público estatal o municipal con las comunidades y grupos vecinales organizados, cuyos contenidos deben estar orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad (art. 184,1).

D. *Las cláusulas constitucionales obligatorias en los contratos de interés público*

Siguiendo la orientación de la Constitución de 1961, la Constitución de 1999 ha establecido la incorporación obligatoria y tácita en los contratos de interés público, de una serie de cláusulas, entre las cuales destacan las de inmunidad de jurisdic-

444 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, *Revista de Derecho Público*, N° 6, Caracas 1981, pp. 65 a 71.

ción y la llamada cláusula “Calvo”; y a ciertos de ellos, una cláusula de protección ambiental. Además, regula las cláusulas de temporalidad en las concesiones administrativas de explotación de recursos naturales, de servicios públicos y de carácter minero.

a. *La cláusula de inmunidad de jurisdicción*

En cuanto a la cláusula de inmunidad de jurisdicción, el artículo 151 de la Constitución establece 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 estuviera 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...

Se trata, realmente, de una cláusula obligatoria en el sentido de que todo contrato que suscriba una persona jurídica estatal en los tres niveles territoriales del Poder Público e, incluso, en los niveles de descentralización funcional, deben contener esta cláusula cuyo objeto es, primero, asegurar 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 venezolanos⁴⁴⁵.

Sin embargo, como sucedía en la Constitución de 1961, conforme al artículo 151 de la Constitución de 1999, el régimen de la inmunidad jurisdiccional previsto se aparta del carácter absoluto tradicional que tenía en el siglo XIX, establecido originalmente en la Constitución de 1892 (art. 147), y encaja dentro de la llamada “inmunidad relativa de jurisdicción”. Por ello, la norma prescribe que la cláusula debe estar presente en todos los contratos de la Administración “si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos”, lo que convierte la cláusula en una de inmunidad relativa de jurisdicción⁴⁴⁶.

La relatividad de la inmunidad de jurisdicción deriva, en todo caso, de la naturaleza de la actividad del Estado regulada en el contrato, más que en su finalidad, que siempre es pública, admitiéndose la excepción al principio de la inmunidad basada en el carácter comercial de las actividades que realice un Estado, sobre todo en el ámbito de las contrataciones internacionales.

Por supuesto, para la determinación de la naturaleza de los contratos no se pueden dar fórmulas universales. Por ejemplo, se han planteado discusiones sobre la naturaleza de tales contratos en materia de empréstitos públicos, tanto en el derecho financiero como en el derecho internacional. En todo caso, utilizando la vieja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, nadie podría afirmar que un

445 Véase en general, Beatrice Sansó de Ramírez, “La inmunidad de jurisdicción en el Artículo 151 de la Constitución de 1999”, en *Libro Homenaje a Enrique Tejera Paris, Temas sobre la Constitución de 1999*, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas, 2001, pp. 333 a 368.

446 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, cit.*, pp. 130 a 137.

contrato de empréstito público no sea un acto de autoridad ni un contrato de interés público. Por ello, dicho criterio no puede utilizarse para determinar la relatividad de la inmunidad de jurisdicción, pues la solución al problema no se puede basar en la consideración de si el Estado suscribe el contrato haciendo uso de su soberanía o de sus poderes públicos, o si son o no contratos de la Administración; sino en la naturaleza de las operaciones. En el caso de los empréstitos, sin duda, el juez llamado a conocer de un problema judicial con relación a ellos, debe conocer, en realidad, de cuestiones mercantiles y comerciales. Por eso, y con base en la excepción prevista en la Constitución, los contratos de empréstito no contienen las cláusulas de inmunidad de jurisdicción y, por tanto, están sometidos en su ejecución, la cual, además, en general, se produce fuera del país, a las leyes y tribunales donde se realiza la operación e, incluso, a tribunales arbitrales.

b. *La cláusula “Calvo”*

La segunda cláusula de carácter obligatorio, de rango constitucional regulada en el artículo 151 de la Constitución, el cual como lo propusimos⁴⁴⁷, reprodujo exactamente el texto del artículo 127 de la Constitución de 1961, es la llamada cláusula “Calvo”, que implica que en los contratos de interés público también se debe considerar incorporada una cláusula que establece que por “ningún motivo” ni causa, la ejecución de los mismos “puede dar origen a reclamaciones extranjeras”⁴⁴⁸.

El origen de esta cláusula se remonta a la Constitución de 1893 en la cual, al regularse los contratos de interés público, se señaló que los mismos en ningún caso podían ser motivo de reclamaciones internacionales. Esta cláusula establece, por tanto, la improcedencia de reclamaciones diplomáticas de Estados extranjeros contra el Estado venezolano, actuando aquellos Estados por cuenta de súbditos extranjeros, y parte del supuesto de que los extranjeros en el territorio del Estado venezolano se hallan en las mismas condiciones que los nacionales, por lo que si tienen alguna reclamación que formular cuando se puedan considerar lesionados, deben acudir únicamente a los tribunales nacionales. El objeto de la cláusula, en definitiva, es impedir que las divergencias que puedan surgir entre partes en un contrato estatal, en el cual una parte fuera un ciudadano extranjero, pudieran ser consideradas como de naturaleza internacional.

El origen de esta cláusula y por eso su denominación de cláusula “Calvo”, está en la exposición contenida en el libro de Carlos Calvo, *Tratado de Derecho Internacional*, editado inicialmente en 1868, 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

447 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 209 a 233; y *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 174 y 175.

448 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, cit.*, pp. 137 y ss.

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 Mundo⁴⁴⁹.

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 las 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 Estados⁴⁵⁰.

Por supuesto, sobre la propia cláusula “Calvo” se ha discutido en torno a su validez: algunos han estimado que es nula porque las personas privadas no pueden contraer obligaciones que lleven a dejar sin efecto el derecho de su Estado de origen de protegerlas en el exterior; otros, en cambio, estiman que es válida porque constituye una estipulación formal explícita entre dos partes contratantes. En este marco es que la Constitución presume que existe en todo tipo de contrato de interés público y, en particular, por supuesto, en materia de contratos de empréstitos en los cuales incluso, como se ha dicho, puede haber la excepción de la cláusula de inmunidad jurisdiccional.

c. *La cláusula temporal en las concesiones*

Con relación a las concesiones administrativas, como contratos estatales, también puede identificarse en el ordenamiento constitucional venezolano, otra cláusula de carácter obligatorio y que tiene su fundamento en el citado artículo 113 de la Constitución, que regula las concesiones para la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o para la prestación de servicios de naturaleza pública, las cuales sólo pueden otorgarse “por tiempo determinado”. En el mismo sentido, el artículo 156,16 de la Constitución prohíbe el otorgamiento de “concesiones mineras por tiempo indefinido”.

Es evidente, por tanto, de acuerdo con estas normas, la posibilidad de que el Estado otorgue con carácter de exclusividad, concesiones para la explotación de bienes públicos o la prestación de servicios públicos por tiempo limitado. La temporalidad, así, puede considerarse como una característica de todas las concesiones por lo que las leyes especiales que las regulan prevén, en general, lapsos variables, pero siempre precisos, de duración de las mismas.

En este sentido, por ejemplo, las concesiones de servicios públicos municipales, de acuerdo al artículo 41, ordinal 1º de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, sólo pueden tener un plazo máximo de 20 años; las concesiones de ferrocarrileras reguladas en la Ley de Ferrocarriles, de acuerdo a su artículo 9, deben tener una duración máxima de 40 años; las concesiones para la explotación de productos forestales reguladas en la Ley Forestal de Suelos y Aguas, conforme al artículo 68, deben tener una duración máxima de 50 años; y asimismo, las concesiones de obras y servicios públicos previstas en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión

449 *Op. cit.*, Tomo I, parágrafo 205, *cit.*, por L.A. Podestá Costa, *Derecho Internacional Público*, tomo I, Buenos Aires, 1955, pp. 445 y 446.

450 Véase Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional*, Madrid, 1927.

Privada bajo el Régimen de Concesiones, de acuerdo al artículo 16, deben tener una duración máxima de 50 años. Por último, en cuanto a las concesiones para el aprovechamiento de aguas, de acuerdo a la Ley Forestal de Suelos y de Aguas, artículo 92, la duración de las mismas debe ser de 60 años máximo.

d. *La cláusula de protección ambiental*

Por otra parte, el artículo 129 de la Constitución exige la inclusión en los contratos que celebre la República (contratos de interés público nacional celebrados por la República), de una cláusula de protección ambiental⁴⁵¹ en los siguientes términos:

En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aún cuando no estuviere expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en lo términos que fije la ley.

Se debe destacar de esta norma, que se trata de una cláusula de protección ambiental constitucionalmente obligatoria sólo respecto de los contratos de interés público *nacional*, que celebre la República. En consecuencia, puede considerarse que no es obligatoria en los contratos de interés público estatal ni municipal, que celebren, por ejemplo, los Estados y Municipios; así como tampoco sería constitucionalmente obligatoria en los contratos de interés público nacional que celebren otras personas jurídicas estatales distintas a la República, como los institutos autónomos o empresas del Estado nacionales.

E. *La aprobación de contratos de interés público por el órgano legislativo nacional*

En cuanto a la aprobación legislativa de los contratos de interés público nacional, la Constitución de 1999, a propuesta nuestra⁴⁵², cambió radicalmente la previsión del artículo 126 de la Constitución de 1961, que materialmente sometía a *todos* los contratos de interés público nacional a la aprobación legislativa, salvo las excepciones (contratos normales en el desarrollo de la Administración Pública y aquellos para los cuales la ley no establecía la aprobación legislativa) que terminaron convirtiéndose en la regla. Por ello, el artículo 150 de la Constitución de 1999, siguiendo la orientación mencionada de la práctica legislativa e interpretativa, ahora se limita a señalar que “la celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional sólo *en los casos que determine la ley*”. En consecuencia, sólo cuando mediante ley se determine expresamente que un contrato de interés público nacional debe someterse a la aprobación de la Asamblea, ello se convierte en un requisito de eficacia del contrato (art. 182,9).

451 Véase, en general, Alberto Blanco-Urbe Quintero, “La tutela ambiental como derecho-deber del Constituyente. Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6 (enero-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 31-64.

452 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 175 a 177.

Sin embargo, la Constitución exige la aprobación obligatoria por parte de la Asamblea Nacional, (art. 150; 187,9) solo respecto de los contratos de interés público (no sólo nacional, sino estatal o municipal) que se celebren con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, así como respecto de los traspasos de esos contratos a dichas entidades.

F. *Principios constitucionales relativos a la responsabilidad del Estado en la ejecución de los contratos de interés público*

Por último, en cuanto a la constitucionalización del régimen del derecho administrativo y, en particular, de la contratación administrativa, están las normas sobre responsabilidad administrativa.

En efecto, en términos generales, el artículo 312 de la Constitución establece que “el Estado no reconocerá otras obligaciones que las contraídas por órganos legítimos del Poder Nacional, de acuerdo con la Ley”; lo que implica la consagración del principio de la competencia, que debe ser expresa, para la celebración de contratos de interés público. En cuanto al Presidente de la República, en materia de contratos de interés nacional, la Constitución le atribuye competencia para su celebración conforme a la propia Constitución y a la Ley (art. 236,14), asignándole, además, la competencia para “negociar los empréstitos nacionales” (art. 236,12). Estas competencias, en todo caso, no son exclusivas ni excluyentes, pudiendo la Ley asignar tales competencias a otros funcionarios del Ejecutivo Nacional, como a los Ministros como órganos directos del Presidente de la República (art. 76,15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública).

Por otra parte, como se dijo, toda ejecución de contratos que implique gastos está sujeta al régimen presupuestario y a la previsión del artículo 314 de la Constitución, en el sentido de que “no se hará ningún tipo de gastos que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto” (art. 314).

Por último, el artículo 140 de la Constitución, en una norma innovativa de gran importancia para el derecho administrativo, establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública, de la cual deriva, no sólo el principio de responsabilidad extracontractual, sino contractual de la Administración.

La Constitución, por otra parte, atribuye la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de todo asunto concerniente a la condena al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración (art. 259).

5. *Régimen constitucional de los servicios públicos*

A. *El servicio público como obligación prestacional estatal*

Se puede entender por servicio público como las actividades prestacionales que debe asumir el Estado tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en

cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares no tienen derecho a desarrollarlas “libremente”⁴⁵³.

De esta definición resulta lo siguiente:

En *primer lugar*, que se trata siempre de una actividad, es decir, de un conjunto de operaciones y tareas a cargo de un sujeto de derecho, consistente en dar o hacer algo a favor de otros, en suma, de prestar. Se trata, por tanto, de una actividad prestacional; pero no de cualquier tipo de prestación sino de una que es de interés de todos, de interés público o colectivo por lo que los sujetos a los cuales se destina son todos, es decir, al público en general.

En *segundo lugar*, esa actividad prestacional corresponde cumplirla obligatoriamente al Estado, es decir, a los entes públicos, por estar así establecido en la Constitución o en una Ley. Por tanto, no toda actividad prestacional de interés público que realicen los entes públicos puede considerarse como un servicio público, sino sólo aquellas que éstos asumen en cumplimiento de una obligación constitucional o legal.

En *tercer lugar*, tratándose de una actividad prestacional que corresponde como obligación al Estado, de acuerdo al principio de alteridad, los particulares, es decir, el público en general, tienen un correlativo derecho constitucional o legal a recibir la prestación, el cual, como todo derecho, debe ser esencialmente justiciable y protegible.

En *cuarto lugar*, desde el momento en el cual una actividad se configura como servicio público a cargo de los entes públicos, la misma queda sustraída de las que pueden ser desarrolladas libremente por los particulares. No es que necesariamente la actividad queda excluida del ámbito de la libertad económica de los particulares, sino que en relación con ella, ésta no puede desarrollarse libremente.

Es decir, la libertad económica, como derecho de toda persona de “dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia” (art. 112 de la Constitución), está limitada, constitucional o legalmente, en una proporción inversa al grado de asunción de la actividad por parte del Estado.

Así, por ejemplo, en otros tiempos, cuando la Ley de Correos de 1938 decía, en su artículo 1º, que “el correo es un servicio público federal exclusivo del Estado”, la norma quería decir precisamente eso, que esa era una actividad exclusiva del Estado y, además, excluyente de toda prestación por parte de particulares.

En todo caso, la idea clave a los efectos de la conceptualización jurídica del servicio público, es la existencia de una obligación constitucional o legal a cargo del Estado para la realización de la actividad prestacional. Ello contribuye a deslindar los servicios públicos de las actividades prestacionales que el Estado realiza como mero empresario, que no se ejecutan en virtud del cumplimiento de obligación constitucional o legal alguna, y respecto de las cuales existe el derecho de los particulares a desarrollarlas libremente.

En consecuencia, la declaración de una actividad como servicio público que, por tanto, se cumple por el Estado en ejecución de una obligación constitucional o legal, da origen a dos consecuencias fundamentales en relación con los particulares:

453 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El régimen constitucional de los servicios públicos”, *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías”*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I, Caracas, 5-8 marzo 2002.

Por una parte, que con motivo de la obligación jurídica del Estado surge una relación jurídica, en cuyo otro extremo está como correlativo a la obligación, un derecho de los administrados a percibir la prestación de tales servicios públicos; y por otra parte, que la presencia del Estado como prestador de servicios públicos restringe, a la vez, la libertad económica de los administrados.

El servicio público así entendido, se presenta entonces siempre, como una restricción a la libertad económica de los particulares. Por ello es que la creación de un servicio público, es decir, el establecimiento de la obligación prestacional a cargo del Estado, sólo puede tener su origen directamente en la Constitución o en la ley, pues sólo en esos textos, conforme al principio de la reserva legal previsto en la propia Constitución (art. 112), es que puede limitarse o restringirse la libertad económica.

En mi criterio, esta consecuencia de la noción de servicio público es la más importante desde el punto de vista jurídico; que cuando una actividad prestacional se erige en servicio público, es decir, se impone obligatoriamente al Estado, sea a la República, a los Estados o a los Municipios, se restringe automáticamente la libertad económica de los particulares en el sentido de que no pueden, libremente, ejercer dicha actividad.

Es evidente, por supuesto, que el ámbito de esta restricción no es uniforme, pues depende de la regulación concreta que se establezca en la Constitución o en la ley. Las normas pueden establecer una variada gama de restricciones a la libertad económica que pueden ir desde la exclusión total de la actividad económica de los particulares en el ámbito de la actividad prestacional, por ejemplo, cuando el Estado se la reserva con carácter de exclusividad; hasta la previsión de una concurrencia casi sin restricciones, entre la actividad pública y la actividad privada, pasando por los supuestos en los cuales, a pesar de que el Estado se reserve el servicio, los particulares pueden prestarlo mediante concesión.

Es conveniente distinguir estas categorías de servicios públicos, según la mayor o menor incidencia y restricción de la libertad económica, pues ello permitirá determinar el grado de intervención del Estado.

B. *Las diversas categorías de servicios públicos*

En efecto, según la intensidad de la restricción a la libertad económica que acarrea la consideración de una actividad como servicio público, he distinguido tres grandes categorías de servicios públicos: los servicios públicos exclusivos y excluyentes; los servicios públicos exclusivos, pero concedibles; los servicios públicos concurrentes.

La primera categoría de servicios públicos abarca aquellos reservados al Estado en forma absoluta, de manera que los particulares no pueden, en forma alguna, prestarlos. La Constitución, en general, salvo en relación con los servicios públicos vinculados a los derechos de la Nación y a los fines del Estado, no establece directamente ningún servicio público de esta naturaleza, pero permite que la ley los establezca en determinados supuestos.

En efecto, el artículo 302 de la Constitución establece expresamente la posibilidad que tiene el Estado de reservarse, mediante Ley Orgánica, y por razones de conveniencia nacional, “industrias, explotaciones, *servicios y bienes de interés público*”.

De acuerdo a este artículo, por tanto, mediante ley orgánica podría establecerse un servicio público para ser prestado en forma exclusiva por el Estado, excluyendo a los particulares del ámbito del mismo. Una reserva de este tipo tendría por efecto fundamental establecer una exclusión a la libertad económica de los administrados, la cual no podría desarrollarse, en forma alguna, respecto del servicio reservado. En estos casos, la reserva de servicios, provocaría el establecimiento de un *monopolio de derecho* a favor del Estado, configurándose el supuesto del artículo 302 de la Constitución como una excepción a la prohibición de los monopolios que regula el artículo 113 de la propia Constitución.

Una segunda categoría de servicios públicos estaría configurada por aquellos que aún siendo atribuidos en forma obligatoria y exclusiva al Estado, es decir, a la República, a los Estados o a los Municipios, y estando reservados a los entes públicos, ello no se ha hecho en forma excluyente, por lo que, mediante concesión, podría permitirse a los particulares la prestación de los mismos en determinadas condiciones.

La Constitución ha regulado, en muchas normas esta categoría de servicios públicos, como servicios públicos exclusivos y no excluyentes, por tanto, concedibles, a cuyo efecto ha regulado en general, en el artículo 113 que cuando se trate de:

Prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

Esta norma establece, por tanto, que cuando se trate de una actividad declarada como servicio público exclusivo del Estado, pero no excluyente, sea que se vaya a prestar en forma exclusiva o no, el Estado puede otorgar concesiones por tiempo determinado.

Por supuesto, corresponde a la Ley la determinación del carácter exclusivo del servicio que permita, sin embargo, que su prestación se pueda conceder a los particulares.

La consecuencia de ello es que en virtud de la reserva, los particulares no tienen libertad económica respecto de las actividades que configuran estos servicios, es decir, los particulares *no tienen derecho* a realizar las actividades económicas que los configuran. Pueden, sí, obtener ese derecho mediante un acto administrativo bilateral, que es la concesión de servicio público, mediante la cual se transfiere a los particulares un derecho que antes no tenían y que se constituye por dicho acto.

Un tercer tipo de servicio público está configurado por aquellas actividades prestacionales impuestas obligatoriamente al Estado, pero respecto de las cuales el ordenamiento también consagra un derecho de los particulares a prestarlos.

En estos casos, el establecimiento de una actividad como servicio público lo que produce, como consecuencia, es una limitación a la libertad económica de los particulares. No se trata de que la misma se excluya, como sucede en los casos anteriores, sino de una limitación a su ejercicio. Por ello, en estos casos, el derecho de los particulares a prestar los servicios está establecido directamente en el ordenamiento jurídico, y lo único que en éste se establece son los mecanismos de control, para asegurar que los servicios se presten en forma adecuada al interés general envuelto.

C. *La constitucionalización de los servicios públicos*

Ahora bien, como hemos dicho, la calificación de una actividad prestacional como servicio público, exige que la Constitución o la ley establezcan la obligación a cargo del Estado de realizarla.

En tal sentido puede decirse que la Constitución de 1999, a diferencia de la de 1961, es una Constitución de servicios públicos en el sentido de que no sólo utiliza la noción misma de “servicio público”, constitucionalizándola, sino que regula múltiples actividades como obligaciones estatales, que constitucionalmente se pueden calificar como tales servicios públicos.

Quisiera destacar las normas constitucionales pertinentes para determinar con precisión estos servicios públicos constitucionales.

a. *Los “servicios públicos” en la Constitución*

En efecto, en cuanto a la utilización del concepto de “servicio público”, podemos hacer referencia a los siguientes artículos de la Constitución:

1. El artículo 84 al regular el derecho a la salud, se refiere a los “servicios públicos de salud”.

Asimismo, en el artículo 83 se regula la obligación del Estado de asegurar “el acceso a los servicios”; y el artículo 86 se refiere a “los servicios médicos y asistenciales”. Por otra parte, el artículo 156,24 le atribuye al Poder Nacional competencia en materia de los “servicios nacionales de salud”.

2. Por su parte, el artículo 86, al regular el derecho a la seguridad social, la declara “como servicio público de carácter no lucrativo”.

3. El artículo 102, al regular a la educación como derecho humano, agrega que “la educación es un servicio público”; y el artículo 103 establece la obligación del Estado de sostener “servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el servicio educativo”. Además, el artículo 156,24 le atribuye al Poder Nacional competencia en relación con “los servicios nacionales de educación”.

4. El artículo 108, al exigir que los medios de comunicación social, públicos y privados, contribuyan a la formación ciudadana, establece que “el Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de biblioteca informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información”.

5. El artículo 113 se refiere a las concesiones administrativas en los casos de “servicios de naturaleza pública”.

6. Los artículos 156, ordinal 29 y 178 se refieren a “los servicios públicos domiciliarios” y, en especial, los servicios públicos de electricidad, de agua potable y de gas doméstico, de alcantarillado, de canalización y de disposición de aguas servidas.

7. El artículo 164, ordinal 8 se refiere a “los servicios públicos estatales”

8. El artículo 173, al regular las parroquias como entidades locales, se refiere a la desconcentración de competencias hacia las mismas para “la mejor prestación de los servicios públicos”.

9. El artículo 184 se refiere a la descentralización de los Estados y Municipios hacia las comunidades y grupos vecinales organizados y a la participación de los ciudadanos respecto de “la ejecución, evaluación y control de servicios públicos”.

10. El artículo 196, ordinal 6 se refiere a la “creación, modificación o suspensión de servicios públicos” mediante decreto-ley, en caso de urgencia comprobada y en receso de la Asamblea Nacional.

11. El artículo 259 atribuye competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de “reclamos por la prestación de servicios públicos”.

12. El artículo 281, ordinal 2 atribuye competencia al Defensor del Pueblo para “velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos”; y

13. El artículo 302 establece la posibilidad de que el Estado se reserve, mediante ley orgánica y por razones de conveniencia nacional, “servicios de interés público”.

En esta forma, a diferencia de la Constitución de 1961, en la que sólo se utilizó la expresión “servicio público”, respecto de los servicios públicos de salud (art. 136,17); de la creación de servicios públicos por vía ejecutiva en caso de urgencia comprobada (arts. 179,5; 190,11); y de la limitación a la huelga en los servicios públicos (art. 92); en la Constitución de 1999, la expresión “servicio público” puede decirse que se ha constitucionalizado definitivamente en 13 artículos, lo que, sin duda, permite su conceptualización doctrinal.

b. *Los “servicios” a cargo del Estado en la Constitución*

Pero además, otras normas de la Constitución, utilizan la expresión “servicios” para referirse a actividades estatales, las cuales también encajarían en la noción de servicio público. Ello ocurre en las siguientes otras 13 normas:

1. El artículo 76, al regular el derecho a la protección de la maternidad, se refiere a la obligación del Estado de asegurar “servicios de planificación familiar integral”.

2. El artículo 82, al regular el derecho a la vivienda, establece que la misma debe contar con “servicios básicos esenciales” es decir, servicios públicos domiciliarios.

3. El artículo 110 establece la obligación del Estado de reconocer el interés público de “los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía del país”.

4. El artículo 112 establece la obligación del Estado de garantizar “servicios que satisfagan las necesidades de la población” y el artículo 117 garantiza el derecho de las personas a disponer de “servicios de calidad”.

5. El artículo 156, ordinal 5 se refiere a la competencia del Poder Nacional en materia de “los servicios de identificación”.

6. El artículo 156, ordinal 28 se refiere a la competencia del Poder Nacional en cuanto al “régimen del servicio de correo y de las telecomunicaciones”.

7. El artículo 164, ordinal 6, al atribuir competencias a los Estados en la organización de la policía, se refiere a la determinación de “las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal”.

8. El artículo 165, al regular el régimen de las competencias concurrentes, establece la obligación de los Estados de transferir a los Municipios “los servicios” que gestionen.

9. El artículo 178, que regula las competencias municipales, se refiere a los “servicios de transporte público urbano de pasajeros” (ord. 2); a “los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y protección civil” (ord. 4); a los “servicios de integración familiar” de los discapacitados y a los “servicios de prevención y protección, vigilancia y control de bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal” (ord. 5); a “los servicios funerarios” (ord. 6); y a “los servicios de policía municipal” (ord. 7).

10. El artículo 184 que regula los mecanismos para que los Estados y Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados “los servicios que éstos gestionen”, establece que la ley debe promover “la transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos”.

11. El artículo 185, que regula el Consejo Federal de Gobierno, precisa que el Fondo de Compensación Interterritorial está destinado, entre otros, al financiamiento de “servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo”.

12. El artículo 268, en el marco del funcionamiento de la justicia se refiere al “servicio de defensa pública”; y

13. El artículo 306, al regular el desarrollo rural integrado, asigna al Estado el fomento de “servicios de capacitación y asistencia técnica”.

Todas estas normas, sin duda, se refieren a la noción de servicio público como actividad prestacional obligatoriamente a cargo del Estado, correlativo con el derecho de las personas a su prestación, sin que de las mismas se pueda deducir que se trate de actividades que son excluyentes de las actividades de los particulares en dichas áreas. La exclusión, sin embargo, podría establecerse mediante ley, como consecuencia de limitaciones a la libertad económica “por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social” a que se refiere el artículo 112 de la Constitución.

D. *Los servicios públicos constitucionales*

Ahora bien, de todas estas normas constitucionales en nuestro criterio puede identificarse los siguientes cuatro grupos de servicios públicos constitucionales:

En *primer* lugar, los servicios públicos vinculados a los derechos de la Nación, para garantizar su goce; en *segundo* lugar, los servicios públicos vinculados a los fines del Estado, para su logro; en *tercer* lugar, los servicios públicos de carácter social, para hacer efectivos los derechos sociales; y en *cuarto* lugar, los servicios públicos para garantizar el ejercicio de derechos y libertades individuales.

a. *Los servicios públicos vinculados a los derechos de la Nación*

En primer lugar, los servicios públicos derivados de los derechos de la Nación. En efecto, el artículo 1 de la Constitución declara como “derechos irrenunciables de la Nación, la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación”. Se trata de un derecho colectivo, de la Nación, es decir, de toda persona e instituciones, vinculadas a la soberanía y que origina la obligación del Estado de resguardarla. Estas prestaciones dan origen a los siguientes servicios públicos exclusivos del Estado, y en muchos casos, excluyentes.

a'. *El servicio público de defensa y seguridad: la Fuerza Armada Nacional*

“La seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado” dice el artículo 322 de la Constitución; aún cuando precise que la defensa de la Nación sea responsabilidad de los venezolanos y demás personas que se encuentren en el espacio geográfico nacional.

La Fuerza Armada Nacional, por tanto, constituye la institución organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad territorial (art. 328). Es una institución que debe ser “esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado” que “está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna” (art. 328).

La competencia en esta materia corresponde al Poder Nacional, resumida en las siguientes atribuciones que el artículo 156 de la Constitución le asigna:

Ord. 2. La defensa y suprema vigilancia de los intereses generales de la República, la conservación de la paz pública y la recta aplicación de la ley en todo el Territorio Nacional.

Ord. 7. La seguridad, la defensa y el desarrollo nacional.

Ord. 8. La organización y régimen de la Fuerza Armada Nacional.

Dentro de los cometidos de este servicio, la Constitución destaca, en especial, la protección de los espacios fronterizos para preservar la integridad territorial, la soberanía, la seguridad, la defensa, la identidad nacional, la diversidad y el ambiente (art. 15); declarando que la atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación (art. 327).

b'. *El servicio público exterior y diplomático*

Con fundamento en las mismas normas constitucionales antes mencionadas otro servicio público vinculado a los derechos de la Nación, es el servicio público exterior y diplomático, que actualiza las relaciones internacionales de la República para que respondan a “los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo” (art. 152).

La competencia en relación con “la política y la actuación internacional de la República” se atribuye en la Constitución al Poder Nacional (art. 156, ord. 1); y se

obliga a la República a la defensa de “los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en asuntos internos, respeto a los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en las luchas por su emancipación y el bienestar de la humanidad” (art. 152).

c'. El servicio público de promoción y ordenación de la economía

De acuerdo con el artículo 299 de la Constitución, el régimen socio económico de la República se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.

A tal efecto, se responsabiliza al Estado para que, conjuntamente con la iniciativa privada, promueva “el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta” (art. 249).

A tal fin, la Constitución atribuye al Estado en sus artículos 112, 299, 308, 309 y 310, competencia para promover la iniciativa privada con facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país; promover el desarrollo armónico de la economía nacional; proteger la artesanía e industrias populares; velar por la creación y fortalecimiento del sector turístico nacional; y proteger y promover la pequeña y mediana industria.

La Constitución por otra parte, asigna a la Asamblea Nacional la competencia exclusiva para aprobar las líneas generales del plan de desarrollo económico y social (art. 187,8) y atribuye al Presidente de la República competencia exclusiva para formular el Plan Nacional de Desarrollo y dirigir su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional (art. 236,18). Ello implica, por supuesto, que puede y debe haber planes estatales y municipales de desarrollo, para lo cual los Estados y Municipios tienen competencia. Por ello, en cada Estado debe existir un Consejo Estatal de Planificación y Coordinación (art. 166) y en cada Municipio, un Consejo Local de Planificación (art. 182). Los Municipios, además, tienen competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de ordenación y promoción del desarrollo económico y social (art. 178).

Por otra parte, como órgano intergubernamental, el Consejo Federal de Gobierno tiene la misión de planificar y coordinar las políticas y acciones de los tres niveles territoriales para el desarrollo del proceso de descentralización (art. 185).

La Constitución, por otra parte, establece una extensa regulación sobre el régimen fiscal y monetario, donde se detallan normas sobre el régimen presupuestario (art. 311 a 315); y el sistema tributario (art. 316 y 317); el sistema monetario nacional (art. 318 y 319) y la coordinación macroeconómica (art. 320). En ellas se regulan, por primera vez a nivel constitucional, las competencias del Banco Central de Venezuela, órgano al cual corresponde el ejercicio “de manera exclusiva y obligatoria” de las competencias monetarias del Poder Nacional (art. 318); y los princi-

prios de la política macroeconómica, imponiéndose al Estado la obligación de “promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social” (art. 320).

Para cumplir todas estas obligaciones la Constitución, en su artículo 156, asigna al Poder Nacional competencia en las siguientes materias:

Ord. 11. La regulación de la banca central, del sistema monetario, de la moneda extranjera, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda.

Ord. 15. El régimen del comercio exterior y la organización y régimen de las aduanas.

Ord. 17. El régimen de metrología legal y control de calidad

Ord. 18. Los censos y estadísticas nacionales.

Ord. 21. Las políticas macroeconómicas, financieras y fiscales de la República.

De todo este conjunto de regulaciones constitucionales, por tanto, deriva otro servicio público esencial vinculado a los derechos de la Nación y su soberanía económica, que en sus componentes esenciales es de carácter exclusivo y excluyente.

b. *Servicios públicos vinculados a los fines del Estado*

De acuerdo con el artículo 2 de la Constitución, el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que constituye Venezuela, 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.

A tal efecto, el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, 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 reconocidos y consagrados en la Constitución (art. 3).

Por otra parte, respecto de los particulares, la libertad consiste en el derecho de toda persona al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social (art. 20).

Para el logro de todos estos principios y fines y para garantizar el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, precisamente, se regulan los servicios públicos de seguridad y protección ciudadana, de justicia y de protección ambiental.

a'. *Los servicios públicos de seguridad y protección ciudadana: la policía y la administración de riesgos*

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

La norma asigna esta obligación de proteger al Estado, y como se ha dicho, la expresión “Estado” comprende la totalidad de los entes que conforman su organización política como Estado Federal. En consecuencia, esta obligación corresponde, concurrentemente, a la República, a los Estados y a los Municipios, como lo confirma expresamente el artículo 332 de la Constitución, tanto por lo que se refiere a la policía como a la administración de riesgos y emergencias, al indicar que la función de los órganos de seguridad ciudadana constituye una “competencia concurrente”. Esto lo confirma, además, el artículo 184 de la Constitución al reconocer como competencia de los Estados y los Municipios la materia de “prevención y protección vecinal”.

En cuanto al servicio público de policía, además el Poder Nacional tiene competencia exclusiva en materia de “policía nacional” (art. 156,6), del régimen de los extranjeros (art. 156,4) y de los servicios de identificación (art. 156,5); correspondiendo al Ejecutivo Nacional organizar, de conformidad con la ley, un cuerpo unificado de policía nacional (art. 332).

Por su parte, los Estados tienen competencia exclusiva para “la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, de conformidad con la Ley” (art. 164,6); y los Municipios tienen competencia exclusiva, “en cuanto concierne a la vida local”, en materia de “prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable” (art. 178,7). Además, se atribuye a los Municipios competencia exclusiva también en cuanto concierne a la vida local, en materia de servicios de “protección civil”(art. 178,4), de “servicios prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal” (art. 178,5), y de “circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas por vías municipales” (policía de tránsito) (art. 178, ord. 2).

Esto implica, también, una concurrencia de competencias en materia de servicios públicos de administración de riesgos y emergencias: el artículo 156, ordinal 9, atribuye al Poder Nacional el régimen de la administración de riesgos y emergencias, y el artículo 332 encarga al Ejecutivo Nacional, de conformidad con la ley, para organizar un cuerpo de bomberos y administración de carácter civil y una organización de protección civil y administración de desastres, como parte de los órganos de seguridad ciudadana. La misma norma considera como una competencia concurrente de los Estados y Municipios la función de los órganos de seguridad ciudadana, por lo que aquéllos, conforme con los artículos 164,8 y 178,4, 5, y 7, de conformidad con la legislación nacional, pueden establecer los servicios públicos respectivos.

b'. *El servicio público de justicia*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Constitución, toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Para asegurar la efectividad de este derecho, se impone la obligación al Estado de garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (art. 26).

Para garantizar el derecho a la justicia y la obligación de prestarla, la Constitución regula el sistema de justicia, atribuyendo las competencias en la materia a los órganos del Poder Judicial, independientes y autónomos (art. 253 y sigts). La competencia para regularlos se atribuye al Poder Nacional al asignarle el artículo 158, ordinal 31 la atribución en materia de “La organización y administración nacional de la justicia”; y al Poder Municipal, en materia de “justicia de paz” (art. 178,7).

Por otra parte, en particular, y como parte del sistema de justicia, el artículo 268 de la Constitución regula el “servicio de defensa pública”.

c'. *Los servicios públicos en materia de desarrollo rural integral y seguridad alimentaria*

Los artículos 305, 306 y 307 de la Constitución también asignan al “Estado” obligaciones de promover el desarrollo rural integral; promover las condiciones para fomentar la actividad agrícola y la agricultura sustentable, a fin de garantizar la seguridad alimentaria, y alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento; proteger las comunidades y asentamientos de pescadores artesanales; proteger y promover las formas asociativas y particulares de propiedad, y velar por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola y establecer servicios de capacitación y asistencia técnica. Estas obligaciones del “Estado”, de nuevo, dan origen a servicios públicos de competencia concurrente de todos los entes que conforman la organización política del mismo, es decir, a la República, a los Estados y a los Municipios.

En esta materia, además, el Poder Nacional tiene competencia exclusiva para dictar la “legislación agraria” (art. 156,32) y definir la política *nacional* en materia tanto de seguridad alimentaria (art. 156,23) como de producción agrícola, ganadera, forestal y pesquera (art. 25).

Por tanto, los Estados y Municipios tienen competencia, respectivamente, para definir la política *estadal* y *municipal* en materia de seguridad alimentaria y para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal.

d'. *Los servicios públicos de protección ambiental*

Los artículos 127 a 129 de la Constitución regulan los derechos ambientales de las personas, entre ellos, el derecho de proteger y mantener el ambiente en beneficio de las generaciones y del mundo futuro; y el derecho a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado.

A tal efecto, se regulan las obligaciones del Estado de proteger el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica; de garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos (art. 127) y de desarrollar una política de ordenación del territorio.

En materia de ambiente, además, el artículo 156, ordinal 23 de la Constitución, atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en cuanto a las políticas *nacionales* y la “legislación” en materia de ambiente y aguas, por lo que los Estados y Municipios tienen competencia en las políticas estadales y municipales en la materia.

Además, el artículo 178,4 le atribuye en forma exclusiva a los Municipios, en cuanto concierne a la vida local, competencias en materia de “protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental”. El artículo 184 de la Constitución, además, confirma la competencia de Estados y Municipios en materia de “servicios ambientales”.

En materia de ordenación del territorio, al atribuir el artículo 128 de la Constitución al “Estado” competencia en materia de ordenación territorial, se trata de una competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios.

Además, el artículo 156, ordinal 23 de la Constitución le atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en cuanto a las políticas *nacionales* y la “legislación” en materia de ordenación de territorio, por lo que a los Estados y Municipios les corresponde la política estatal y municipal, respectivamente, en la ordenación del territorio de las respectivas entidades.

Adicionalmente, el artículo 178 le atribuye expresamente a los Municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “ordenación territorial”, y el artículo 184 confirma la competencia de Estados y Municipios en la materia, por ejemplo, al referirse al “mantenimiento de áreas industriales”.

c. *Los servicios públicos sociales*

Los artículos 75 y siguientes de la Constitución, al regular los derechos sociales y de las familias (art. 75 a 97) y los derechos culturales y educativos (art. 98 a 118), establecen un conjunto de obligaciones de prestación que se imponen a los entes públicos, que originan diversos servicios públicos sociales constitucionales, la mayoría de los cuales son de la competencia concurrente de todos a los órganos del Estado, es decir, de la República, de los Estados y de los Municipios.

a'. *Los servicios públicos de asistencia y protección social*

Conforme a los artículos 75 a 81 de la Constitución, el “Estado” tiene un conjunto de obligaciones tendientes a asegurar la protección de las familias y de quienes ejerzan la jefatura de la familia; la garantía de asistencia y protección integral a la maternidad; los servicios de planificación familiar; la protección del matrimonio entre hombre y mujer; asegurar la protección integral a los niños y adolescentes y promover su integración progresiva a la ciudadanía activa; la creación de oportunidades para estimular el tránsito productivo de los jóvenes a la vida adulta, su capacitación y acceso al primer empleo; garantizar a los ancianos el pleno ejercicio de sus derechos y garantías, así como atención integral; el respeto de los discapacitados, garantizar el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias y promover su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones.

Todas estas responsabilidades, sin duda, originan obligaciones de prestación de servicios públicos que corresponden en forma concurrente tanto a la República, como a los Estados y Municipios.

La “legislación nacional” en la materia corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional pero, por ejemplo, la Constitución atribuye en forma expresa a los Municipios, competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia

de servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad, así como en materia de servicios de integración familiar del discapacitado al desarrollo comunitario (art. 178,5).

Estos servicios públicos de asistencia y protección, dado el carácter de materia de competencia concurrente, también serían, en los términos del artículo 164,8 de la Constitución, servicios públicos estatales.

b'. *Los servicios públicos de salud y sanidad*

Las obligaciones públicas en materia de salud, derivadas del derecho a la salud, conforme a los artículos 83, 84 y 85 de la Constitución, originan servicios públicos constitucionales en la materia, que también se atribuyen al "Estado", es decir, tanto a la República como a los Estados y Municipios. En consecuencia, se trata de servicios públicos que son de la competencia concurrente de los tres niveles territoriales.

En la materia, sin embargo, el artículo 156,23 atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en materia de políticas y servicios *nacionales* de salud (156,24) y de legislación sobre sanidad nacional y vegetal (art. 156,32).

En particular, los artículos 84 y 85 precisan como obligación y competencia del Poder Nacional el establecimiento de un "*Sistema Público Nacional de Salud*" integrado al sistema de seguridad social. En consecuencia, los Estados y Municipios tienen competencia en materia de políticas y servicios estatales y municipales de salud.

El Poder Nacional, además, tiene competencia exclusiva para dictar la legislación sobre sanidad animal y vegetal (art. 156, 32) y los Municipios tienen competencia exclusiva expresa, en cuanto concierne a la vida local, en materia de salubridad y atención primaria en salud (art. 178,5).

En cuanto a los Estados, los servicios públicos de salud como materia de la competencia concurrente, serían servicios públicos estatales (art. 164,8). Ello lo confirma además, el artículo 184, al establecer la descentralización de los "servicios de salud" de los Estados y Municipios a las organizaciones comunitarias.

La Constitución precisa, en todo caso, que "los servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados" (art. 84).

Por supuesto, de esta previsión no podría deducirse que los servicios públicos de salud sean exclusivos del Estado y de carácter excluyente; sino que aquéllos que asuma el Estado no pueden ser transferidos a los particulares. Estos pueden prestar servicios de salud, al punto de que el artículo 85 establece como obligación del Estado el "regular las instituciones públicas y privadas de salud".

Por último, en materia de sanidad, debe señalarse la competencia municipal en materia de "cementeros y servicios funerarios" (art. 178,6).

c'. *Los servicios públicos de seguridad social*

El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enferme-

dad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social.

De acuerdo con la misma norma, el Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, es decir, de prestar este servicio público, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas.

Por su parte, el artículo 156, ordinal 22 de la Constitución, atribuye al Poder Nacional competencia en cuanto al “régimen y organización de la seguridad social”.

d'. *Los servicios públicos de educación*

Como antes se dijo, conforme al artículo 102 de la Constitución, la educación, que debe ser “democrática, gratuita y obligatoria”, es un derecho humano y un deber social fundamental que el Estado debe asumir como “función indeclinable”, por lo que declara que “la educación es un servicio público”. Dicho servicio público, sin embargo, ni es exclusivo ni excluyente, pues la propia Constitución no sólo regula las instituciones públicas o privadas de educación (art. 103 y 104), sino el derecho de las personas a “fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de este” (art. 106).

Los artículos 102 a 109 de la Constitución, por otra parte, asignan el conjunto de obligaciones educativas, es decir, los servicios públicos educativos, al “Estado” lo que implica que la competencia en la materia sea concurrente entre la República, los Estados y los Municipios. Así, el artículo 156, ordinal 24 atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva para las políticas y los servicios *nacionales* de educación. En consecuencia, los Estados y Municipios tienen competencia, respectivamente, para las políticas y los servicios estatales y municipales de educación.

Los servicios públicos de educación, por tanto, también serían servicios públicos estatales en los términos del artículo 164, ordinal 8; y en cuanto a los Municipios, el artículo 178, ordinal 5, les atribuye competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de educación preescolar. La competencia estatal y municipal en “servicios de educación”, también la confirma el artículo 184 de la Constitución.

e'. *Los servicios públicos de vivienda*

El artículo 82 asigna al “Estado en todos sus ámbitos” la obligación de satisfacer progresivamente el derecho de toda persona a la vivienda; por lo que se trata de un servicio público que corresponde, en forma concurrente, a la República, a los Estados y a los Municipios.

Además, la Constitución atribuye como competencia exclusiva del Poder Nacional la política *nacional* y la legislación en materia de vivienda (art. 156, 23), por lo que los Estados y Municipios tienen competencia en materia de políticas estatales y municipales de vivienda, respectivamente. Ello también lo confirma el artículo 184 de la Constitución.

Además, los Municipios tienen competencia expresa exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de vivienda de interés social (art. 178,1) y de aplicación de la política inquilinaria conforme a la delegación prevista en la ley nacional (art. 178).

f'. *Los servicios públicos de empleo*

Los artículos 87 y siguientes de la Constitución regulan los derecho laborales, y asignan al “Estado” un conjunto de obligaciones que se configuran como servicios públicos, como la adopción de medidas para asegurar empleo, el fomento del empleo, y la protección del trabajo sin discriminación.

En todos estos casos, las obligaciones asignadas al “Estado”, sin duda, corresponden tanto a la República como a los Estados y Municipios. Se trata, por tanto, de servicios públicos de competencia concurrente que se ejercen de acuerdo con la legislación nacional en materia de trabajo, previsión y seguridad sociales (art. 156,32).

g'. *Los servicios públicos culturales*

Los artículos 98 a 101 de la Constitución establecen el conjunto de derechos de las personas a la cultura, regulando en consecuencia un conjunto de obligaciones asignadas al “Estado”, en materia de cultura, de patrimonio histórico, cultural y arquitectónico, de cultura popular y de información cultural, lo que los configura como servicios públicos de la competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios, que se ejercen de acuerdo con la legislación nacional en materia de “patrimonio cultural y arqueológico” (art. 156,32).

Además, el artículo 156, ordinal 32 de la Constitución le asigna al Poder Nacional competencia exclusiva para dictar la legislación en la materia. El artículo 178, ordinales 1 y 5 le atribuyen en forma expresa competencia exclusiva a los Municipios, en cuanto concierne a la vida local, en materia de actividades e instalaciones culturales y de patrimonio histórico.

Los servicios culturales además constituirían servicios públicos estatales, en los términos del artículo 164,8 de la Constitución.

El artículo 184 de la Constitución, además, confirma la competencia de los Estados y Municipios en materia de “servicios culturales”.

h'. *Los servicios públicos deportivos y de recreación*

El artículo 111 de la Constitución establece el derecho de todas las personas al deporte y a la recreación, como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. Ello da origen a diversos servicios públicos.

En materia de servicios públicos deportivos la Constitución atribuye al “Estado” la responsabilidad de asumir el deporte y la recreación como política de educación y salud (art. 111), correspondiendo dicha responsabilidad, por tanto, a la República, a los Estados y a los Municipios.

El artículo 178 además, atribuye a los Municipios la competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de actividades deportivas, parques y

jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación; y el artículo 184 confirma la competencia de los Estados y Municipios en materia de “servicios de deporte”.

Vinculados a los servicios de recreación, puede decirse que la Constitución también regula los servicios de turismo.

En efecto, el artículo 310 de la Constitución regula al turismo como una actividad económica de interés nacional, prioritaria para el país en su estrategia de diversificación y desarrollo sostenido. En tal sentido, como consecuencia, atribuye al “Estado” la obligación tanto de dictar medidas que garanticen el desarrollo del turismo, como de velar por la creación y fortalecimiento del turismo nacional.

El “Estado”, en esa norma, igualmente, es tanto el Estado Nacional (República) como los Estados federados y los Municipios, configurándose la materia como de la competencia concurrente entre los tres niveles territoriales.

Además, debe destacarse, en particular, que en materia turística, el Poder Nacional tiene asignada competencia exclusiva para la política *nacional* y legislación en materia de turismo (art. 156,23), por lo que también existe una política estatal y municipal en la materia que corresponde a los Estados y Municipios. En especial, a estos últimos se asigna competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “turismo local” (art. 178,1).

d. *Los servicios públicos para garantizar el ejercicio de derechos y libertades individuales*

El cuarto grupo de servicios públicos se configura por aquellas actividades prestacionales impuestas al Estado, para garantizar el ejercicio de los derechos individuales a la circulación, a las comunicaciones, a la información y a la calidad de vida.

a'. *Los servicios públicos para la circulación*

De acuerdo con el artículo 50 de la Constitución, toda persona puede transitar libremente y por cualquier medio por el territorio nacional, cambiar de domicilio y residencia, ausentarse del país y volver, trasladar sus bienes y pertenencias en el país, traer sus bienes al país y sacarlos, sin más limitaciones que las establecidas por la ley.

La consecuencia de este derecho a la libre circulación y tránsito, son las obligaciones impuestas al Estado para garantizarlo, mediante servicios públicos de vialidad y transporte.

a''. *Los servicios públicos de vialidad*

En primer lugar, están los servicios públicos de vialidad, lo que conforman una competencia concurrente en los tres niveles territoriales, distinguiéndose los servicios públicos de vialidad nacional, estatales y municipales.

En efecto, conforme al artículo 156, ordinal 27 de la Constitución corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional “el sistema de vialidad”. Lo que se reserva al Poder Nacional no es el servicio público de 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.

Por otra parte, la Constitución atribuye a los Estados competencia exclusiva en materia de “ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales” (art. 164,9). Las 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 define 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 terrestre; 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 esencial, ya que como antes se dijo, el artículo 156 asigna al Poder Nacional competencia en cuanto al “sistema de vialidad” (ord. 27); y el artículo 178,2 atribuye a los Municipios competencia en materia de “vialidad urbana”.

Por otra parte, siguiendo la decisión adoptada por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989 (art. 11,3), el artículo 164, ordinal 10 de la Constitución, asigna 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, por supuesto no sólo está sujeta al ejercicio de la competencia nacional en materia de “sistema de vialidad” (art. 156,27) sino a “la coordinación con el Poder Nacional” que este debe regular.

b’’. *Los servicios públicos de transporte*

En segundo lugar, están los servicios públicos de transporte, que también se configuran como de la competencia concurrente de la República, de los Estados y de los Municipios.

En el ámbito nacional, el artículo 156, ordinal 26 de la Constitución, atribuye competencia exclusiva al Poder Nacional, en materia de “el régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre, marítimo fluvial y lacustre, de carácter nacional...”; el ordinal 27, además, atribuye al Poder Nacional competencia en materia de “ferrocarriles nacionales”.

En consecuencia, existe el servicio público de transporte nacional, pero también puede haber servicios públicos de transporte estatales y municipales, 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.

Los Municipios, en cuanto concierne a la vida local, tienen competencia en materia de “servicios de transporte público urbano de pasajeros” (art. 178,2).

Por otra parte, debe destacarse que la Constitución, siguiendo la descentralización de competencia 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, también asigna 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”.

En esta materia, sin embargo, la competencia 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 estatal debe ejercerse “en coordinación con el Poder Nacional” conforme al régimen establecido en la legislación nacional.

b'. *Los servicios públicos para las comunicaciones*

“La comunicación es libre”, como lo señala el artículo 58 de la Constitución, por lo que todas las personas tienen derecho a comunicarse en todas las formas, de manera que, incluso, la Constitución garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (art. 48).

El Estado, por otra parte, tiene la obligación de garantizar el ejercicio de este derecho, mediante los servicios públicos de comunicaciones.

En la materia, el artículo 156,28 de la Constitución atribuye al Poder Nacional competencia en cuanto al “régimen de servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético”.

c'. *Los servicios públicos para la información*

El artículo 58 de la Constitución establece el derecho de toda persona “a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura”, de acuerdo con los principios de la Constitución; y en particular, el derecho de los niños y adolescentes “a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

Por otra parte, el artículo 101 impone la obligación del Estado de garantizar “la emisión, recepción y circulación de la información cultural”; y el artículo 108 le impone la obligación 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”.

Estos derechos ciudadanos y obligaciones estatales dan origen a los servicios públicos de información, cuya prestación, por supuesto, ni es exclusiva ni excluyente del Estado, pues toda persona tiene derecho a establecer medios de comunicación que, por tanto, pueden ser públicos y privados, teniendo éstos la obligación general, sin embargo, de contribuir a la formación ciudadana (art. 108).

d'. *Los servicios públicos para la calidad de vida: servicios públicos domiciliarios*

La Constitución, por último, regula expresamente los servicios públicos domiciliarios, en particular, el de electricidad, el de agua potable y el de gas.

En efecto, el ordinal 29 del artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder Nacional competencia en materia de “el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y en especial, electricidad, agua potable y gas”.

La exclusividad de la competencia nacional, en esta materia, sólo se refiere al “régimen general” de los servicios, pero no al régimen particular y la prestación, que puede corresponder a los Estados (art. 164,8) y Municipios (178,6).

En particular, corresponde a los Municipios como competencia exclusiva, “el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigna la Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local” (art. 178), en particular, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios; los servicios de agua potable, electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos (Encabezamiento y ords. 4 y 6).

E. *Servicios públicos e intervención del Estado en la economía*

De todo lo anteriormente analizado sobre el régimen de los servicios públicos en la Constitución de 1999, resulta que si bien el sistema económico que regula, se fundamenta en la libertad económica, la iniciativa privada y la libre competencia, también tiene como pilar la participación del Estado en la economía como promotor del desarrollo económico, regulador de la actividad económica, prestador de servicios públicos, como empresario y planificador de la economía con la participación de la sociedad civil. Este aspecto, particularmente en relación con la materia de servicios públicos nos muestra una Constitución con una gran carga de paternalismo estatal en el campo social.

La Constitución de 1999, en efecto, como toda Constitución contemporánea, regula la constitución económica, estableciendo las reglas de juego del sistema económico del país, el cual sigue concibiéndose, en principio, como un sistema de economía mixta, que se basa en reconocer la iniciativa privada y los derechos de propiedad y libertad económica, pero fundamentándolo en principios de justicia social, lo que permite la intervención del Estado en la economía, en algunos casos en forma desmesurada.

En esta materia, sin embargo, puede decirse que existe un marcado acento estatista, lo que aunado a las consecuencias fiscales del paternalismo social y del populismo que contiene, hace materialmente inviable financieramente el rol del Estado, previéndose incluso un esquema de terrorismo tributario que informa la Disposición Transitoria Quinta, contrario a la iniciativa privada.

La Constitución, así, no sólo es manifiestamente estatista en materia económica, al atribuir al Estado la responsabilidad fundamental en la gestión y prestación de los servicios públicos, que hemos analizado, sino que ello también deriva de la regulación, en el mismo, de un conjunto de potestades reguladoras, de control y de planificación.

Las normas relativas a la economía, por tanto, resultan ser, básicamente, las destinadas a prever la intervención del Estado, destinándose a lo privado, en realidad, las escuetas normas reguladoras de la libertad económica (art. 112) y de la propiedad privada (art. 115). No existe, sin embargo, el equilibrio necesario entre lo público y lo privado, privilegiándose en el sector privado sólo actividades no fundamentales en la generación de riqueza y empleo, como la agrícola (art. 305), la artesanía (art. 309), la pequeña y mediana empresa (art. 308) y el turismo (art. 310).

A ello se agregan normas de control y persecución como las relativas a los monopolios y a los delitos económicos (arts. 113 y 114); la declaración como del dominio público del subsuelo, las costas marítimas y las aguas (arts. 112 y 304), lo

que abre un campo importante adicional respecto del control estatal del uso y aprovechamiento de dichos bienes; la reserva al Estado de la industria petrolera, y la posibilidad de reserva de otras actividades, servicios o explotaciones de carácter estratégico (art. 302); y las normas que prevén las potestades planificadoras del Estado, tanto a nivel nacional (arts. 112 y 299) como a nivel local (art. 178).

El Estado, así, en la Constitución, es responsable de casi todo, y puede regularlo todo. La iniciativa privada aparece marginal y marginada. No se asimiló la experiencia del fracaso del Estado regulador, de control, planificador, de servicios públicos y empresario de las últimas décadas, ni se entendió la necesidad de privilegiar las iniciativas privadas y estimular la generación de riqueza y empleo por la sociedad.

Por ello, el 30 de noviembre de 1999, 15 días antes del referendo aprobatorio de la Constitución de 15 de diciembre de 1999, en el documento que publicamos argumentando nuestras “razones del voto ‘no’” en dicho referendo, y a pesar de haber colaborado en la redacción de la Constitución en la Asamblea Nacional Constituyente, señalamos lo siguiente:

El resultado del texto constitucional en materia económica, visto globalmente y en su conjunto, es el de una Constitución hecha para la intervención del Estado en la economía y no para el desarrollo de la economía por los privados bajo el principio de la subsidiariedad de la intervención estatal.

Por otra parte, el Estado que se concibe en el texto constitucional, cuando se analiza en su conjunto el enorme cúmulo de responsabilidades que se le atribuyen en el campo social, de la salud, educación, seguridad social y cargas laborales, con exclusión sistemática de las iniciativas privadas; lo hacen totalmente incapaz, financieramente, para atenderlas. Para la previsión de las regulaciones del Estado paternalista previstas en la Constitución, no hubo cálculo alguno de costos, lo que coloca al Estado, si pretendiese asumirlas y cumplirlas, de entrada, en una situación de quiebra, por estar obligado a pagar más de lo que es capaz y puede recaudar en impuestos, máxime en un país en el cual no hay hábito ciudadano de contribuyente.

Si a ello se agrega la previsión con rango constitucional de que la gestión fiscal debe equilibrarse en un marco plurianual del presupuesto “de manera que los ingresos ordinarios deben ser suficientes para cubrir los gastos ordinarios” (art. 311); no se entiende cómo será posible la atención por el Estado de todas las obligaciones que se le imponen.

En todo caso, la enorme responsabilidad social atribuida al Estado y los costos financieros que conlleva su atención, por supuesto que implicarán la exacerbación del ejercicio de la potestad tributaria del Estado en sus diversos niveles territoriales y, de inmediato, en el nivel nacional y en el nivel municipal⁴⁵⁴.

454 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. 336-337; véase también *La Constitución de 1999*, Caracas, enero 2000, pp. 225-226.

QUINTA PARTE

LA CONSTITUCIÓN FEDERAL: LA DISTRIBUCIÓN DEL PODER PÚBLICO EN UN MARCO CENTRALISTA

I. LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO FEDERAL

1. *El régimen constitucional de las autonomías territoriales*

Como se ha dicho, siguiendo la tradición constitucional que se remonta a 1811⁴⁵⁵, la Constitución de 1999 conservó la organización del Estado con forma federal, estableciendo una distribución del Poder Público en tres niveles: Nacional, Estatal y Municipal; atribuyendo su ejercicio a diversos órganos, y asignando competencias exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos, y algunas competencias residuales e implícitas.

En el artículo 136 de la Constitución se dispone entonces que “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el de los Estados y el Nacional...”, lo que al decir de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 1182 de 11 de octubre de 2000:

Significa que cada ente político territorial del Poder Público, solamente tiene competencia para dictar sus leyes y actos dentro de los límites de los respectivos territorios que le asignan la Constitución y las leyes, y dependiendo de las materias que cada uno de ellos esté llamado a regular.

Con tal manifestación -como antes se expresó- la Constitución no hace otra cosa que consagrar un elemento esencial del Derecho Público, como lo es el principio de la competencia de los funcionarios y de los órganos públicos, precepto según el cual todas las actuaciones de la Administración están subordinadas a la ley, de modo que ésta sólo puede hacer lo que la ley le permite, de allí que, la nulidad sea la consecuencia jurídica de la inobservancia del aludido principio⁴⁵⁶.

En todo caso, la división del poder entre el nivel nacional y los Estados federados, los que antes de 1864 se denominaban Provincia, se consolidó con el triunfo de

455 Véase sobre la evolución del Estado en Venezuela Allan R. Brewer-Carías, *Evolución histórica del Estado*, Tomo I, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. .

456 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 178.

la Revolución Federal, sustituyéndose la fórmula mixta de 1830, que a la vez había sustituido a la “Confederación” de 1811; adoptándose la denominación de la República como “Estados Unidos de Venezuela”, la que se conservó hasta 1953. Pero la Federación venezolana a partir de 1901 cuando se produjo el colapso del sistema de Estado Federal liberal que se había instaurado en 1864, progresivamente comenzó a ser una “Federación centralizada” por la concentración en el nivel nacional de casi todos los poderes; situación que ha continuado hasta la actualidad a pesar del cambio político democrático de 1946 y luego, del desarrollado a partir de 1958.

La gran transformación política que debió haber ocurrido en el proceso constituyente de 1999, debió consistir en la sustitución efectiva de la Federación Centralizada por una Federación Descentralizada. Grandes esfuerzos se hicieron en la materia; pero la profundización de la descentralización política como forma de perfeccionar la democracia que debió ser el tema central del debate constituyente⁴⁵⁷, no pasó del nominalismo expresado tanto en el Preámbulo como en el artículo 4 que precisa que “La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución”; fórmula más o menos similar a la del artículo 2 de la Constitución de 1961 que decía que “La República de Venezuela es un Estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución”.

En uno u otro caso, “los términos consagrados por la Constitución” son la clave para determinar efectivamente el grado de autonomía y de descentralización del Estado y, por tanto, de la Federación; y la comparación entre unos y otros “términos” revela muy poca diferencia. Puede decirse que en la Constitución de 1999, salvo en el nominalismo, no se avanzó mayormente en relación con lo que existía en el texto de 1961⁴⁵⁸. En realidad, sólo se constitucionalizaron aspectos ya establecidos en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989⁴⁵⁹, que ya tenía rango de ley constitucional en lo que se refería a la transferencia a los Estados de competencias del Poder Nacional. Pero no hubo los avances y transformaciones que eran necesarias para hacer realidad la descentralización política de la Federación; y más bien se retrocedió institucionalmente al eliminarse el Senado y establecerse una Asamblea Nacional Unicameral (art. 186), y al permitirse la limitación por Ley nacional de la autonomía de los Estados (art. 162) y de los Municipios (art. 168) lo que implica negar, de entrada, la idea misma de descentralización política que tiene que estar basada en el concepto de autonomía territorial.

457 Véase nuestros planteamientos durante las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la forma federal del Estado en la nueva Constitución: Nuevo Federalismo y Nuevo Municipalismo” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto-8 septiembre), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 155 a 170). Véase también, Allan R. Brewer-Carías “El reforzamiento de la forma federal del Estado Venezolano en la Nueva Constitución: Nuevo Federalismo y Nuevo Municipalismo”, Ponencia presentada en *The International Conference on Federalism in an Era of globalization*, Québec, Canadá octubre 1999.

458 Véase lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001.

459 Véase Allan R. Brewer-Carías et al, *Leyes y reglamentos para la descentralización política de la Federación*, Caracas, 1994.

En consecuencia, la denominación de “Federación Descentralizada” para identificar la forma del Estado que trae la Constitución es, sin duda, un avance nominal, que en “los términos establecidos” en la misma no significa realmente avance alguno, sino consolidación y mantenimiento parcial de reformas que se habían venido realizando desde 1989 hasta 1994, con algunos retrocesos⁴⁶⁰.

2. *Los principios que rigen la división territorial del poder*

Ahora bien, como toda Federación, así sea centralizada, la venezolana está montada sobre el principio de la división territorial o vertical del Poder Público entre tres niveles de gobierno: Municipal, Estatal y Nacional; división que debe regirse, conforme lo indica el artículo 4 de la Constitución, “por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad”.

Es decir, la distribución territorial del Poder Público no puede en forma ni caso alguno atentar contra la integridad territorial de la República, cuyo territorio no puede ser afectado por el principio descentralizador, lo que impide cualquier intento separatista de parte de las entidades políticas que componen el Estado.

Por otra parte, la distribución del Poder Público entre la República, los Estados y los Municipios, exige la cooperación entre los diversos niveles territoriales para alcanzar en conjunto, los fines del Estado (art. 136); por ello, los principios de la concurrencia y corresponsabilidad de todos los entes públicos hacia los mismos fines superiores del Estado. Además está el principio de la solidaridad entre las entidades políticas, de manera que los deberes de algunas de ellas que no puedan ser cumplidos, no excluyen la asunción de los mismos por las otras entidades políticas.

Además de los anteriores principios, el artículo 165 de la Constitución, que se refiere a las materias de competencia concurrente entre los tres niveles territoriales del Poder Público (República, Estados y Municipios), exige que las mismas sean desarrolladas mediante *leyes de bases* dictadas por la Asamblea Nacional y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados, legislación que debe estar orientada por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

En cuanto al principio de interdependencia, este implica que los niveles territoriales, en el ejercicio de las competencias concurrentes, deben tener relaciones de dependencia, unos respecto de otros, en forma recíproca y mutua, para lo cual la

460 Véase en general, sobre el tema de la distribución vertical de competencias, Gustavo J. Linares Benzo, “El sistema venezolano de repartición de competencias”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 702-713; Allan R. Brewer Carías, “Consideraciones sobre el régimen de distribución de Competencias del Poder Público 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. 107-138; Allan R. Brewer-Carías, “La distribución territorial de competencias en la Federación venezolana”, en *Revista de Estudios de la Administración Local, Homenaje a Sebastián Martín Retortillo*, N° 291, enero-abril 2003, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, pp. 163-200; y Manuel Rachadell, “La distribución del poder tributario entre los diversos niveles del Poder Público según la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 8 (enero-abril). Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 179-205.

coordinación de esfuerzos es fundamental. Esta coordinación debe realizarse, fundamentalmente por un órgano intergubernamental que se creó en la Constitución de 1999, como es el Consejo Federal de Gobierno (art. 185).

Por último se destaca el principio de la subsidiariedad en la distribución de competencias. Si “el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional”, “colocados en este orden según su cercanía con el ciudadano, sujeto protagónico de este modelo de democracia participativa” según lo expresa la Exposición de Motivos de la Constitución; el principio general para la asignación de competencias debería estar en el nivel municipal, debiendo ser asumidas las mismas en niveles superiores sólo en forma subsidiaria, cuando no puedan efectivamente desarrollarse a nivel local.

Ahora bien, la distribución vertical del Poder Público entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional en los términos definidos en el artículo 136 de la Constitución, conduce a una distribución de competencias entre los distintos órganos que ejercen el Poder Público: el Poder Público Nacional, el Poder Público Estatal y el Poder Público Municipal. Esta distribución de competencias permite distinguir entre las *atribuciones* asignadas a los órganos de los tres niveles territoriales; y las *materias* sobre las cuales se ejercen las atribuciones en los tres niveles territoriales (arts. 156, 164, 178 y 179).

En efecto, cuando el artículo 156 de la Constitución dispone que “Es de la competencia del Poder Público Nacional...”, en el texto enumera un conjunto de *materias* que corresponden a los órganos del Poder Nacional pero sin precisar si son competencias exclusivas o no. En esa enumeración, en realidad, hay materias que son tanto de la competencia exclusiva del Poder Nacional como de competencia concurrente con otros niveles territoriales. En este artículo 156 de la Constitución, por supuesto, no se regulan las *atribuciones* que corresponden a cada uno de los órganos del Poder Público Nacional las cuales se asignan en forma aparte en forma de exclusiva: a la Asamblea Nacional, por ejemplo, la atribución de “legislar en las materias de la competencia nacional” (art. 178,1); al Presidente de la República, por ejemplo, administrar la Hacienda Pública Nacional (art. 236,11); y al Tribunal Supremo de Justicia, por ejemplo, ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes (art. 336,1).

En cuanto a los Municipios, la distinción normativa entre *atribuciones* y *materias* sobre las cuales se ejercen las atribuciones, también está establecida en la Constitución: en el artículo 178 se regula “la competencia del Municipio” traducida en un conjunto de *materias* que no son de ejercicio exclusivo; y en los artículos 174 y siguientes se precisan las *atribuciones* de los órganos del Poder Público Municipal, las cuales, por supuesto, son de carácter exclusivo: al Consejo Municipal se asigna la competencia para ejercer la “función legislativa del Municipio” (art. 175) y al Alcalde, la competencia para ejercer “el gobierno y la administración del Municipio” (art. 174).

En relación con los Estados, la distinción de regulación normativa antes indicada que existe con relación al Poder Nacional y al Poder Municipal no es tan precisa. El artículo 164 de la Constitución, cuando enumera la “competencia exclusiva de los Estados”, mezcla un conjunto de *atribuciones* con *materias* sobre las cuales se ejercen dichas atribuciones. Por ejemplo, al indicar que “es de la competencia exclusiva de los Estados”: “dictar su propia Constitución” (ord. 1), “la organización

de sus Municipios” (ord. 2) y “administrar sus bienes” (ord. 3), está precisando, en realidad, *atribuciones* de los órganos que ejercen el Poder Público en cada Estado; pero cuando enumera dentro de las mismas “competencias exclusivas” “la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales” (ord. 9), está indicando una “materia” de la competencia estatal, de carácter exclusivo, que deben ejercer los órganos de cada Estado conforme a sus respectivas atribuciones.

Para ello, la Constitución, en otras normas precisa el detalle de esas atribuciones: al Consejo Legislativo le asigna la atribución de “legislar sobre las materias de la competencia estatal” (art. 162,1) y al Gobernador del Estado la de ejercer “el gobierno y administración de cada Estado” (art. 160).

De lo anterior resulta que si bien las *atribuciones* de los diversos órganos del Poder Público, tanto Nacional como Estatal y Municipal son siempre “competencias” de carácter exclusivo (dentro de las limitaciones constitucionales); en cambio, no todas las competencias en el sentido de *materias* sobre las cuales se ejercen las atribuciones, son atribuidas en forma exclusiva a los órganos del Poder Público. En algunos casos, sí son materias de la competencia exclusiva de los distintos niveles territoriales; en otros casos, son materias de competencias concurrentes; en otros, se trata de materias de competencia residual⁴⁶¹.

Analizaremos, separadamente, las competencias de los niveles territoriales del Poder Público (Poder Nacional, Poder Estatal, Poder Municipal), en el sentido de las *materias* sobre las cuales sus órganos ejercen sus atribuciones, distinguiendo las materias de competencia exclusiva, concurrente y residual. En cuanto a las competencias tributarias y al financiamiento de los Estados, ello se analizará en la *Décima Parte* de este libro, relativa a la Constitución Económica y Financiera.

II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO

1. *Las materias de competencia exclusiva*

Las materias de la competencia exclusiva, como su nombre lo indica, son las atribuidas a cada uno de los niveles territoriales del Poder Público para ser ejercidas por sus órganos constitucionales en forma exclusiva y excluyente respecto de otros órganos del Poder Público.

A. *Las materias de la competencia exclusiva de los órganos del Poder Público Nacional*

En la misma tradición del artículo 136 de la Constitución de 1961, el artículo 156 de la Constitución de 1999 enumera un conjunto de materias de la competencia del Poder Nacional. En algunos casos, la enunciación de la “materia” de la competencia exclusiva, se hace con carácter global, abarcando toda la materia; en otros casos, la indicación de la materia se hace atribuyendo al Poder Nacional sólo un aspecto de la misma.

461 Para esta sistematización seguimos lo que hemos expuesto en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo*, cit., pp. 46 y ss.

a. *Las materias relativas al régimen político y a la organización del Estado nacional*

a'. *Las relaciones internacionales*

Corresponde al Poder Nacional, conforme al art. 156,1 de la Constitución, “La política y la actuación internacional de la República” (art. 152 y sigts.).

Adicionalmente se debe agregar la competencia para la aprobación y ratificación de los tratados internacionales (art. 154).

b'. *Las cuestiones de seguridad y defensa*

El mismo artículo 156,2 atribuye al Poder Nacional

2. La defensa y suprema vigilancia de los intereses generales de la República, la conservación de la paz pública y la recta aplicación de la ley en todo el Territorio Nacional.
7. La seguridad, la defensa y el desarrollo nacional (arts. 326 y sigts.)⁴⁶².
8. La organización y régimen de la Fuerza Armada Nacional (arts. 328 y sigts.)
30. El manejo de la política de fronteras con una visión integral del país, que permita la presencia de la venezolanidad y el mantenimiento territorial y la soberanía en esos espacios (arts. 15 y 327).

c'. *El régimen de los símbolos patrios*

El artículo 156,3 atribuye al Poder Nacional, competencia en materia de “La bandera, escudo de armas, himno, fiestas, condecoraciones y honores de carácter nacional” (art. 8).

d'. *El estatuto de las personas*

El artículo 156 atribuye al Poder Nacional competencia en materia de:

4. La naturalización, la admisión, la extradición y expulsión de extranjeros o extranjeras (art. 38).
5. Los servicios de identificación⁴⁶³.

e'. *El régimen de la división territorial*

El artículo 156,10 atribuye al Poder Nacional competencia para “La organización y régimen del Distrito Capital y de las dependencias federales (arts. 17 y 18)⁴⁶⁴.”

462 Véase Ley Orgánica de Seguridad de la Nación en *G.O.* N° 37.594 del 18 de diciembre de 2002.

463 Véase Decreto N° 1.454 con Fuerza de Ley Orgánica de Identificación en *G.O.* N° 37.320 del 8 de noviembre de 2001.

464 Véase la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas en *G.O.* N° 36.906 del 8 de marzo de 2000.

Adicionalmente, conforme al artículo 16, también corresponde al Poder Nacional la división político-territorial de la República, la creación y régimen de los Territorios Federales y el régimen municipal (art. 169).

f. *El régimen de los Poderes Públicos Nacionales*

El mismo artículo 156,31 atribuye al Poder Nacional competencia para “La organización y administración nacional de la justicia, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo”⁴⁶⁵.

Además, corresponde al Poder Nacional la legislación sobre la organización y funcionamiento de todos los órganos del Poder Público Nacional y de los demás órganos e instituciones nacionales del Estado (ord. 32)⁴⁶⁶.

b. *Las materias relativas a la policía nacional y seguridad ciudadana*

a'. *La policía nacional*

El ordinal 6º del artículo 156 atribuye competencia exclusiva al Poder Nacional en materia de “policía nacional”, lo que implica que no toda la materia relativa a la policía que regula la Constitución (art. 332) corresponde al Poder Nacional. Se trata de una materia distribuida entre los diversos niveles territoriales. Sin embargo lo que es materia de competencia exclusiva del Poder Nacional es la *policía nacional*.

b'. *El régimen de la administración de riesgos y emergencias*

El ordinal 9 del artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder Nacional competencia en materia de “El régimen de la administración de riesgos y emergencias”, como parte de la función de seguridad ciudadana que regula la Constitución (art. 52 y 332).

Lo que se atribuye al Poder Nacional como competencia exclusiva en esta materia es el “régimen” y la creación de “un cuerpo de bomberos y administración de emergencias de carácter civil”⁴⁶⁷ y “una organización de protección civil y administración de desastres” (art. 332)⁴⁶⁸; existiendo otros aspectos que son de la competencia concurrente con los Estados y Municipios.

465 Véase Ley Orgánica del Poder Ciudadano (Ley N° 47) en G.O. N° 37.310 del 25 de octubre de 2001.

466 Véase Ley Orgánica de la Administración Pública (Ley N° 40) en G.O. N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

467 Véase el Decreto N° 1.533 con Fuerza de Ley de los Cuerpos de Bomberos y Bomberas y Administración de Emergencias de Carácter Civil en G.O. N° 5.561 Extraordinario de 28 de noviembre de 2001.

468 Véase el Decreto N° 1.557 con Fuerza de Ley del Sistema Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres en G.O. N° 5.557 Extraordinario de 13 de noviembre de 2001.

c. *Las materias relativas al régimen económico*

a'. *El régimen general de la economía*

De acuerdo con el artículo 156, se atribuye al Poder nacional competencia en las siguientes materias que corresponden al régimen económico general:

11. La regulación de la banca central, del sistema monetario, de la moneda extranjera, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda⁴⁶⁹.
15. El régimen del comercio exterior y la organización y régimen de las aduanas.
17. El régimen de metrología legal y control de calidad⁴⁷⁰
18. Los censos y estadísticas nacionales⁴⁷¹.
21. Las políticas macroeconómicas, financieras y fiscales de la República⁴⁷².

Además, corresponde al Poder Nacional la legislación antimonopolio (art. 113) y la que regule los ilícitos económicos (art. 114).

b'. *El régimen del correo y las telecomunicaciones*

El mismo artículo 156 le atribuye al Poder Nacional, competencia en materia del:

28. El régimen de servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético⁴⁷³.

c'. *Régimen y administración de las minas*

El artículo 156, ord. 16 de la Constitución atribuye al Poder Nacional competencia en materia de “El régimen y administración de las minas e hidrocarburos”⁴⁷⁴.

La materia minera, sin embargo, también está atribuida a los Estados, en relación con el “régimen y administración de minerales no metálicos...; las salinas... de conformidad con la ley”. (art. 164,5).

469 Véase la Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela en G.O. N° 5.606 Extraordinario del 18 de octubre de 2002.

470 Véase Ley del Sistema Venezolano para la Calidad en G.O. N° 37.555 del 23 de octubre de 2002.

471 Véase Decreto N° 1.509 con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de la Función Pública de Estadística en G.O. N° 37.321 de 9 de noviembre de 2001.

472 Ley de Reforma Parcial de Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público en G.O. N° 37.606 del 9 de enero de 2003.

473 Véase la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en G.O. N° 36.970 del 12 de junio de 2000.

474 Véase Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos en G.O. N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

d'. *El régimen de las tierras baldías*

El Poder Nacional tiene competencia en materia de “régimen de las tierras baldías” (art. 156,16).

La Constitución, por otra parte, atribuye a los Estados “la administración de las tierras baldías en su jurisdicción, de conformidad con la ley” (art. 164,5).

e'. *Los recursos naturales renovables*

El artículo 156,16 asigna al Poder Nacional competencia en materia de “la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país”.

Por su parte, el artículo 164,5 atribuye a los Estados competencias sobre “los ostrales... de conformidad con la ley”.

f'. *La ordenación nacional del ambiente y de la ocupación del territorio*

El artículo 156 de la Constitución atribuye como competencia exclusiva del Poder Nacional “las políticas *nacionales* y la legislación en materia ... (de) ambiente, aguas... y ordenación del territorio” (ord. 23); y “la legislación sobre ordenación urbanística” (ord. 19).

Las políticas estatales y municipales en esas materias, por tanto, corresponde a los Estados y Municipios.

g'. *Las obras de infraestructura*

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 le asigna competencia para:

19. 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 para establecer “el régimen... de los puertos⁴⁷⁵, aeropuertos y su infraestructura” (art. 156,26).

475 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.

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, ord. 27, corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional:

27. El sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales⁴⁷⁶.

Lo que se reserva al Poder Nacional no es 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.

h'. *El transporte nacional*

El artículo 156,26 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Poder Nacional, en materia de:

26. El régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre⁴⁷⁷, marítimo fluvial y lacustre, de carácter *nacional*...

El ordinal 27, además, atribuye al Poder Nacional competencia en materia de “ferrocarriles nacionales”⁴⁷⁸.

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.

i'. *La política nacional y la ordenación normativa del turismo*

El ordinal 23 del mismo artículo 156 atribuye al Poder Nacional competencia en materia de “las políticas nacionales y la legislación en materia de ... turismo”; lo que no excluye las competencias de los Estados y Municipios en las políticas estatales y municipales de turismo⁴⁷⁹.

476 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.

477 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.

478 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.

479 Véase Decreto N° 1.534 con Fuerza de Ley Orgánica de Turismo en *G.O.* N° 37.332 del 26 de noviembre de 2001.

j'. *Las políticas nacionales para la producción agropecuaria*

Corresponde a la competencia del Poder Nacional, conforme al artículo 156, ord. 25 de la Constitución,

25. Las políticas *nacionales* para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal⁴⁸⁰.

El ordinal 23 del mismo artículo, además, atribuye al Poder Nacional “las políticas nacionales y la legislación en materia de ... seguridad alimentaria”.

En consecuencia, sólo se reserva al Poder Nacional las políticas nacionales en esta materia, lo que permite el desarrollo por los Estados y Municipios, de políticas estatales y municipales en la misma materia.

k'. *El régimen general de los servicios públicos domiciliarios*

El ordinal 29 del artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder Nacional competencia en materia de:

29. El régimen general de los servicios públicos domiciliarios y en especial, electricidad, agua potable y gas⁴⁸¹.

La exclusividad de la competencia nacional en esta materia sólo se refiere al “régimen general” de los servicios, pero no al régimen particular y la prestación que puede corresponder a los Estados (art. 164,8) y Municipios (178,6).

d. *Las materias relativas al régimen del desarrollo social*

a'. *El régimen de la seguridad social*

El artículo 156, 22 establece en general que corresponde al Poder Nacional:

22. El régimen y organización del sistema de seguridad social⁴⁸².

480 Véase Ley de Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas en *G.O.* N° 37.801 del 21 de octubre de 2003; Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 1.524, con Fuerza de Ley de Pesca y Acuicultura, en *G.O.* N° 37.727 del 8 de julio de 2003; Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley de Crédito para el Sector Agrícola en *G.O.* N° 37.563 del 5 de noviembre de 2002; Ley de Mercadeo Agrícola en *G.O.* N° 37.389 de 21 de febrero de 2002; Ley Orgánica de Contribución Parafiscales para el Sector Agrícola (Ley N° 58) en *G.O.* N° 37.337 del 3 de diciembre de 2001; Decreto N° 1.546 con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en *G.O.* N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001; Decreto N° 1.469 con Fuerza de Ley de Zonas Especiales de Desarrollo Sustentable en *G.O.* N° 5.556 Extraordinario de 13 de noviembre de 2001.

481 Véase Decreto N° 1.507 con Fuerza de Ley de Armonización y Coordinación de Competencias de los Poderes Públicos Nacional y Municipal para la Prestación de los Servicios de Distribución de Gas con fines domésticos y de Electricidad en *G.O.* N° 37.319 del 7 de noviembre de 2001; Ley N° 75. Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento en *G.O.* N° 5.568 Extraordinario del 31 de diciembre de 2001; Ley Orgánica del Servicio Eléctrico (Ley N° 78) en *G.O.* N° 5.568 Extraordinario del 31 de diciembre de 2001.

482 Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social en *G.O.* N° 37.600 del 30 de diciembre de 2002.

b'. *Régimen nacional de la vivienda*

Corresponde al Poder Público Nacional competencia en materia de “las políticas nacionales y la legislación en materia de vivienda” (art. 156,23), lo que no excluye las competencias estatales y municipales en materia de política de vivienda.

c'. *La política relativa a los servicios públicos nacionales de educación y salud*

El ordinal 23 del artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder Nacional competencia en materia de “las políticas nacionales y la legislación en materia... de sanidad”; y el ordinal 24, competencia en cuanto a:

24. Las políticas y los servicios nacionales de educación y salud.

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 además las siguientes competencias generales de legislación:

32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal⁴⁸³, penitenciaria⁴⁸⁴, de procedimientos⁴⁸⁵ y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social⁴⁸⁶; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria⁴⁸⁷; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos⁴⁸⁸; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público⁴⁸⁹; la de bancos⁴⁹⁰ y la de seguros⁴⁹¹; la de loterías, hipó-

483 Ley de Reforma Parcial del Código Penal en *G.O.* N° 5.494 Extraordinario del 20 de octubre de 2000; Ley N° 48. Ley Especial contra los Delitos Informáticos en *G.O.* N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

484 Ley de Reforma Parcial de la Ley de Régimen Penitenciario en *G.O.* N° 36.975 del 19 de junio de 2000.

485 Ley N° 54. Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal en *G.O.* N° 5.558 Extraordinario del 14 de noviembre de 2001; Ley Orgánica Procesal del Trabajo en *G.O.* N° 37.504 de 13 de agosto de 2002.

486 Véase la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social en *G.O.* N° 37.475 de 1° de julio de 2002.

487 Decreto N° 1.546 con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en *G.O.* N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

488 Ley N° 14. Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas en *G.O.* N° 37.118 de 12 de enero de 2001.

489 Decreto N° 1.554 con Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado en *G.O.* N° 37.333 del 27 de noviembre de 2001.

490 Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras en *G.O.* N° 5.555 Extraordinario de 13 de noviembre de 2001 Decreto con Fuerza de Ley N° 1.203 de Estimulo para el Fortalecimiento Patrimonial y la Racionalización de los Gastos de Transformación en el Sector Bancario en *G.O.* N° 37.148 del 28 de febrero de 2001; Decreto N° 1.291, mediante el cual se dicta el Reglamento del Decreto con

dromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.

Al tratarse de legislación que se refiere al régimen civil de propiedad sobre bienes, también compete al Poder Nacional la legislación sobre el dominio público de las costas (art. 12)⁴⁹², las aguas (art. 304) y las riquezas del subsuelo (art. 12).

B. *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, antes analizado, el artículo 164 del mismo texto cuando enumera la competencia *exclusiva* de los Estados, mezcla *atribuciones* con *materias* sobre las cuales se ejercen las mismas.

En efecto, los ordinales 1, 2 y 3 del artículo 164 en realidad lo que definen son *atribuciones* generales exclusivas de los órganos de los Poderes Públicos Estadales⁴⁹³, que en particular corresponden a los Consejos Legislativos y al Gobernador de cada Estado, así:

1. Dictar su Constitución para organizar los poderes públicos.
2. La organización de sus Municipios y demás entidades locales y su división política territorial, conforme a esta Constitución y a la ley.
3. La administración de sus bienes y la inversión y administración de sus recursos, incluso de los provenientes de transferencias, subvenciones o asignaciones especiales del Poder Nacional, así como de aquellos que se les asignan como participación en los tributos nacionales

Sin embargo, a pesar de que estas se califican como atribuciones exclusivas, la propia Constitución las limita, al atribuir al Poder Nacional, por ejemplo, competencia para que la Asamblea Nacional pueda regular por ley, la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos Nacional o el nombramiento de los Controladores estadales, que integran los poderes públicos de los Estados los cuales sólo deberían estar regulados en las Constituciones de los Estados (art. 164, 1).

Ahora bien, en relación con las *materias* de la competencia exclusiva de los Estados enumeradas en el artículo 164 de la Constitución las mismas, en general,

Fuerza de Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Micro financiero en *G.O.* N° 37.223 del 20 de junio de 2001; Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro en *G.O.* N° 37.611 del 16 de enero de 2003.

491 Decreto N° 1.545 con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros en *G.O.* N° 5.561 Extraordinario de 28 de noviembre de 2001; Decreto N° 1.312 con Fuerza de Ley para el Fortalecimiento del Sector Asegurador en *G.O.* N° 5.554 Extraordinario de 13 de noviembre de 2001; Decreto N° 1.505 con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro en *G.O.* N° 5.553 Extraordinario de 12 de noviembre de 2001.

492 Decreto N° 1.468 con Fuerza de Ley de Zonas Costeras en *G.O.* N° 37.349 del 19 de diciembre de 2001.

493 Véase en general, Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 331 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 154 y ss.

pueden considerarse como de competencia exclusiva parcial, pues otros aspectos de las mismas materias se asignan a otros órganos del Poder Público.

a. *La policía estatal y el ámbito de la policía municipal*

Conforme a dicho artículo 164, los Estados tienen como materia de la competencia exclusiva:

6. La organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable.

Esta competencia exclusiva, sin embargo, como lo dispone la norma, debe ejercerse por los Estados “conforme a la legislación nacional aplicable”, lo que implica una sujeción al régimen general de la policía que establezca el Poder Nacional.

b. *Competencias en materia económica*

a'. *El régimen de los minerales no metálicos y las salinas*

El artículo 164,5 de la Constitución asigna competencia a los Estados en cuanto al régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, no reservados al Poder Nacional, las salinas..., de conformidad con la ley.

Esta materia de la competencia exclusiva se había transferido a los Estados por el art. 11,2 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989⁴⁹⁴.

Ahora bien, en cuanto a su ejercicio, en todo caso, queda sujeta al régimen general que el Poder Nacional puede establecer sobre “las minas e hidrocarburos... y otras riquezas naturales del país” (art. 156,16).

b'. *La administración de las tierras baldías*

El artículo 164,5 de la Constitución asigna a los Estados competencia para “la administración de las tierras baldías en su jurisdicción”.

Esta competencia, sin embargo, debe ejercerse conforme al régimen de las tierras baldías que establezca el Poder Nacional (art. 156,16). En todo caso, conforme a la Disposición Transitoria Décimo Primera de la Constitución, “hasta tanto se dicte la legislación nacional relativa al régimen de las tierras baldías, la administración de las mismas continuará siendo ejercida por el Poder Nacional, conforme a la legislación vigente”.

c'. *Los ostrales*

Los Estados tienen competencia en relación con “los ostrales... de conformidad con la ley” (art. 164,5).

494 Véase en G.O. N° 4.153 Extraordinaria de 28-12-98.

Por supuesto, correspondiendo al Poder Nacional la competencia general respecto de “la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país” (art. 156,16), los Estados están sujetos a esa regulación general al ejercer su competencia en relación con los ostraes.

d'. *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.

e'. *Los servicios públicos estatales*

El artículo 164,8 de la Constitución atribuye a los Estados competencia exclusiva en materia de:

La creación, régimen y organización de los servicios públicos estatales.

En ninguna norma constitucional se atribuye a los Estados competencias en materia de servicios públicos específicos, por lo que esta materia, en realidad, se configura como una materia de la competencia concurrente con otros niveles del Poder Público, como las referidas a los servicios de salud, educativos o de deportes, por ejemplo.

En todo caso, la competencia estatal en materia de servicios públicos se corrobora por lo dispuesto en el artículo 184 de la Constitución.

f'. *La vialidad estatal*

La Constitución atribuye a los Estados competencia exclusiva en materia de:

La ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales (art. 164,9).

Las 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 define 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 terrestre⁴⁹⁵; 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 esencial, 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”.

495 Véase en *G.O.* N° 35.327 de 28-10-93.

g'. *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 1989 (art. 11,3), el artículo 164,10 de la Constitución asigna competencia exclusiva a los Estados en materia de:

10. La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales... en coordinación con el Poder Nacional.

Esta competencia, por supuesto no sólo está sujeta al ejercicio de la competencia nacional en materia de "sistema de vialidad y ferrocarriles nacionales" (art. 156,27) sino a "la coordinación con el Poder Nacional" que este debe regular.

h'. *Administración de puertos y aeropuertos comerciales*

La Constitución, siguiendo la descentralización de competencia 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, también asigna competencia exclusiva a los Estados en materia de:

10. La conservación, administración y aprovechamiento de... puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional.

En esta materia, sin embargo, la competencia 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 estatal debe ejercerse "en coordinación con el Poder Nacional" conforme al régimen establecido en la legislación nacional.

C. *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. Sin embargo, puede decirse que las mismas no son, en absoluto, materias de la competencia exclusiva de los mismos. Lo que es exclusivo de los Municipios son los aspectos de esas materias que "*conciernen a la vida local*", pero las materias, en sí mismas, abarcan competencias atribuidas al Poder Nacional y al Poder Estatal. Por ello, tratándose de un concepto jurídico indeterminado, es la Ley Orgánica de Régimen Municipal la llamada a precisar los aspectos de las materias que conciernen a la vida local y que serían de la competencia exclusiva de los Municipios.

En consecuencia, puede decirse que conforme al artículo 178 de la Constitución, es competencia exclusiva de los Municipios "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*", en particular, las siguientes:

1. La ordenación y promoción del desarrollo económico y social; la promoción de la participación y el mejoramiento, en general de las condiciones de vida de la comunidad, (Encabezamiento);
2. La dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios; en particular, los servicios de agua potable, electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos (Encabezamiento y ords. 4 y 6)⁴⁹⁶;
3. Ordenación territorial y urbanística (ord. 1);
4. Patrimonio histórico (ord. 1);
5. Vivienda de interés social y aplicación de la política referente a la materia inquilinaria “con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia” (Encabezamiento y ord. 1);
6. Turismo local (ord. 1);
7. Parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación (ord. 1);
8. Arquitectura civil, nomenclatura y ornato público
9. Vialidad urbana (ord. 2);
10. Circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas por vías municipales (ord. 2);
11. Servicios de transporte público urbano de pasajeros (ord. 2);
12. Espectáculos públicos (ord. 3);
13. Publicidad comercial, en cuanto concierne a los intereses y fines específicos municipales (ord.3);
14. Protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental (ord. 4);
15. Protección civil; prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable; y servicios de prevención y protección vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal; (ords. 4, 5, y 6);
16. Salubridad y atención primaria a la salud (ord. 5);
17. Servicios de protección a la primera y segunda infancia, a los adolescencia y a la tercera edad (ord. 5);
18. Educación preescolar (ord. 5);
19. Servicios de integración familiar de la persona con discapacidad al desarrollo comunitario (ord. 5);
20. Actividades e instalaciones culturales (ord. 5);
21. Actividades deportivas (ord. 5);
22. Cementerios y servicios funerarios (ord. 6);
23. Justicia de paz (ord. 7).

496 Véase Víctor R. Hernández-Mendible, “El régimen de los servicios públicos municipales: especial referencia a los servicios públicos domiciliarios”, en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen II. Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 961-1030.

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 en materia de obras públicas *nacionales*.

Los Municipios, en consecuencia, tienen competencia exclusiva en relación con las anteriores materias, pero *sólo en cuanto concierne a la vida local*, ya que la gran mayoría de las mismas se configuran como materias de la competencia concurrente. En realidad sólo pueden identificarse como materias de la competencia exclusiva global del Poder Municipal, las siguientes:

- espectáculos públicos (ord. 3)
- cementeros y servicios funerarios (ord. 6)

Sin embargo, a pesar de la exclusividad, la autonomía municipal en cuanto al ejercicio de las competencias municipales queda sujeta, en general, a las limitaciones que establezca la ley nacional (art. 168), lo que es una negación de la propia autonomía.

En todo caso, el elemento clave para identificar la competencia municipal en las materias propias de la vida local, radica en la determinación del alcance del concepto jurídico determinado que se refiere a “lo que concierne a la vida local”. Sobre ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 2257 de 13 de noviembre de 2001 ha sentado los siguientes criterios:

Destaca que la determinación de las competencias en él previstas se hace en atención a conceptos jurídicos indeterminados, como se alude con las expresiones “intereses peculiares de la entidad” y “materias propias de la vida local”, razón por la que se dejó al legislador el desarrollo de las materias que sin ser las allí enumeradas, son inherentes y de interés de las entidades locales, dejando abierta la Constitución su conceptualización, así como la posterior inclusión de las materias que se consideraren propias de la vida local e igualmente el establecimiento, en cada caso, a los municipios de determinadas materias en exclusividad (competencias exclusivas).

Debía sin embargo, analizarse este artículo conjuntamente con el artículo 136 del mismo Texto Constitucional y, en especial referencia, con su ordinal 25°, y de ese análisis se determinará la competencia para aquellas materias que no resultaren ser intereses particulares ni propios de la vida local, pero que por su índole o naturaleza fueran de tal importancia que debían ser materias reservadas al Poder Nacional.

Y es así, como debe entenderse, en la actualidad, que hay materias que no corresponden a los intereses peculiares del Municipio, especialmente aquellas que no guardan relación con sus bienes e ingresos ni con las materias propias de la vida local, como las referidas al urbanismo, abastos, circulación, cultura, salubridad, asistencia social, institutos populares de crédito, turismo y policía municipal y por ello, siendo estas materias de tal importancia y naturaleza debían quedar reservadas al Poder Nacional.

En este orden de ideas, debe reseñarse el régimen de esta competencia en la Constitución de 1999, a cuyos efectos se observa que, el artículo 178 expresa en su encabezado que “Son de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asignen esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y la prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia, la promoción de la participación, y el mejoramiento en general de las condiciones de vida de la comunidad en las siguientes áreas...”. De lo anteriormente expuesto se deriva que, la Constitución quiso además de definir el conteni-

do de la autonomía municipal, darle una mayor amplitud y radio de acción a dichas competencias, por otro lado, se incluyó la participación ciudadana como elemento inherente y necesario a la naturaleza del gobierno y la administración municipal. Asimismo, se elaboró en dicho artículo una enumeración clara y precisa más no definitiva, de las áreas dentro de las cuales se circunscribe y se llevará a cabo la competencia municipal, dejando a la legislación el desarrollo de los principios allí establecidos, respecto a los municipios y demás entidades locales. Concretamente, en el encabezado y en el numeral 6, se establece, que respecto a los servicios públicos domiciliarios, es competencia municipal la dotación y prestación del servicio de electricidad, dejando a salvo en la parte final del referido artículo, que “las actuaciones que correspondan al municipio en las materias de su competencia no menoscaban las competencias nacionales o estatales que se definan en la ley conforme a esta constitución”, siendo esta disposición una clara limitación a las competencias antes enumeradas en la norma *in comento*.

Según lo señalado por el recurrente, mediante el último aparte del Parágrafo Único del artículo 36 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, se pretende que el Poder Nacional interfiera en la libre gestión de las materias de competencia local desde que dicho aparte prevé: “...sin menoscabo de las competencias nacionales referentes a la reglamentación técnica para instalaciones y modificaciones de las mismas, requisitos y condiciones de producción y suministro, facultades de inspección y potestades sancionadoras que se encuentren establecidas o se establezcan en normas nacionales. En todo caso, “las competencias municipales se ejercerán sin perjuicio de las atribuidas a los órganos que ejercen el Poder Nacional para el establecimiento de las tarifas de los servicios públicos, dentro del régimen de regulación de precios que le corresponde”.

Por otra parte, el ordinal 2º del referido artículo establece que son de la competencia propia del Municipio la “distribución y venta de electricidad y gas en las poblaciones de su jurisdicción”.

Cabe destacar que, de la disposición antes transcrita, se desprende que es de la competencia nacional aquellas materias que sin ser propias de la vida local (servicios públicos), deben ser reguladas por el Poder Nacional, en especial todo lo referente a: a) reglamentación técnica para instalaciones de las mismas; b) requisitos y condiciones de producción y suministro; y c) facultades sancionadoras que se encuentren establecidas o se establezcan en normas nacionales. Además, ya está previsto en el aparte Único de dicho artículo, la competencia del Poder Nacional para el establecimiento de las tarifas de los servicios públicos, por lo que toda regulación que pretenda llevar a cabo el municipio en este sentido debe ser excluida. Sin embargo, a pesar de que el ordinal 2º establece como competencia del municipio la distribución y venta de electricidad, tal competencia debe llevarse a cabo sin perjuicio de la facultad del Poder Nacional en la imposición de las tarifas, y a su vez, debe ser analizado a la luz del principio de prevalencia o de supremacía de las competencias atribuidas al Poder Nacional, razón por la que, el ordinal 2º que atribuye competencia al municipio en la distribución y venta del servicio eléctrico, debe ser entendido como una potestad de los municipios de tal servicio dentro de su territorio, ya que realmente lo que hace la Ley Orgánica de Régimen Municipal es habilitar al municipio para que participe en la prestación del servicio, sin que ello signifique una competencia exclusiva y excluyente del sector, ya que no puede analizarse la competencia que tiene el municipio en materia de servicios, partiendo de la única base de la Ley Orgánica que los rige, obviando el análisis del Texto Constitucional y las demás disposiciones legales.

El criterio anterior ha sido expuesto en diversas decisiones de este Supremo Tribunal, así por ejemplo, en sentencia del 25 de septiembre de 1990, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, declaró que “no está viciado de inconstitucionalidad el penúltimo párrafo del artículo 7 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en lo relativo al ordinal 5º”, fundamentándolo de la siguiente manera:

En consecuencia, sin lugar a dudas, la Carta Fundamental prevé que se dicten en esta materia -municipal- al igual que en otras leyes orgánicas nacionales y disposiciones legales, por parte de los Estados -en conformidad con aquellas-, tales normas no pueden, so pena de anulabilidad, colidir con las Constituciones de la República.

La competencia atribuida a las municipalidades, en muchos aspectos, y debido a la importancia de alguno de ellos, está compartida con el Poder Nacional y al efecto, existen reservas constitucionales al respecto; en consecuencia, considera la Corte que, lejos de existir impedimentos, es la propia Constitución la que ordena el desarrollo de determinados principios constitucionales, entre ellos los referentes a la circulación sin menoscabar la autonomía y la competencia de las municipalidades.

A partir de las consideraciones hechas, debe concluir esta Sala Constitucional que el artículo 36, Parágrafo Único, de la Ley Orgánica de Régimen Municipal cuando establece como competencia del Poder Nacional, el definir el régimen tarifario de los servicios públicos municipales dentro de la competencia de regulación de precios que le corresponde, lo hace cumpliendo con la normativa legal dispuesta para tales efectos, constituyendo, por tanto, un acto formal de las Cámaras Legislativas actuando como cuerpo colegiado, conforme a los artículos 136, ordinal 25° y 139 de la Constitución de 1961, determinando por tanto que ese servicio por su "índole o naturaleza" es competencia nacional, no correspondiendo a las llamadas materias propias de la vida local o los intereses peculiares de cada municipio. Razón por la que la referida disposición, lejos de ser inconstitucional, está conforme a derecho y además ajustada a los intereses del colectivo, no incurriendo así en el vicio alegado por los recurrentes, en relación con los artículos 26, 29 y 30 de la Constitución de 1961, así como, tampoco en ninguna violación de disposiciones de la vigente Constitución, referente a la competencia municipal en materia de servicios públicos domiciliarios, máxime cuando en la enumeración que contiene el artículo 30 de la Constitución de 1961 (artículo que se consideraba neurálgico de las competencias municipales a nivel constitucional) no estaban los servicios públicos de electricidad. Pudiendo destacarse, a su vez, que la competencia que tiene el Poder Municipal en la materia de servicios eléctricos, según el artículo 178 numeral 7 de la Constitución de 1999, se refiere sólo a la "dotación y prestación" de dicho servicio⁴⁹⁷.

2. *Las competencias concurrentes entre los 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 tres niveles territoriales del Poder Público, 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. Sin embargo, estimamos que estas competencias concurrentes debieron enumerarse, con referencia, por ejemplo, a 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. No se hizo⁴⁹⁸, por lo que queda a la ley nacional la precisión de estas materias.

497 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 205 y ss.

498 Véase nuestro voto salvado 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.

Estas materias objeto de competencias concurrentes son las que conforme al artículo 165 de la Constitución deben ser reguladas mediante *leyes de bases*⁴⁹⁹ dictadas por el Poder Nacional, lo que puede conducir a un condicionamiento excesivo por parte del Poder Nacional de los otros poderes territoriales; y además por leyes de desarrollo sancionadas por los Consejos Legislativos de los Estados. En todo caso, es obvio 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*.

Sobre las leyes de bases, la Exposición de Motivos de la Constitución indica lo siguiente:

En cuanto a las competencias concurrentes se adopta la experiencia de Derecho Comparado en materia de descentralización y se asume que las leyes nacionales tienen la naturaleza de leyes bases, en las que se establecen conceptos generales, básicos y orientadores; y las leyes estatales son leyes de desarrollo de esos principios básicos, lo que permitirá mejores condiciones para la delimitación de competencias.

En todo caso, la legislación sobre las materias de competencia concurrente debe estar orientada por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad que ya se han comentado; y cuando se dicten leyes de bases por el Poder Nacional, la Asamblea Nacional obligatoriamente debe someterlas a consulta de los Estados, a través de los Consejos Legislativos (art. 206). Los Consejos Legislativos de los Estados también tienen la iniciativa legislativa, ante la Asamblea Nacional, respecto de las leyes relativas a los Estados (art. 204,8).

A. *Antecedentes*

La noción de materia de la competencia concurrente entre las diversas entidades del Estado Federal (República, Estados y Municipios) se elaboró a finales de la década de los setenta con motivo de la elaboración de los Proyectos de Constitución de los Estados Aragua y Yaracuy⁵⁰⁰; para identificar lo que podían ser, en consecuencia, materias de la competencia de los Estados, pero que no les correspondían en forma exclusiva, sino que en las mismas concurrían los diversos niveles político territoriales. En particular, las competencias concurrentes se identificaron por deducción en todos los casos en los cuales la Constitución Nacional atribuía determinadas competencias y responsabilidades al “Estado”.

En el constitucionalismo venezolano, dada la forma federal del Estado, esta expresión “Estado” comprende toda la organización política del Estado Federal y, por tanto, a estos efectos competenciales, tan “Estado” es la República como los

499 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.

500 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El régimen de los Estados en la Federación venezolana. Con ocasión de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Estado Aragua” en Asamblea Legislativa del Estado Aragua, *Proyecto de Ley Orgánica del Estado Aragua*, Maracay, Agosto 1979, pp. 1 a 31.

Estados y los Municipios⁵⁰¹; por ejemplo, cuando la Constitución señala que “El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad...” (art. 75), esta es una obligación que corresponde tanto de los órganos del Poder Nacional (la República) como de los órganos del Poder Estatal (Estados) y de los órganos del Poder Municipal (Municipios). Por tanto, cuando la Constitución utiliza la expresión “Estado” no sólo se refiere al “Estado nacional” sino a todos los niveles territoriales derivados de la división del Poder Público.

En esta orientación se dictaron, por tanto, las Constituciones de Yaracuy, en 1979⁵⁰² y Aragua, en 1980⁵⁰³, y varias otras Constituciones estatales, y como culminación del proceso se sancionó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, en cuyo artículo 4 se enumeraron, conforme a la Constitución de 1961, las “competencias concurrentes” entre la República y los Estados a los efectos de promover la transferencia progresiva de la República hacia los Estados de “los siguientes servicios que actualmente presta el Poder Nacional”:

Art. 4: En ejercicio de las competencias concurrentes que establece la Constitución, y conforme a los procedimientos que esta Ley señala, serán transferidos progresivamente a los Estados los siguientes servicios que actualmente presta el Poder Nacional:

1. La planificación, coordinación y promoción de su propio desarrollo integral, de conformidad con las leyes nacionales de la materia;
2. La protección de la familia, y en especial del menor;
3. Mejorar las condiciones de vida de la población campesina;
4. La protección de las comunidades indígenas atendiendo a la preservación de su tradición cultural y la conservación de sus derechos sobre su territorio;
5. La educación, en los diversos niveles y modalidades del sistema educativo, de conformidad con las directrices y bases que establezca el Poder Nacional;
6. La cultura en sus diversas manifestaciones, la protección y conservación de las obras, objetos y monumentos de valor histórico o artístico;
7. El deporte, la educación física y la recreación;
8. Los servicios de empleo;
9. La formación de recursos humanos, y en especial los programas de aprendizaje, capacitación y perfeccionamiento profesionales; y, de bienestar de los trabajadores;
10. La promoción de la agricultura, la industria y el comercio;
11. La conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y los recursos naturales;
12. La ordenación del territorio del Estado de conformidad con la Ley Nacional;
13. La ejecución de las obras públicas de interés estatal con sujeción a las normas o procedimientos técnicos para obras de ingeniería y urbanismo establecidas por el Poder Nacional y Municipal, y la apertura y conservación de las vías de comunicación estatales;
14. La vivienda popular, urbana y rural;

501 Véase 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, 1996, pp. 387 y ss.

502 Constitución de 31-12-79, *G.O.* del Estado Yaracuy de 01-01-80.

503 Constitución de 03-12-80, *G.O.* del Estado Aragua de 04-12-80.

15. La protección a los consumidores, de conformidad con lo dispuesto en las leyes nacionales;
16. La salud pública y la nutrición, observando la dirección técnica, las normas administrativas y la coordinación de los servicios destinados a la defensa de las mismas que disponga el Poder Nacional;
17. La investigación científica; y
18. La defensa civil.

Siguiendo la misma orientación de estos antecedentes constitucionales y legales, en nuestro criterio pueden distinguirse las siguientes materias como de la competencia concurrente entre los niveles nacional, estatal y municipal del Poder Público.

B. *El régimen de la seguridad y protección ciudadana: policía y administración de riesgos*

El artículo 55 de la Constitución garantiza el derecho de toda persona a la protección por parte del Estado, a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyen amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes”. La norma asigna al “Estado” la obligación de proteger, y la expresión “Estado” comprende la totalidad de los entes que conforman su organización política como Estado Federal. En consecuencia, esta obligación corresponde, concurrentemente, a la República, a los Estados y a los Municipios, como lo confirma expresamente el artículo 332 de la Constitución, tanto por lo que se refiere a la policía como a la administración de riesgos y emergencias, al indicar que la función de los órganos de seguridad ciudadana constituye una “competencia concurrente”. Esto lo confirma, además, el artículo 184 de la Constitución al reconocer como competencia de los Estados y los Municipios la materia de “prevención y protección vecinal”.

En cuanto a la policía, además, como se ha visto, el Poder Nacional tiene competencia exclusiva en materia de “policía nacional” (art. 156,6), correspondiendo al Ejecutivo Nacional organizar, de conformidad con la ley, un cuerpo uniformado de policía nacional (art. 332). El Poder Estatal tiene competencia exclusiva para “la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, de conformidad con la Ley” (art. 164,6) y el Poder Municipal tiene competencia exclusiva, “en cuanto concierne a la vida local”, en materia de “prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable” (art. 178,7). Además, se atribuye a los Municipios competencia exclusiva, también en cuanto concierne a la vida local, en materia de servicios de “protección civil”(art. 178,4) y de “servicios prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal” (art. 178,5).

Esto implica, también, una concurrencia de competencias en materia de administración de riesgos y emergencias: el artículo 156, ordinal 9 atribuye al Poder Nacional el régimen de la administración de riesgos y emergencias, y el artículo 332 encarga al Ejecutivo Nacional, de conformidad con la ley, organizar un cuerpo de bomberos y administración de carácter civil y una organización de protección

civil y administración de desastres, como parte de los órganos de seguridad ciudadana. La misma norma considera como una competencia concurrente de los Estados y Municipios la función de los órganos de seguridad ciudadana, por lo que aquellos, conforme con el artículo 164,8 y 178,4, 5, y 7, de conformidad con la legislación nacional, pueden establecer los servicios respectivos.

C. *Régimen del desarrollo económico*

La legislación básica en materia de economía, como se ha dicho, es una competencia exclusiva del Poder Nacional (art. 156,11,15,17,18 y 21). Sin embargo, el régimen de ordenación y promoción del desarrollo económico es competencia concurrente de los tres niveles territoriales de gobierno.

a. *Ordenación y promoción del desarrollo económico y social*

En efecto, los artículos 112, 299, 308, 309 y 310 de la Constitución atribuyen competencia al “Estado” para promover la iniciativa privada con facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país; promover el desarrollo armónico de la economía nacional; proteger la artesanía e industrias populares; velar por la creación y fortalecimiento del sector turístico nacional; y proteger y promover la pequeña y mediana industria.

De nuevo, la atribución al “Estado” de estas competencias exige precisar que dicha expresión comprende a los diversos niveles territoriales que conforman la organización política del Estado: la República, los Estados y los Municipios. Por tanto, aquí también se trata de una materia de la competencia concurrente que se corrobora en otras normas constitucionales, que atribuyen a los órganos del Poder Público competencia exclusiva en aspectos específicos de esta materia.

En efecto, la Constitución asigna a la Asamblea Nacional la competencia exclusiva para aprobar las líneas generales del plan de desarrollo económico y social (art. 187,8) y atribuye al Presidente de la República competencia exclusiva para formular el Plan *Nacional* de Desarrollo y dirigir su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional (art. 236,18). Ello implica, por supuesto, que puede y debe haber planes estatales y municipales de desarrollo, para lo cual los Estados y Municipios tienen competencia. Por ello, en cada Estado debe existir un Consejo Estatal de Planificación y Coordinación (art. 166) y en cada Municipio, un Consejo Local de Planificación (art. 182). Los Municipios, además, tienen competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de ordenación y promoción del desarrollo económico y social (art. 178).

Por otra parte, como órgano intergubernamental, el Consejo Federal de Gobierno tiene la misión de planificar y coordinar las políticas y acciones de los tres niveles territoriales para el desarrollo del proceso de descentralización (art. 185).

b. *Turismo*

El artículo 310 de la Constitución regula al turismo como una actividad económica de interés nacional, prioritaria para el país en su estrategia de diversificación y desarrollo sostenido. En tal sentido, como consecuencia, atribuye al “Esta-

do” la obligación tanto de dictar medidas que garanticen el desarrollo del turismo, como de velar por la creación y fortalecimiento del turismo nacional.

El “Estado”, en esa norma, igualmente, es tanto el Estado Nacional (República) como los Estados federados y los Municipios, configurándose la materia como de la competencia concurrente entre los tres niveles territoriales.

Además, debe destacarse que, en particular, en materia turística el Poder Nacional tiene asignada competencia exclusiva para la política *nacional* y legislación en materia de turismo (art. 156,23), por lo que también existe una política estatal y municipal en la materia que corresponde a los Estados y Municipios. En especial, a estos últimos se asigna competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “turismo local” (art. 178,1).

c. *Promoción del desarrollo rural y seguridad alimentaria*

Los artículos 305, 306 y 307 de la Constitución también atribuyen al “Estado” obligaciones de promover el desarrollo rural integral; promover las condiciones para fomentar la actividad agrícola y la agricultura sustentable, a fin de garantizar la seguridad alimentaria, y alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento; proteger las comunidades y asentamientos de pescadores artesanales; proteger y promover las formas asociativas y particulares de propiedad, y velar por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola. Estas obligaciones del “Estado”, de nuevo, corresponden en forma concurrente a todos los entes que conforman la organización política del mismo, es decir, a la República, a los Estados y a los Municipios.

Por otra parte, como se ha visto, en la materia el Poder Nacional tiene competencia exclusiva para dictar la “legislación agraria” (art. 156,32) y definir la política *nacional* en materia tanto de seguridad alimentaria (art. 156,23) como de producción agrícola, ganadera, forestal y pesquera (art. 25).

Por tanto, los Estados y Municipios tienen competencia, respectivamente, para definir la política *estadal* y *municipal* en materia de seguridad alimentaria y para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal.

d. *Ciencia y tecnología*

El artículo 110 de la Constitución también atribuye al “Estado” diversas obligaciones y misiones en materia de ciencia, tecnología, conocimiento, innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, con obligaciones de fomento y desarrollo de esas actividades.

De nuevo, el “Estado”, en la Constitución comprende a la República, a los Estados y a los Municipios, entidades que, por tanto, tienen competencia concurrente en la materia.

e. *Información económico-social*

El artículo 156, ordinal 18 de la Constitución, como se ha dicho, atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en materia de “censos y estadísticas *nacionales*”.

En consecuencia, los Estados y Municipios tendrían competencia concurrente en materia de censos y estadísticas *estadales* y *municipales*, respectivamente.

f. *Publicidad comercial*

En cuanto a la publicidad comercial, el artículo 178, ordinal 3° de la Constitución, como antes indicamos, atribuye a los Municipios competencia exclusiva en la materia “en cuanto concierne a los intereses y fines específicos *municipales*”.

Por tanto, el Poder Nacional y el Poder Estatal tendrían competencia en la materia en cuanto concierne a los fines específicos *nacionales* o *estadales*, respectivamente.

D. *Régimen del desarrollo social*

En el campo del desarrollo social, conforme a las previsiones constitucionales, puede decirse que todas las materias relativas al mismo, son de la competencia concurrente, de todos a los órganos del Estado, es decir, de la República, de los Estados y de los Municipios.

a. *Asistencia y protección social*

Conforme a los artículos 75 a 81 de la Constitución, el “Estado” tiene un conjunto de obligaciones tendientes a asegurar la protección de las familias y de quienes ejerzan la jefatura de la familia; a garantizar asistencia y protección integral a la maternidad; a proteger el matrimonio entre hombre y mujer; a asegurar protección integral a los niños y adolescentes y a promover su integración progresiva a la ciudadanía activa; a crear oportunidades para estimular el tránsito productivo de los jóvenes a la vida adulta, su capacitación y acceso al primer empleo; a garantizar a los ancianos el pleno ejercicio de sus derechos y garantías, así como atención integral; respecto de los discapacitados, a garantizar el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias y promover su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones.

Todas estas responsabilidades, sin duda, corresponden en forma concurrente tanto a la República como a los Estados y Municipios.

La “legislación nacional” en la materia corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional, pero por ejemplo, la Constitución atribuye en forma expresa a los Municipios, competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad, así como en materia de servicios de integración familiar del discapacitado al desarrollo comunitario (art. 178,5).

Estos servicios públicos de asistencia y protección, dado el carácter de materia de competencia concurrente, también serían, en los términos del artículo 164,8 de la Constitución, servicios públicos estadales.

b. *Salud y sanidad*

Las obligaciones públicas en materia de salud, conforme a los artículos 83, 84 y 85 de la Constitución, también se atribuyen al “Estado”, es decir, tanto a la Repú-

blica como a los Estados y Municipios. En consecuencia, se trata de servicios que son de la competencia concurrente de los tres niveles territoriales.

En la materia, sin embargo, como se ha dicho, el artículo 156,23 atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en materia de políticas y servicios *nacionales* de salud y de legislación sobre sanidad nacional y vegetal (art. 156,32). En particular, los artículos 84 y 85 precisan como competencia del Poder Nacional el establecimiento de un Sistema Público *Nacional* de Salud. En consecuencia, los Estados y Municipios tienen competencia en materia de políticas y servicios estatales y municipales de salud.

El Poder Nacional, además, tiene competencia exclusiva para dictar la legislación sobre sanidad animal y vegetal (art. 156, 32) y los Municipios tienen competencia exclusiva expresa, en cuanto concierne a la vida local, en materia de salubridad y atención primaria en salud (art. 178,5).

En cuanto a los Estados, los servicios de salud como materia de la competencia concurrente, serían servicios públicos estatales (art. 164,8). Ello lo confirma además, el artículo 184, al establecer la descentralización de los “servicios de salud” de los Estados y Municipios a las organizaciones comunitarias.

c. *Vivienda*

El artículo 82 asigna al “Estado en todos sus ámbitos” la obligación de satisfacer progresivamente el derecho de toda persona a la vivienda; por lo que se trata de una materia que corresponde, en forma concurrente, a la República, a los Estados y a los Municipios.

Además, la Constitución atribuye como competencia exclusiva del Poder Nacional la política *nacional* y la legislación en materia de vivienda (art. 156,23), por lo que los Estados y Municipios tienen competencia en materia de políticas estatales y municipales de vivienda, respectivamente. Ello también lo confirma el artículo 184 de la Constitución.

Además, los Municipios tienen competencia expresa exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de vivienda de interés social (art. 178,1) y de aplicación de la política inquilinaria conforme a la delegación prevista en la ley nacional (art. 178).

d. *Educación*

Los artículos 102 a 109 de la Constitución también asignan un conjunto de obligaciones al “Estado” en materia de educación, lo que conlleva a que la competencia en la materia sea concurrente entre la República, los Estados y los Municipios.

Por otra parte, como ya se ha indicado, el artículo 156,24 atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva para las políticas y los servicios *nacionales* de educación.

En consecuencia, los Estados y Municipios tienen competencia, respectivamente, para las políticas y los servicios estatales y municipales de educación.

Los servicios de educación, por tanto, también serían servicios públicos estatales en los términos del artículo 164,8; y en cuanto a los Municipios, el artículo

178,5 les atribuye competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de educación preescolar.

La competencia estatal y municipal en “servicios de educación”, también la confirma el artículo 184 de la Constitución.

e. *Cultura y patrimonio histórico*

Los artículos 98 a 191 de la Constitución establecen también un conjunto de obligaciones, asignadas al “Estado”, en materia de cultura y patrimonio histórico, cultural y arquitectónico lo que las configura como una de las materias de competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios, que se ejerce de acuerdo con la legislación nacional en materia de “patrimonio cultural y arqueológico” (art. 156,32).

Además, como se indicó, el artículo 156,32 de la Constitución le asigna al Poder Nacional competencia exclusiva para dictar la legislación en la materia. El artículo 178, ordinales 1 y 5 le atribuyen en forma expresa competencia exclusiva a los Municipios, en cuanto concierne a la vida local, en materia de actividades e instalaciones culturales y de patrimonio histórico.

Los servicios culturales constituirían servicios públicos estatales, en los términos del artículo 164,8 de la Constitución.

El artículo 184 de la Constitución, además, confirma la competencia de los Estados y Municipios en materia de “servicios culturales”.

f. *Deporte*

El artículo 111 de la Constitución atribuye al “Estado” la responsabilidad de asumir el deporte y la recreación como política de educación y salud, correspondiendo, por tanto, a la República, a los Estados y a los Municipios dicha responsabilidad.

El artículo 178,1, además, atribuye a los Municipios la competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de sitios de recreación; y el artículo 184 confirma la competencia de los Estados y Municipios en materia de “servicios de deporte”.

g. *La protección a las comunidades indígenas*

Los artículos 119 a 125 de la Constitución que regulan el régimen de los derechos de los pueblos indígenas, establecen una serie de obligaciones de protección y atención que corresponden al “Estado”, es decir, a la globalidad de las entidades políticas que componen el Estado Federal: la República, los estados y los Municipios.

Se trata, por tanto, de una materia de la competencia concurrente entre los tres niveles territoriales que se ejerce de acuerdo con la legislación nacional en materia de “pueblos indígenas” (art. 156,32), salvo en aspectos que expresamente alguna de dichas normas atribuye al “Ejecutivo Nacional”, como la demarcación de las tierras indígenas (art. 119).

h. *La protección del trabajo*

Los artículos 87 y siguientes de la Constitución regulan los derechos laborales, y asignan al “Estado” un conjunto de obligaciones como la adopción de medidas para asegurar empleo, el fomento del empleo, y la protección del trabajo sin discriminación. En todos estos casos, las obligaciones asignadas al “Estado”, sin duda, corresponden tanto a la República como a los Estados y Municipios. Se trata, por tanto, de una materia de competencia concurrente que se ejerce de acuerdo con la legislación nacional en materia de trabajo, previsión y seguridad sociales (art. 156,32).

E. *Régimen de la infraestructura y de la ordenación del territorio*

a. *Ordenación del territorio*

El artículo 128 de la Constitución atribuye al “Estado” competencia en materia de ordenación territorial, razón por la cual se trata de una competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios.

Además, como se ha dicho, el artículo 156,23 de la Constitución le atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en cuanto a las políticas *nacionales* y la “legislación” en materia de ordenación de territorio, por lo que a los Estados y Municipios les corresponde la política estatal y municipal, respectivamente, en la ordenación del territorio de las respectivas entidades.

Adicionalmente, el artículo 178 le atribuye expresamente a los Municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “ordenación territorial”, y el artículo 184 confirma la competencia de Estados y Municipios en la materia, por ejemplo, al referirse al “mantenimiento de áreas industriales”.

b. *Ambiente*

En igual forma, los artículos 127 a 129 de la Constitución le asignan al “Estado” competencias en materia ambiental, lo que la configura como una de las materias de competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios.

Por otra parte, el artículo 156,23 de la Constitución, además, atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva en cuanto a las políticas *nacionales* y la “legislación” en materia de ambiente y aguas, por lo que los Estados y Municipios tienen competencia en las políticas estatales y municipales en la materia.

Además, el artículo 178,4 le atribuye en forma exclusiva a los Municipios, en cuanto concierne a la vida local, competencias en materia de “protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental”.

El artículo 184 de la Constitución, además, confirma la competencia de Estados y Municipios en materia de “servicios ambientales”.

c. *Urbanismo*

En materia de urbanismo no hay en la Constitución, una disposición que le asigne el carácter de competencia concurrente, salvo su inclusión como un aspecto urbano de la ordenación territorial que corresponde a los tres niveles de gobierno.

El artículo 184 de la Constitución, por otra parte, confirma la competencia tanto de los Estados como de los Municipios en materia de “mantenimiento y conservación de áreas urbanas”.

Además, como se dijo, el Poder Nacional tiene competencia exclusiva para el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo y la legislación sobre ordenación urbanística, (art. 156,19).

Además, el Poder Municipal tiene competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de ordenación urbanística, parques, jardines, plazas, balnearios, otros sitios de recreación, arquitectura civil, nomenclatura y ornato público (art. 178,1).

Se trata, por tanto, de una materia de la competencia concurrente entre el Poder Nacional, el Poder Estatal y el Poder Municipal.

3. *Las competencias residuales*

Conforme a la tradición de los sistemas federales, los Estados tienen competencia en todo lo que no corresponda de conformidad con la Constitución a la competencia nacional o municipal (art. 164,11). Es lo que se denomina la competencia residual de los Estados.

Además, como excepcionalmente ocurrió en la Constitución centralista y autoritaria de 1953, la Constitución de 1999 también estableció una competencia residual a favor del Poder Nacional, aun cuando reducida a la materia tributaria, al asignarle competencia en materia de impuestos, tasas y rentas “no atribuidos a los Estados y Municipios” por la Constitución y la ley (art. 156,12).

En consecuencia, en la Constitución de 1999 se estableció una doble competencia residual: a favor del Poder Nacional en materia tributaria; y el resto, a favor de los Estados.

4. *Las competencias implícitas el Poder Nacional*

El artículo 156,33 de la Constitución atribuye competencia al Poder Nacional en toda otra materia que la Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o “que le corresponda por sí índole o naturaleza”. Con ello se ha establecido una competencia implícita a favor del Poder Nacional, que entre otros aspectos hace que la competencia residual establecida a favor de los Estados pueda resultar aún más exigua y dependiente del Poder Nacional. Además, como lo ha interpretado la Sala Constitucional, la competencia implícita del Poder Nacional hace las enumeraciones constitucionales de competencias de los niveles del Poder Público, meramente enunciativas. En la sentencia N° 2257 del 13 de noviembre de 2001, relativa a la determinación de la competencia para fijar tarifas por los servicios eléctricos, la Sala señaló:

En este sentido, se observa que el artículo 136 de la Constitución de 1961, norma rectora de las competencias nacionales y de la cual debía partirse a los fines de analizar las competencias de los demás poderes, contiene una enumeración de las materias que crean competencia exclusiva del Poder Nacional, para culminar con la denominada por

la doctrina “cláusula de poderes implícitos” prevista en el ordinal 25º, del mismo artículo el cual disponía que “Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Nacional o que le corresponda por su índole o naturaleza”. Cláusula que se mantiene incólume en el numeral 33 del artículo 156 de la vigente Constitución. Esta cláusula de poderes implícitos lo que significa es que, la enumeración realizada por el Constituyente del 61 en dicho artículo, no se agotaba allí; no era una enumeración taxativa sino meramente enunciativa, pudiendo en todo caso el legislador cuando existía una materia que por su importancia y trascendencia para el interés nacional, que ameritara ser incluida en esta lista, ello fuera posible. Es decir, que sería de la competencia del Poder Nacional “toda otra materia” diferente a las allí mencionadas que por su índole o naturaleza merezca ser reservada por el Poder Nacional⁵⁰⁴.

5. *El principio descentralizador en las competencias del Poder Público*

A pesar de la sustancia centralista del esquema federal venezolano, el texto formal de la Constitución de 1999 puede decirse que está impregnado de descentralización: el artículo 4 declara al Estado como “Federal Descentralizado”; el artículo 6 precisa que el gobierno de la República y de las demás entidades políticas debe ser “descentralizado”; y el artículo 16 garantiza que la Ley Orgánica relativa a la división política del territorio nacional debe garantizar la “descentralización político-administrativa”⁵⁰⁵.

La descentralización, por otra parte, se declara como una política nacional, que debe profundizar la democracia, acercando al poder a la población, creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales (art. 158).

Sin embargo, con un esquema de distribución de competencias, en gran parte sometidas a las regulaciones del Poder Nacional, la descentralización como política queda en manos de los órganos del Poder Nacional. Para ejecutarla, además, la Constitución prevé mecanismos de transferencias de competencias en cascada, desde el ámbito nacional hacia el ámbito local y hacia las comunidades.

En efecto, el artículo 157 de la Constitución, establece que la Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, puede atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización. Esta norma, que sigue la línea que se había establecido en el artículo 137 de la Constitución de 1961, permite la descentralización hacia los Estados de competencias nacionales tanto exclusivas como concurrentes. En el primer caso, de llegar a darse, bastaría la decisión de la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional para producir la modificación constitucional prevista en la norma, lo cual estimamos que no debió regularse así y más bien conservarse el voto calificado que establecía la Constitución de 1961.

En efecto, la modificación del régimen constitucional de asignación de competencias al Poder Nacional, mediante su descentralización hacia los Estados y Muni-

504 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 204.

505 Véase en general Véase José Peña Solís, “Aproximación al proceso de descentralización delineado en la Constitución de 1999”, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 217-282.

cipios, sin duda, origina una modificación de la Constitución conforme a lo previsto en el citado artículo 157. Por ello, estimamos que debió preverse, en dicha norma, una mayoría calificada de los miembros de la Asamblea (como se establecía en el artículo 137 de la Constitución de 1961), y no sólo una mayoría simple, para poder producir la modificación, que al aprobarse, tiene sin duda rango constitucional⁵⁰⁶.

Por otra parte, el artículo 165 de la Constitución establece que los Estados, a su vez, descentralizarán y transferirán a los Municipios los servicios y competencias que gestionen y que éstos estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público. Corresponde a los Consejos Legislativos estatales regular dichos mecanismos de transferencia.

Por último, el artículo 184 de la Constitución precisa que la ley, que puede ser nacional, estatal o municipal, debe crear mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen, previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo:

1. La transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. A tal efecto, pueden establecer convenios cuyos contenidos deben estar orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.
2. La participación de las comunidades y de ciudadanos o ciudadanas, a través de las asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales, en la formulación de propuestas de inversión ante las autoridades estatales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión, así como en la ejecución, evaluación y control de obras, programas sociales y servicios públicos en su jurisdicción.
3. La participación en los procesos económicos estimulando las expresiones de la economía social, tales como cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas.
4. La participación de los trabajadores o trabajadoras y comunidades en la gestión de las empresas públicas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios.
5. La creación de organizaciones, cooperativas y empresas comunales de servicios, como fuentes generadoras de empleo y de bienestar social, propendiendo a su permanencia mediante el diseño de políticas en las cuales aquellas tengan participación.
6. La creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades a los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estatales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales.
7. La participación de las comunidades en actividades de acercamiento a los establecimientos penales y de vinculación de éstos con la población.

506 Véase nuestro voto salvado en relación con este aspecto en Allan R Brewer-Carías, *Dilema Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 190 y 191.

III. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO ESTADAL

1. *El marco constitucional del régimen de los Estados*

A. *La autonomía e igualdad de los Estados*

La distribución territorial del Poder Público implica la estructuración, en forma descentralizada, de las entidades políticas, las cuales por esencia gozan de autonomía.

Por ello, el artículo 159 de la Constitución establece que los Estados, los cuales ejercen el Poder Estatal⁵⁰⁷, son entidades autónomas e iguales en lo político”, con personalidad jurídica plena, y quedan obligados a mantener la independencia, soberanía e integridad nacional, y a cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes de la República.

Esta autonomía, por supuesto, es política (elección de sus autoridades), organizativa (se dictan su Constitución), administrativa (inversión de sus ingresos), jurídica (no revisión de sus actos sino por los tribunales) y tributaria (creación de sus tributos); y sus límites deben ser los establecidos en la Constitución, razón por la cual la Ley nacional no podría regular a los Estados. Sin embargo, esta autonomía está limitada en la Constitución en forma absolutamente inconveniente, al remitir el artículo 162 a la ley nacional para establecer “el régimen de la organización y el funcionamiento de los Consejos Legislativos Estadales, es decir, el órgano que ejerce el Poder Legislativo en los Estados”. Esa materia debería ser competencia exclusiva de los Estados a ser regulados en sus respectivas Constituciones (art. 164, ord. 1). La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 1182 de 11 de octubre de 2000 ha reconocido, por tanto, que el principio de autonomía de los Estados para organizar sus Poderes Públicos, “es relativo y por tanto, está sometida a diversas restricciones establecidas en la Constitución y en la ley”⁵⁰⁸.

Limitaciones similares se establecen en la Constitución en cuanto al ejercicio de las competencias. Por ejemplo, en materia de tributos, en la Constitución no sólo se ha dejado la materia a una legislación futura, sino que en definitiva, el Poder Nacional es el llamado a regular el ejercicio de la potestad tributaria, estatal y municipal (art. 156, ord. 13).

En cuanto a las competencias, las que son de carácter concurrente sólo pueden ejercerse por los Estados conforme a las “leyes de base” que dicte el Poder Nacional (art. 165); y en algunos casos, como en materia de policía, la función de policía estatal sólo puede ejercerse conforme a la legislación nacional aplicable (art. 164, ord. 6).

507 Véase en general, sobre el Poder Estatal, Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 127 y ss.; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 315 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 151 y ss.

508 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 180.

Todo lo anterior configura una autonomía limitada, lo que es lo mismo que una descentralización más nominal que real.

Ello se confirma además por la injustificada ratificación que ha hecho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 1395 de 21 de noviembre de 2000 (Caso: *Gobernación del Estado Mérida y otros vs. Ministerio de Finanzas*), de la inconstitucional doctrina establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia de negar la vía judicial del amparo para proteger la autonomía territorial de los Estados y Municipios, garantizada en la Constitución. En efecto, en la mencionada sentencia, la Sala señaló lo siguiente:

Una vez que la institución estaba consolidada como un medio de tutela judicial reforzada de los derechos y garantías constitucionales, algunos⁵⁰⁹ propusieron su extensión a la protección de las potestades o competencias de entes públicos, especialmente de las personas político-territoriales. Sin embargo, esta ampliación del objeto tutelado por el amparo fue rechazada por la extinta Corte Suprema de Justicia, en Pleno, mediante sentencia del 2 de octubre de 1997, la cual resolvió el amparo incoado, conjuntamente con una acción de inconstitucionalidad, contra la Ley Orgánica sobre Emolumentos y Jubilaciones de Altos Funcionarios de las Entidades Federales y Municipales. En ese amparo se planteaba que la autonomía municipal y las potestades que llevaba aparejadas debían considerarse incluidas en el concepto de “garantía constitucional” y, con ello, en el ámbito de aplicación del amparo constitucional.

En dicha sentencia la extinta Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Dra. Hildegard Rondón de Sansó, declaró que:

...los entes territoriales como personas jurídicas pueden ser sujetos activos de la acción de amparo; pero sólo respecto a la tutela de los derechos y garantías constitucionales entendidos estos últimos en su sentido estricto, ha de excluirse como una vía para la tutela de sus potestades y competencias, así como para dirimir los conflictos que puedan plantearse entre tales entes entre sí o con otros organismos del poder público.

...En el caso de los entes territoriales, la Constitución les otorga varios recursos destinados específicamente a impedir el desconocimiento y usurpación de los fines que le han sido asignados y de las potestades que constitucionalmente le competen....

Esta concepción del amparo ha quedado en lo fundamental plasmada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Incluso, podría afirmarse que en la vigente Constitución la vinculación del amparo con la persona y sus derechos esenciales se ha profundizado.

Ciertamente, el artículo 27 de la Constitución reconoce a toda persona (natural o jurídica) el derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, “aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos....”.

Obsérvese que el elemento que permite incluir a ciertas facultades subjetivas dentro del ámbito de tutela del amparo, es su condición de “inherentes a la persona”, lo cual se ve confirmado por la referencia a los instrumentos internacionales sobre “derechos humanos”.

509 Así lo propusimos en la acción ejercida contra la Ley Orgánica sobre Emolumentos que dio origen a la sentencia de la Sala Política Administrativa; y así lo hemos sostenido en Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas, 1993, pp. 92 y ss.

Por si quedara alguna duda, la Exposición de Motivos de la Constitución señala que el amparo:

se reconoce como una garantía-derecho constitucional, cuya finalidad es la tutela judicial reforzada de los derechos humanos, aun de aquellos inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Esta íntima vinculación entre el amparo y los derechos fundamentales la pone igualmente de manifiesto el último párrafo del artículo 27, según el cual el ejercicio del derecho al amparo no puede ser afectado por la declaratoria de un estado de excepción o por la restricción de garantías constitucionales. El Constituyente quiso dejar claro que incluso durante situaciones de emergencia, en las que pueden resultar necesarias restricciones extraordinarias al ejercicio de las garantías o derechos constitucionales, conserva el amparo plena vigencia, como instrumento imprescindible para medir la necesidad y proporcionalidad de la actuación de las autoridades (En igual sentido *cf.* la *Opinión Consultiva* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-8/87, del 30 de enero de 1987, El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías).

Esos principios inspiran también la decisión de esta Sala en la que se introducen correctivos al procedimiento de amparo contemplado en la Ley de la materia, en virtud de la fuerza normativa de la Constitución y de la oralidad ahora exigida por el citado artículo 27. La singular celeridad y simplicidad del proceso de amparo está también al servicio de la persona humana y de los derechos que la Constitución protege con toda firmeza.

Esta conclusión es confirmada por lo dispuesto en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ya que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.3) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25), consagran el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante las instancias nacionales a fin de que se le ampare frente a posibles violaciones de sus derechos humanos. Así, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley.

Desde esta óptica, el artículo 27 de nuestra Constitución es un desarrollo de ese derecho de validez universal, el cual, al igual que los demás derechos proclamados en esa Declaración, se basa "en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

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.

Pero lo hasta ahora expuesto sí permite concluir que entes político-territoriales como los Estados o Municipios, sólo han de acudir al amparo para defender los derechos o libertades de los que puedan ser titulares, como el derecho al debido proceso, o el dere-

cho a la igualdad, o a la irretroactividad de la ley. En cambio, no pueden accionar en amparo para tutelar la autonomía que la Constitución les reconoce o las potestades y competencias que aquélla comporta.

La autonomía de un ente público únicamente goza de la protección del amparo cuando la Constitución la reconoce como concreción de un derecho fundamental de trasfondo, como ocurre con la autonomía universitaria respecto del derecho a la educación (artículo 109 de la Constitución).

En el caso de autos, los accionantes no invocan un derecho constitucional de los Estados que hubiese sido vulnerado, sino la autonomía que la Constitución les asegura y, particularmente, "*la garantía de la autonomía financiera que se contempla en los artículos 159, 164, ordinal 3º, 167, ordinales 4º y 6º, de la Constitución*" (cursivas de la Sala).

Sin embargo, bajo el concepto de garantía constitucional no pueden subsumirse contenidos completamente ajenos al elenco de libertades públicas constitucionalmente protegidas, como se pretende, ya que la garantía se encuentra estrechamente relacionada con el derecho. La garantía puede ser entendida como la recepción constitucional del derecho o como los mecanismos existentes para su protección. Tanto en uno como en otro sentido la garantía es consustancial al derecho, por lo que no cabe emplear el concepto de garantía para ensanchar el ámbito tutelado por el amparo, incluyendo en el mismo toda potestad o competencia constitucionalmente garantizada. Ello conduciría a una desnaturalización del amparo, que perdería su especificidad y devendría en un medio de protección de toda la Constitución⁵¹⁰.

Por otra parte, en cuanto a la igualdad de los Estados, la misma ha perdido la garantía que le daba la representación igualitaria en el Senado, al haberse previsto en la Constitución una Asamblea Legislativa unicameral.

B. *El Poder Ejecutivo Estadal: los Gobernadores*

De acuerdo con el artículo 160, el gobierno y administración de cada Estado corresponde a un Gobernador⁵¹¹.

a. *Las condiciones*

Para ser Gobernador se requiere ser venezolano, mayor de veinticinco años y de estado seglar.

En el caso de Estados Fronterizos, los Gobernadores deben ser venezolanos por nacimiento, sin otra nacionalidad como lo establece el artículo 41 de la Constitución; y si se trata de Estados no Fronterizos, los venezolanos por naturalización pueden ser electos Gobernadores, siempre que tengan residencia ininterrumpida en Venezuela por más de 15 años (art. 41).

Sobre la noción de Estado Fronterizo a los efectos de la aplicación del artículo 41 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido el siguiente criterio:

510 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 317 y ss.

511 Véase en general Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 320 y ss.

Pues bien, a juicio de esta Sala, el concepto de frontera, incluye en el vigente ordenamiento jurídico un tratamiento que abarca aspectos espaciales y de seguridad y defensa de la nación, que no pueden ser tratados de manera separada.

Tampoco distingue el constituyente venezolano entre fronteras naturales como las terrestres, insulares, lacustres y marítimas y las fronteras artificiales, entre las que se podrían encontrar los puentes, señales u otra de creación humana; por el contrario, se amplía el concepto de frontera dentro del marco espacial y de seguridad y defensa de la nación, ya mencionado.

De todo lo antes expuesto, interpreta esta Sala que, la expresión “estado fronterizo” a que alude el artículo 41 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, abarca en el ámbito espacial, tanto las fronteras naturales como las artificiales, por lo que los venezolanos por naturalización no podrían optar y ser elegidos para ejercer los cargos referidos en dicho articulado, respecto a cualquiera de los estados fronterizos, salvo la excepción contenida en el único aparte del artículo 40 del Texto Fundamental. Así se declara⁵¹².

b. *La elección popular y período*

Los Gobernadores deben ser elegidos por un período de 4 años por mayoría de las personas que votan. El Gobernador puede ser reelegido de inmediato y por una sola vez, para un período adicional.

Lamentablemente no se estableció la elección por mayoría absoluta y doble vuelta, para asegurar la legitimidad de la representación⁵¹³.

c. *La rendición de cuenta e informe*

Los Gobernadores deben rendir, anual y públicamente, cuenta de su gestión ante el Contralor del Estado y presentarán su informe de la misma ante el Consejo Legislativo y el Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas (art. 161).

C. *El Poder Legislativo Estadal: el Consejo Legislativo Estadal*

a. *La integración*

En cuanto al Poder Legislativo estadal, este se ejerce en cada Estado por un Consejo Legislativo conformado por un número no mayor de 15 ni menor de 7 integrantes, quienes proporcionalmente representarán a la población del Estado y a los Municipios (art. 162)⁵¹⁴.

La representación proporcional, como sistema de escrutinio, tiende, como hemos visto, a asegurar la representación de los partidos políticos al preverse elecciones plurinominales en circuitos por listas. La referencia a la representación pro-

512 Véase sentencia N° 2394 del 28-08-2003 (Caso: *Interpretación del artículo 41 de la Constitución*).

513 Véase nuestro voto salvado sobre esto en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 191 y 192.

514 Véase en general, Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 324 y ss.

porcional, por una parte, de la población, y por la otra, de los Municipios, realmente no se entiende, particularmente por el número reducido de miembros de los Consejos.

b. *Condiciones y período*

El mismo artículo 162 establece que los requisitos para ser integrante del Consejo Legislativo, la obligación de rendición anual de cuentas y la inmunidad en su jurisdicción territorial, se deben regir por las normas que esta Constitución establece para los diputados a la Asamblea Nacional, en cuanto le sea aplicable. Los legisladores estatales serán elegidos por un período de cuatro años pudiendo ser reelegidos solamente por dos períodos.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha interpretado los artículos 162 y 200 de la Constitución, habiendo llegado en la sentencia N° 1636 de 16 de junio de 2003 (Caso: *Interpretación de los artículos 162 y 200 de la Constitución*), a la conclusión de que los miembros legisladores de los Consejos Legislativos tienen la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 162 constitucional, en el territorio del Estado en que ejerzan sus funciones o fuera de dicho territorio siempre y cuando el hecho que da lugar a acciones en su contra se produce con motivo del ejercicio de su cargo; siendo la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia la competente para declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de esos funcionarios. La Sala sentó la siguiente interpretación de dichas normas:

1. Los miembros legisladores de los Consejos Legislativos tienen la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria de conformidad con lo establecido en el artículo 162 constitucional en el territorio del Estado en que ejerzan sus funciones o fuera de dicho territorio siempre y cuando el hecho que da lugar a acciones en su contra se produce con motivo del ejercicio de su cargo. Este trato es diferente al establecido en la Constitución de 1961 respecto a la inmunidad de los miembros de la Asamblea Legislativa de cada Estado.
2. La solicitud de antejuicio de mérito para el caso de los miembros legisladores de los Consejos Legislativos al igual que ocurre con los altos funcionarios a que se refieren los numerales 2 y 3 del artículo 266 constitucional, corresponde al Fiscal General de la República, y puede ser formulada por quien demuestre la condición de víctima del hecho punible que se le pretenda imputar al funcionario que goza de la prerrogativa, caso éste en el cual se procederá conforme a lo establecido en el fallo dictado por esta Sala el 20 de junio de 2002.
3. La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia es la competente para declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los miembros legisladores de los Consejos Legislativos.
4. La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia es la competente -en el caso de decidir que hay mérito para el enjuiciamiento del miembro legislador del Consejo Legislativo- para ordenar su detención, previa autorización del órgano legislativo, el cual deberá en aras al debido proceso, dar oportunidad al afectado de ejercer su defensa antes de decidir al respecto. A partir de la autorización que dé el órgano legislativo a este Alto Tribunal, quedará allanada la inmunidad, y será la Sala Plena la competente para conocer -en forma privativa- del enjuiciamiento del funcionario. En el supuesto de que el órgano legislativo niegue la autorización antes referida, el ejercicio de la acción contra el miembro legislativo de dicho órgano es-

tará supeditada a la conclusión del mandato o a la renuncia del parlamentario; circunstancias éstas que producen la pérdida de la inmunidad como prerrogativa procesal.

5. El procedimiento aplicable será el contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal (artículo 379) para el caso de juicios contra altos funcionarios del Estado⁵¹⁵.

c. *El régimen legal y las competencias legislativas*

El artículo 162, contiene una norma que sin duda atenta contra la autonomía de los Estados, al establecer que la ley nacional debe regular el régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo, cuando eso corresponde a las Constituciones que deben dictar los Consejos Legislativos de los Estados (art. 164). En 2001 la Asamblea Nacional sancionó a tal efecto la *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados*⁵¹⁶ la cual se comenta más adelante.

En todo caso, en cuanto a su competencia, los Consejos Legislativos tienen las atribuciones siguientes: 1) Legislar sobre las materias de la competencia estatal; 2) Sancionar la Ley de Presupuesto del Estado; y 3) Las demás que le atribuya la Constitución y la ley (art. 162).

En relación con la potestad legislativa de los Estados a través de sus Consejos Legislativos, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha señalado que:

En razón de la autonomía propia de los Estados miembros de la federación establecida por el Texto Constitucional, los Estados cuentan con un ordenamiento jurídico que es emanado de sus propios órganos y que debe ser acatado en el ejercicio de cualquiera de las funciones que les competen de manera concatenada con las leyes nacionales relacionadas con la materia en cuestión... (por lo que la ley estatal) es de obligatorio cumplimiento en aquellos casos en los cuales se den los supuestos que ellas regulan siempre y cuando no estén en contradicción con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o la normativa legal establecida a nivel nacional, sobre todo cuando se trata de materias intrínsecas a la autonomía de los Estados dado que existe el planteamiento de un "Estado Federal" como ha sido definida la República Bolivariana de Venezuela en la Constitución del año 1999 y 1961, aunque el sistema de administración de justicia esté organizado a un solo nivel (el nacional)⁵¹⁷.

Peró la autonomía legislativa de los Estados ha sido reconocida como limitada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia particularmente en materia organizativa, por lo que, por ejemplo, mediante sentencias N° 1182 de 11 de octubre de 2000, N° 1395 de 7 de agosto de 2001 y N° 111 de 12 de febrero de 2004, anuló las normas de las Constituciones de los Estados Mérida, Aragua y Lara respectivamente que creaban las figuras del Defensor de los Derechos (Mérida), del Defensor del Pueblo (Aragua) y de la Defensoría del Pueblo (Lara), al considerarlas

515 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003 (En prensa).

516 G.O. N° 37.282 del 13 de septiembre de 2001.

517 Véase sentencia de 17-05-2000 en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 201 y ss, en la cual la Corte Primera apreció como válida la previsión en la Ley de la Procuraduría del Estado Yaracuy, de una norma estableciendo la obligación para los Tribunales de notificar al Procurador estatal de las demandas en las que tenga interés el Estado.

viciadas de usurpación de funciones partiendo del supuesto errado, en nuestro criterio, de que la competencia en materia de defensa de los derechos humanos es exclusiva del Poder Nacional (Asamblea Nacional), al regular el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público. Al contrario, estimamos que además de competencia, todos los órganos del Estado tienen el deber de velar por la defensa de los derechos humanos, por lo que los Estados podrían crear en sus ordenamientos y para actuar en su jurisdicción, órganos dedicados a tal defensa. Las erradas sentencias de la Sala, en todo caso, se basaron en el mismo argumento de relatividad de la descentralización política antes anotado, en el sentido de que:

Resulta claro entonces, que los Estados son favorecidos constitucionalmente por el principio de autonomía para organizar sus Poderes Públicos, sin embargo, debe entenderse que tal autonomía es relativa y por tanto está sometida a diversas restricciones establecidas en la Constitución y en la ley, por ello, el artículo 4 del Texto Fundamental vigente, dispone que *“La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución (...)”*⁵¹⁸.

En esta materia del Poder Ciudadano como organización reservada al Poder Nacional, en todo caso, en la más reciente sentencia citada N° 111 de 12 de febrero de 2004, dictada con motivo del recurso de nulidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra artículos de la Constitución del Estado Lara que regularon el Poder Ciudadano en dicho Estado, alegando la incompetencia del Consejo Legislativo del Estado Lara para crear y organizar un Poder Ciudadano dentro de dicha entidad, la Sala Constitucional resolvió dándole la razón al impugnante, señalando:

En primer lugar, el artículo 136 de la Constitución de la República prescribe que el Poder Público Nacional se divide en los siguientes poderes: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Por su parte, el artículo 156, numeral 31, establece que es de la competencia del Poder Público Nacional *“La organización y administración nacional de la justicia, del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo”*, y en el numeral 32, y con un objetivo manifiestamente general, se afirma que corresponde a dicho Poder legislar sobre la organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional e institucionales nacionales del Estado.

Es decir, el nivel nacional del Poder Público, cuenta entre sus órganos con un Poder Ciudadano, integrado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República (art. 273 de la Constitución de la República); y al órgano legislativo nacional le corresponde legislar sobre la organización y funcionamiento de dicho poder.

En segundo lugar, al Poder Estatal se le atribuyó la potestad de legislar sobre las materias de su competencia. No obstante, de un estudio detallado del Capítulo III, Título IV de la Constitución de la República, referido al Poder Público Estatal, y particularmente su artículo 164, que expresa las competencias exclusivas de los Estados, puede concluirse que en la organización de tales entidades federales no fue incluido un Poder Ciudadano, ni les fue conferida de ninguna forma ni en ningún grado la potestad de legislar sobre el ejercicio de la Defensoría del Pueblo o del Ministerio Público. Sí pueden dictar normas acerca de la Contraloría Estatal (art. 163 de la Constitución de la Repú-

518 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 177 y ss; y en *Revista de Derecho Público* N° 85-88, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas, 2001.

blica), sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República.

Así, las normas de organización y funcionamiento del Poder Ciudadano dictadas por dicha entidad, en lo que concierne a la Defensoría del Pueblo y al Ministerio Público, no tienen fundamento constitucional alguno; en consecuencia, los artículos 22 (en cuanto a la inclusión de un Poder Ciudadano en la división de Poderes Estatal); 36.2 (en lo que respecta a la potestad que se le otorga a dicha entidad de organizar el Poder Ciudadano Estatal); 42.17 (en lo relativo a la potestad por el Legislativo regional de designar y remover al Defensor del Pueblo); los artículos 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94 y 95 (Capítulo XI, Del Poder Ciudadano, Disposiciones Generales); 96, 97, 98, 99, 100 y 101 (Capítulo XII, De la Defensoría del Pueblo del Estado Lara); la Disposición Transitoria Décima (que ordena la sanción de una ley para la organización y funcionamiento del Consejo Moral del Estado Lara) y la Disposición Transitoria Décima Segunda, numerales 1, 2, 3 y 4 (sólo en lo relativo al proceso de elección y designación del Defensor del Pueblo), se declaran nulos. Tal declaratoria surtirá efecto desde su publicación en el expediente⁵¹⁹.

Por otra parte, en materia de organización de los Municipios de cada Estado, la Sala Constitucional también ha considerada limitada la autonomía de los Estados para legislar, debiendo sujetarse a lo dispuesto previamente en las leyes nacionales. Así, en sentencia N° 1347 de 27 de mayo de 2003 la Sala decidió lo siguiente:

Aunque desde el inicio de la vigencia de una nueva Constitución todo órgano creado por ella, en principio, está facultado para ejercer sus poderes, existen casos en que por previsión especial ello no es así. Es lo que ocurre en este caso, pues la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 7, ha limitado el poder de los Estados, ejercitable por sus Consejos Legislativos, de manera que se les impide organizar su territorio mientras la Asamblea Nacional no sancione una ley general sobre el régimen municipal...

La explicación es sencilla, sin negar la autonomía estatal y municipal en muy variados aspectos, la organización local está atribuida, al menos en su regulación fundamental, al Poder Nacional, por lo que la ley nacional es imprescindible para adaptarse totalmente a la nueva Constitución. Además, ésta ha previsto la posibilidad de un régimen municipal que presenta considerables cambios en relación con el contemplado por la de 1961, que fue el sustento de la actual Ley, en vigor desde 1989.

Ambas razones hacen que carezca de sentido que los Estados, que al fin de cuentas deben sujetarse al legislador nacional en esta materia organizativa, actúen con base en textos que fueron concebidos para dar desarrollo a una realidad distinta, cuando lo cierto es que la Asamblea Nacional está obligada a sancionar una ley que debe ser en muchos aspectos diferentes de la actual.

Como se ha dicho, la Ley Orgánica de Régimen Municipal está vigente –lo contrario conduciría a un indeseable vacío–, pero el Constituyente ha querido, y así lo indicó expresamente, que en lo referente al ejercicio de la potestad organizativa de los Estados la situación no se viera alterada por la aplicación de normas que no fueran las que la Asamblea Nacional debe dictar. Se trata de una excepción, por lo que en el resto de su articulado no hay limitación y los Estados (o Municipios) pueden ejercitar sus poderes constitucionales, con base en su desarrollo legal, así éste hubiera nacido a la luz de los preceptos de 1961.

A diferencia de lo que expusieron los recurrentes –si bien ellos advirtieron que se trataba de una interpretación que no compartían– la falta de cumplimiento del plazo pre-

519 Exp. n° 02-0731.

visto en la Disposición Transitoria Cuarta no hace que ella quede “derogada”. De hecho, disposiciones de esa naturaleza nunca se derogan –la derogatoria exige otro acto de igual rango-, sino que pierden su vigencia, se agotan, en la medida en que se produce el supuesto de hecho previsto en ellas. En el caso de los mandatos al legislador que no han sido atendidos, esas Disposiciones Transitorias siguen en vigor, y la Asamblea Nacional debe cumplir lo que se le ordena, así su plazo se encuentre ampliamente superado.

Lo anterior, que es predicable respecto de todos los mandatos similares, tiene especial relevancia en el caso del numeral 7 de la Disposición Transitoria Cuarta, toda vez que en ella se contempla una inmovilización ausente en otros supuestos. Por tanto, la prohibición a los Estados para ejercer su poder constitucional a organizarse territorialmente debe encontrar rápido fin.

La Sala, sin embargo, ante la omisión del órgano legislativo nacional en dictar la legislación nacional sobre organización municipal, antes de declarar de oficio la inconstitucionalidad de dicha omisión⁵²⁰, expresó en la misma sentencia de 27 de mayo de 2003, lo siguiente:

Advierte la Sala que la transitoriedad no debe extenderse más allá de lo que la prudencia exige. La omisión de la Asamblea Nacional en el cumplimiento de su deber no hace “derogar” la norma que lo prevé, pero sí le coloca en una situación de violación al ordenamiento supremo, lo que en casos como el de autos es doblemente grave, desde el momento en que su inacción impide a entes constitucionalmente creados actuar conforme a sus poderes.

Por lo expuesto, sin perjuicio de lo que se expondrá en el apartado siguiente, lo dispuesto en el numeral 7 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución debe ser entendido como una prohibición para los Estados de modificar sus leyes de división político-territorial o de regulación sobre sus municipios, hasta que la Asamblea Nacional sancione la ley sobre régimen municipal. Así se declara⁵²¹.

D. *Las Contralorías Estadales*

Cada Estado debe tener una Contraloría que goce de autonomía orgánica y funcional, a la cual corresponde ejercer, conforme a la Constitución y la ley, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes Estadales, sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República (art. 163)⁵²².

La Contraloría estadal debe actuar bajo la dirección y responsabilidad de un Contralor, cuyas condiciones para el ejercicio del cargo son las que determine la ley, la cual garantizará su idoneidad e independencia; así como la neutralidad en su designación, que debe ser mediante concurso público.

No se precisa, en esta norma, cuál es “la ley” que ha de regular a las Contralorías Estadales, por lo que podría ser la ley nacional que regule el sistema nacional

520 Lo que hizo mediante sentencia N° de 06-10-2003. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Caracas 2003 (En prensa).

521 *Idem*.

522 Véase Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 329 y ss.

de control fiscal (art. 290); ni a qué autoridad corresponde la designación del Contralor de cada Estado y la realización del concurso público, la que podría ser la Contraloría General de la República, como lo propusimos⁵²³. La materia, sin embargo, se ha regulado extensamente por la Asamblea Nacional en la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado de 2001⁵²⁴, la cual se analiza más adelante.

E. *El Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas*

En cada Estado, y conforme a la orientación de las reformas descentralizadoras de 1993⁵²⁵, debe crearse un Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, presidido por el Gobernador e integrado por los Alcaldes, los directores Estadales de los ministerios y una representación de los legisladores elegidos por el Estado a la Asamblea Nacional, del Consejo Legislativo, de los concejales y de las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere. Este Consejo debe funcionar y debe organizarse de acuerdo con lo que determine la ley.

De nuevo, aquí, la remisión a la ley, dada la composición del Consejo, sugiere que se trata de la ley nacional en lugar de la que dicte cada Consejo Legislativo Estadal. En todo caso, la Asamblea Nacional también ha dictado al Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas de 2002⁵²⁶, cuyo contenido se analizará más adelante.

2. *La contradicción constitucional entre un "Estado federal descentralizado" y un marco constitucional centralista y su desarrollo legislativo*

Uno de los grandes cambios políticos que debió propugnar la nueva Constitución era transformar definitivamente la Federación Centralizada que hemos tenido durante los últimos cien años, por una Federación Descentralizada, con una efectiva distribución territorial del poder hacia los Estados y Municipios⁵²⁷. En tal sentido apuntaba la reforma constitucional, no sólo al concebirse la forma del Estado como un Estado Federal Descentralizado (art. 4), sino al preverse a la descentralización política de la Federación como una política nacional de carácter estratégico (art. 158).

Sin embargo, el resultado final del esquema constitucional de distribución territorial del poder, no ha significado avance sustancial alguno respecto del proceso de descentralización que se venía desarrollando durante la última década en el país, al amparo de la Constitución de 1961⁵²⁸; y más bien, en muchos aspectos ha signifi-

523 Véase nuestro voto salvado en esta materia en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, p. 193.

524 G.O. N° 37.303 del 15 de octubre de 2001.

525 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *La Descentralización en Venezuela 1993. Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización*, Caracas, 1994, p. 267.

526 G.O. N° 37.509 del 20 de agosto de 2002.

527 Véase nuestras propuestas en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 271 y ss.

528 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993, Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización*, Caracas, 1993.

cado un retroceso institucional. Por ello, la denominación de “Estado Federal Descentralizado”, en definitiva, no pasa de ser el mismo “desideratum” inserto en la Constitución de 1961, hacia el cual se puede ir, pero que no se consolida en el Proyecto.

A. *La tradición federalista venezolana y la “federación centralizada”*

El primer país del mundo que adoptó la forma federal del Estado, la cual venía de ser recién creada en Norteamérica a partir de 1787, fue Venezuela en la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela* sancionada el 21 de diciembre de 1811, como consecuencia de la Declaración de Independencia de España que desde 1810 fueron formulando las antiguas Provincias que conformaban la capitania General de Venezuela.

La forma federal del Estado puede decirse que ha perdurado hasta nuestros días, aún cuando no siempre con la efectividad descentralizadora que han expresado los textos constitucionales. En particular, la Constitución de 1999 que califica el Estado federal como “descentralizado”, es la más centralista de todas cuantas se han dictado en los casi doscientos años de existencia del Estado.

En efecto, el Estado venezolano se constituyó formalmente cuando el Congreso General de las Provincias de Venezuela, luego de adoptar la Declaración de los Derechos del Pueblo el 1 de julio de 1811 y de declarar la Independencia de España el 5 de julio del mismo año, en diciembre de 1811 sancionó la antes mencionada *Constitución Federal para los Estados de Venezuela*, conformada por 228 artículos, la cual incluso, precedió a la Constitución de Cádiz de 1812.

Venezuela, por tanto, nació como una Federación de siete Provincias las cuales se habían declarado independientes de España y sucesivamente se habían constituido como Estados soberanos y autónomos a partir del 19 de abril de 1810, cuando se inició el proceso de Independencia. Fue, en consecuencia, el primer país en el mundo moderno después de los Estados Unidos de América, en adoptar la forma federal del Estado en cuya formulación, sin duda, influyeron las concepciones federalistas que se habían formulado en Norteamérica.

Esa primera Constitución de 1811 tuvo corta vigencia debido a las guerras de independencia (1812-1824); pero a pesar de las críticas de Simón Bolívar a la Federación y del fuerte contenido centralista de la Constitución de Angostura de 1819, la cual tampoco tuvo mayor duración por la integración de Venezuela a lo que se llamó la Gran Colombia en 1821; lo cierto es que cuando se reconstituyó la República de Venezuela (separada de Colombia) a partir de 1830, reaparecieron los principios federalistas en un sistema que los constituyentes de la época denominaron como producto de un pacto centro-federal.

En las Constituciones posteriores la forma federal del Estado concretizada en la distribución vertical del Poder Público, se comenzó a expresar formalmente en la Constitución de 1858, adoptándose incluso a partir de 1864 la denominación de la República como “Estados Unidos de Venezuela”, la cual se conservó hasta 1953.

Pero la Federación venezolana, a pesar de todas las fórmulas y declaraciones constitucionales, puede decirse que particularmente a partir de 1901, cuando se produjo el colapso del sistema de Estado federal liberal que se había instaurado en 1864, comenzó a convertirse en una “Federación centralizada”, habiéndose progre-

sivamente centralizado el Estado en casi todos los órdenes; proceso que a pesar del cambio político democrático de 1947 y de la consolidación de la democracia a partir de 1958, continuó desarrollándose y ha perdurado hasta nuestros días.

Como hemos dicho, la gran transformación política que debió haberse producido en el proceso constituyente de 1999 para perfeccionar la democracia⁵²⁹, lo cual había sido su principal motivación, era por tanto efectivamente sustituir la forma estatal de la Federación Centralizada por una Federación Descentralizada. Grandes esfuerzos se hicieron en la materia, pero la reforma y profundización de la descentralización política como forma de perfeccionar la democracia que debió ser el tema central del debate constituyente, no pasó del nominalismo expresado tanto en el Preámbulo como en el artículo 4 de la Constitución, el cual precisa que “La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución”; fórmula más o menos similar a la del artículo 2 de la Constitución de 1961 que decía que “La República de Venezuela es un Estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución”. Ahora se ha agregado que la Federación supuestamente es “descentralizada lo cual es contradicho por el propio texto de la Constitución, en cuyo articulado se centralizó aún más al Estado.

En todo caso, “los términos consagrados por la Constitución” son la clave para determinar efectivamente el grado de descentralización del Estado y por tanto de la Federación; y la comparación entre unos y otros “términos” revela un mayor centralismo en el texto de 1999.

En la Constitución de 1999, en efecto y salvo en el nominalismo, no se avanzó mayormente en relación con lo que existía en el texto de 1961, salvo en la constitucionalización parcial de aspectos que ya se habían establecido en la *Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público* de 1989⁵³⁰, la cual podía considerarse como una ley de rango constitucional en lo que se refería a las transferencias de competencias nacionales hacia los Estados.

Pero no hubo los avances y transformaciones necesarias para hacer realidad la descentralización de la Federación. Más bien se retrocedió institucionalmente al eliminarse el Senado, y con ello, el principio de igualdad institucional de los Estados, estableciéndose por primera vez en la historia constitucional de Venezuela una Asamblea Nacional unicameral (art. 186). Además se permitió la posibilidad de establecer limitaciones a la autonomía de los Estados (art. 162) y de los Municipios (art. 168) mediante ley nacional, lo que se configura como una negación de principio, de la idea misma de descentralización política, la cual al contrario tiene que estar basada en el concepto de autonomía territorial.

En consecuencia, la denominación de “Estado Federal Descentralizado” que se incorporó en la Constitución de 1999 para identificar la forma del Estado, viene a

529. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la forma federal del Estado en la nueva Constitución: Nuevo Federalismo y Nuevo Municipalismo” en *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 155 a 170; Allan R. Brewer-Carías “El reforzamiento de la forma federal del Estado Venezolano en la Nueva Constitución: Nuevo Federalismo y Nuevo Municipalismo”, Ponencia presentada en *The International Conference on Federalism in an Era of Globalization*, Québec, Canadá octubre 1999 (mimeo), 13 pp.

530 G.O. N° 4153 Extraordinario de 28-12-98.

ser sólo un avance nominal pero en los términos establecidos en la Constitución, lo que no significó realmente avance alguno, más bien retroceso centralizador, a pesar de que se mantuvieron parcialmente algunas reformas que se realizaron en 1989⁵³¹.

Esta contradicción que existe entre la fórmula nominal del “Estado federal descentralizado” y la centralización de la Federación que se ha consagrado en el propio texto constitucional de 1999⁵³², deriva, en *primer lugar*, del precario ámbito de las competencias estatales cuyo ejercicio, además, se sujeta a lo regulado en la legislación nacional; en *segundo lugar*, de la limitada y limitable autonomía que se consagra para los Estados; en *tercer lugar*, de la ausencia de igualdad institucional de los Estados por la eliminación del Senado; en *cuarto lugar*, de la centralización tributaria y la dependencia financiera de los estados; y en *quinto lugar*, de la regulación de las relaciones intergubernamentales como sujeción institucional al poder central⁵³³.

B. *El precario ámbito de las competencias estatales cuyo ejercicio se sujeta a lo que desponga la legislación nacional*

Conforme a la tradición constitucional venezolana, como se ha dicho, la Constitución de 1999 conservó nominalmente la organización del Estado con forma federal, mediante un sistema de distribución del Poder Público en tres niveles: Nacional, Estatal y Municipal, atribuyendo su ejercicio a diversos órganos, y asignando como se ha descrito anteriormente, competencias *exclusivas* en los tres niveles, además de las competencias *concurrentes* entre ellos, y algunas competencias *residuales* y otras *implícitas*.

La reforma constitucional de 1999, cuyo objetivo final debió haber sido perfeccionar la democracia mediante el reforzamiento de la descentralización de la Federación, debió haber revertido la tendencia histórica de los últimos 150 años de reducción y vaciamiento de las competencias de los Estados y, por tanto, asignar más competencias exclusivas a los Estados acordes con las realidades contemporáneas. Una de las formas de fortalecer al Poder Nacional sin duda, era deslastrar a la República de competencias que bien y más eficientemente se pueden cumplir a nivel estatal, al cual también debían ir competencias que históricamente se habían atribuido a los Municipios, las cuales, como estos debían haberse multiplicado con regímenes diferenciados más cerca del ciudadano y de las comunidades, debían ubicarse en el nivel intermedio (estadal) de la descentralización del poder. Sin embargo,

531 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Caracas, 2001.

532 Véase en general, Rafael J. Chavero Gazdik, “La forma de Estado prevista en la Constitución de 1999 (¿Un canto de sirenas?)”, en *Revista de Derecho Público*, N° 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 29-39; José Peña Solís, “Aproximación al proceso de descentralización delineado en la Constitución de 1999” en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 217-282; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 121 y ss.

533 En general, sobre el federalismo en América Latina, véase Francisco Fernández Segado, “Reflexiones críticas en torno al Federalismo en América Latina”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones. Madrid, 2003, pp. 585-617.

en esta materia muy poco se varió del régimen constitucional de 1961, salvo para centralizar más competencias a nivel nacional. En cuanto a las competencias exclusivas de los Estados, como se ha visto, éstas son precarias y su ejercicio está sometido a lo dispuesto en leyes nacionales; en cuanto a las competencias concurrentes, su ejercicio por los Estados sólo podría realizarse si se dictan leyes nacionales; y en cuanto a las competencias residuales, las mismas no sólo se establecieron a favor de los Estados sino también a favor del Poder Nacional, y las de los Estados podrían ser reducidas mediante su asunción por los órganos nacionales en virtud de la interpretación de la cláusula de las competencias implícitas.

a. *Las precarias competencias exclusivas de los Estados y su ejercicio conforme a la ley nacional*

De acuerdo con la enumeración que hemos hecho precedentemente, si se analiza detenidamente el artículo 164 de la Constitución, en contraste con el contenido de los artículos 156 (materias de la competencia del Poder Nacional) y 178 (materias de la competencia municipal), se puede constatar una precaria indicación de competencias que serían exclusivas de los Estados⁵³⁴, las cuales en general son sólo en forma parcial, pues su ejercicio debe realizarse con alguna sujeción a las regulaciones que dicten los órganos del Poder Nacional.

a'. *Las competencias de orden institucional*

Desde el punto de vista institucional, se pueden identificar dos competencias exclusivas de los Estados en cuanto a la organización de sus propios poderes públicos estatales y en cuanto a la organización de sus Municipios.

a''. *La supuesta competencia para la organización de los poderes públicos estatales*

Conforme a la Constitución, los Estados tienen competencia "exclusiva" para organizar sus propios poderes públicos; competencia que sin embargo no es plena, pues ha sido vaciada de contenido por estar sujeta en una u otra forma a la legislación nacional.

En efecto el ordinal 1 del artículo 164 atribuye a los Estado, a través de sus Consejos Legislativos, la potestad de dictar la Constitución del Estado para organizar los poderes públicos. Este sería uno de los signos fundamentales de la autonomía de los Estados, lo que debería implicar la potestad de regular la organización y funcionamiento de los órganos de los Poderes Legislativo (Consejos Legislativos) y Ejecutivo (Gobernación y Administración Pública estatal) de cada Estado, así como de los otros órganos del Poder Público estatal como las Contralorías de los Estados. En cuanto al Poder Judicial, su organización y funcionamiento en Venezuela es de exclusiva competencia nacional.

Sin embargo, como se verá, la realidad constitucional es que las Constituciones de los Estados materialmente dejaron de tener contenido propio, pues su parte or-

534 Véase en general, Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 331 y ss.

gánica, que es la única que en sentido estricto deberían tener (la parte dogmática de la Constitución sobre los derechos y garantías constitucionales es una competencia nacional), destinada a regular la organización y funcionamiento de los órganos estatales, en definitiva ha sido regulada por leyes nacionales, cuyo contenido es el que en una forma u otra se repite en los textos constitucionales estatales. Entonces, en cuanto a lo que en esta materia institucional sería de la competencia “exclusiva” de los Estados, como se analizará más adelante al comentar la autonomía limitada de los mismos, la Constitución sujeta su ejercicio a la legislación nacional o directamente atribuye al Poder Nacional su regulación, como ocurre respecto de la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos estatales, respecto de la Administración Pública y de la función pública estatal y respecto de la designación de los Contralores de los Estados.

b’’. *La organización de los Municipios sujeta a la ley nacional*

El artículo 162 de la Constitución también atribuye a los Estados, competencia “exclusiva” para organizar los Municipios y demás entidades locales que se establezcan en el territorio de cada Estado así como su división política territorial, pero ello conforme a la Constitución y a la ley; y es el artículo 169 de la Constitución, el que dispone que la organización de los Municipios y demás entidades locales se debe regir por la Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las *leyes orgánicas nacionales* y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los Estados.

Se establece, así, un orden jerárquico de las fuentes legales que rigen respecto de la organización de los Municipios conforme a lo cual las leyes estatales que se dicten en esta materia están sujetas a lo que establezca una ley orgánica nacional; e incluso, como antes se ha dicho, según el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sólo después que se dicte la ley nacional es que los Estados podrían ejercer su competencia en relación con la organización de sus Municipios.

b’. *Las materias de la competencia exclusiva de los Estados*

La Constitución establece una larga enumeración de materias de la competencia exclusiva de los órganos del Poder Nacional (art. 156) y de los órganos del Poder Municipal (art. 178); en contraste con una exigua enumeración de materias que serían de la competencia exclusiva de los Estados, enumeradas en el artículo 164 de la Constitución, y relativas a los servicios públicos estatales, la policía estatal y la fijación del ámbito de la policía municipal; la explotación de algunos bienes y recursos; y la materia de infraestructura, básicamente vial y de transporte.

Estas, en realidad, pueden considerarse materias de la competencia exclusiva parcial, pues en muchos aspectos de las mismas materias, se asignan competencias a otros órganos del Poder Público.

a’’. *Las competencias en materia de servicios públicos*

El artículo 164,8 de la Constitución atribuye a los Estados competencia “exclusiva” en materia de “creación, régimen y organización de los servicios públicos estatales”. Sin embargo, ninguna norma constitucional atribuye a los Estados servi-

cio público específico alguna, por lo que esta materia, en realidad se está en presencia de una materia de la competencia concurrente con otros niveles del Poder Público, como las referidas a los servicios de salud, educativos o de deportes por ejemplo, cuyo ejercicio, en todo caso, requeriría la sanción previa de leyes de bases por el Poder Nacional.

b''). *La competencia en materia de policía estatal y de fijación del ámbito de la policía municipal.*

Los Estados tienen como materia de la competencia exclusiva “La organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable” (art. 164,6).

Esta competencia exclusiva, sin embargo, como lo dispone la norma, debe ejercerse por los Estados “conforme a la legislación nacional aplicable”, lo que implica una sujeción al régimen general de la policía que establezca el Poder Nacional.

La policía, en efecto, es una materia que la Constitución distribuye como competencia en los tres niveles de gobierno: El Poder Nacional tiene competencia exclusiva en materia de “policía nacional” (art. 156,6), correspondiendo al Ejecutivo Nacional organizar, de conformidad con la ley, un cuerpo uniformado de policía nacional (art. 332); y el Poder Municipal tiene competencia exclusiva, “en cuanto concierne a la vida local”, en materia de “prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable” (art. 178,7).

c''). *Las competencias en materia de explotación de bienes y recursos*

La Constitución atribuye a los Estados competencia exclusiva en materia de explotación de minerales no metálicos, salinas y ostrales, y de la administración de las tierras baldías.

En cuanto al régimen y aprovechamiento de los minerales no metálicos y las salinas, el artículo 164,5 de la Constitución asigna competencia a los Estados en cuanto al “régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, no reservados al Poder Nacional, las salinas, ostrales ..., de conformidad con la ley”. Esta materia de la competencia exclusiva se había transferido a los Estados por el art. 11,2 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989⁵³⁵.

Ahora bien, en cuanto a su ejercicio, este debe realizarse “de conformidad con la ley”, es decir, sujeto al régimen general que la Asamblea Nacional establezca en relación con “las minas e hidrocarburos... y otras riquezas naturales del país” (art. 156,16); particularmente, conforme a la competencia general del Poder Nacional respecto de “la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país” (art. 156,16).

En cuanto a la administración de las tierras baldías que son las que al no tener dueño conforme al Código Civil, son de la titularidad de los Estados, el artículo

535 Véase en G.O. N° 4.153 Extraordinaria de 28-12-98.

164,5 de la Constitución la asigna a estos como competencia “exclusiva”. Esta competencia, sin embargo, debe ejercerse conforme al régimen de las tierras baldías que establezca el Poder Nacional (art. 156,16). Además, conforme a la Disposición Transitoria Décimo Primera de la Constitución, “hasta tanto se dicte la legislación nacional relativa al régimen de las tierras baldías, la administración de las mismas continuará siendo ejercida por el Poder Nacional, conforme a la legislación vigente”.

d’’. Las competencias en materia de infraestructura

La Constitución asigna a los Estados competencia exclusiva en una serie de materias vinculadas a la infraestructura, particularmente en materia de obras públicas, vialidad y transporte acuático y aéreo.

En efecto, en materia de obras públicas estatales puede decirse que al atribuirse al Poder Nacional competencia exclusiva en materia de obras públicas nacionales (art. 156,20), corresponde entonces a los Estados la competencia exclusiva en materia de obras públicas estatales.

En materia de vialidad estatal, la Constitución atribuye a los Estados competencia exclusiva en materia de “ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales” (art. 164,9). Estas serían “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 terrestre de 1993⁵³⁶; 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 esencial, 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”.

Además, los Estados tienen competencia en cuanto a la administración de la vialidad nacional siguiendo la decisión descentralizadora adoptada por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989 (art. 11,3). En efecto, el artículo 164,10 de la Constitución asigna competencia exclusiva a los Estados en materia de “conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales... en coordinación con el Poder Nacional”.

Esta competencia no sólo está sujeta al ejercicio de la competencia nacional en materia de “sistema de vialidad y ferrocarriles nacionales” (art. 156,27) sino a “la coordinación con el Poder Nacional” que éste debe regular.

En cuanto a la administración de puertos y aeropuertos comerciales, la Constitución, siguiendo también la 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, asigna competencia exclusiva a los Estados en materia de “conservación, administración y aprovechamiento

536 Véase en G.O. N° 35.327 de 28-10-93.

de... puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional” (art. 164,10). En esta materia, sin embargo, la competencia estatal también 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 estatal debe ejercerse “en coordinación con el Poder Nacional” conforme al régimen establecido en la legislación nacional.

c. *Las competencias concurrentes y su ejercicio con sujeción a la ley nacional*

Además de las competencias exclusivas de cada nivel territorial, debe señalarse que la gran mayoría de las materias referidas a las competencias “exclusivas” que en los artículos 156, 164 y 178 se distribuyen entre los tres niveles territoriales del Poder Público, resultan ser en realidad 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.

Entre estas materias que por ser de competencia concurrente corresponden también a los Estados, se pueden identificar en la Constitución algunas relativas a la protección ciudadana, es decir, policía y administración de riesgos (art. 55); al desarrollo económico, como las relativas a la ordenación y promoción del desarrollo económico y social (arts. 112, 299, 308, 309 y 310), a la promoción del desarrollo rural y seguridad alimentaria (art. 305, 306 y 307), y a la ciencia y tecnología (art. 110); al desarrollo social, como la asistencia y protección social (arts. 75 a 81), la salud (arts. 83, 84 y 85), la vivienda (art. 82), la educación (art. 102 a 109), la cultura y el patrimonio histórico (art. 98 a 191), el deporte (art. 111), la protección y atención a los pueblos; y la protección del trabajo (arts. 87 y ss.); y a la infraestructura y desarrollo físico, como la ordenación del territorio (art. 128), y el ambiente (arts. 127 a 129).

Sin embargo, aparte de que en la mayoría de estas materias se atribuye expresamente al Poder Nacional la competencia para dictar la legislación correspondiente, las mismas no pueden ejercerse por los Estados sino siempre con sujeción a lo que disponga la ley nacional que se dicte. En efecto, conforme al artículo 165 de la Constitución, todas estas materias deben ser reguladas mediante *leyes de bases* dictadas por el Poder Nacional, lo que conduce a un condicionamiento excesivo por parte de los órganos nacionales respecto de los otros niveles territoriales; y además, por leyes de desarrollo sancionadas por los Consejos Legislativos de los Estados.

Sobre esas “leyes de bases”, las cuales constituyen una novedad en el constitucionalismo venezolano, la Exposición de Motivos de la Constitución que se elaboró *ex post facto*, ha indicado lo siguiente:

En cuanto a las competencias concurrentes se adopta la experiencia de derecho comparado en materia de descentralización y se asume que las leyes nacionales tienen la naturaleza de leyes bases, en las que se establecen conceptos generales, básicos y orientadores; y las leyes estatales son leyes de desarrollo de esos principios básicos, lo que permitirá mejores condiciones para la delimitación de competencias⁵³⁷.

Esta “explicación” en realidad, lo que pone de manifiesto es la inadecuada traslación de una figura desarrollada en la experiencia de Estados unitarios descentralizados, como España con sus Comunidades Autónomas, totalmente extrañas a lo que debería ser una Federación. En todo caso, cuando se dicten leyes de bases por el Poder Nacional, la Asamblea Nacional obligatoriamente debe someterlas a consulta de los Estados, a través de los Consejos Legislativos (art. 206). Los Consejos Legislativos de los Estados también pueden tener la iniciativa legislativa, ante la Asamblea Nacional, respecto de las leyes relativas a los Estados (art. 204,8).

d. *Las competencias residuales no sólo estatales sino nacionales y la amplitud desmesurada de la cláusula de competencias implícitas*

Conforme a la tradición de los sistemas federales, los Estados tienen competencia en todo lo que no corresponda de conformidad con la Constitución a la competencia nacional o municipal (art. 164,11). Es lo que se denomina la competencia residual de los Estados.

Sin embargo, en virtud de la competencia implícita establecida a favor del Poder Nacional en el artículo 156,33 de la Constitución, el residuo a favor de los Estados puede resultar aún más exiguo y dependiente del Poder Nacional. Dicha norma, en efecto, atribuye al Poder Nacional competencia en toda otra materia que la Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que “le corresponda por su índole o naturaleza”. Con ello, cualquiera de las materias de la competencia residual de los Estados podría ser centralizada sin límite alguno.

Además, como excepcionalmente ocurrió en la Constitución centralista y autoritaria de 1953, la Constitución de 1999 también estableció una competencia residual a favor del Poder Nacional, aun cuando reducida a la materia tributaria, al asignarle competencia en materia de impuestos, tasas y rentas “no atribuidos a los Estados y Municipios” por la Constitución y la ley (art. 156,12).

En consecuencia, en la Constitución de 1999 se estableció una doble competencia residual: a favor del Poder Nacional en materia tributaria; y el resto, a favor de los Estados.

C. *La limitada y limitable autonomía de los Estados*

En un Estado federal o en todo sistema de distribución política territorial del Poder Público, la Constitución es la que establece la garantía de la autonomía de los Estados miembros y, por tanto, sus límites. Esta autonomía político territorial, implica no sólo autonomía política (elección democrática de sus autoridades), sino además, autonomía organizativa (organización de sus Poderes Públicos al dictar su Constitución), autonomía administrativa (inversión de sus ingresos), autonomía jurídica (no-revisión de sus actos sino por los tribunales), autonomía normativa (regulación legislativa de las materias de la competencia de la entidad) y autonomía tributaria (creación, administración y control de sus tributos); y, en todo caso, que sus límites sólo deberían ser los establecidos en la propia Constitución como garantía de dicha autonomía, razón por la cual la ley nacional, en principio, no debería regular las materias de la competencia exclusiva de los Estados. La Constitución de 1999, sin embargo, en esta materia sólo dispone que los Estados son “entidades políticas autónomas en lo político”(art. 159).

En todo caso, esta autonomía territorial implica, además, que en el ejercicio de sus respectivas competencias las entidades político territoriales no deberían estar sujetas a relación jerárquica ni a sujeción alguna entre ellas, ni de orden legislativa ni ejecutiva, conforme a lo que garantice la Constitución, salvo las excepciones que expresamente se establezcan en el texto fundamental.

Conforme a la orientación que tenía el texto constitucional de 1961, la Constitución de 1999 establece los principios generales de la organización del Poder Público Estatal, conforme al principio de separación orgánica en dos Poderes: el Poder Legislativo, a cargo de los Consejos Legislativos Estadales cuyos miembros son electos por votación popular directa y secreta; y el Poder Ejecutivo, a cargo de los Gobernadores, cuya elección se estableció a partir de 1989. Además en la Constitución se prevé un órgano del Poder Público estatal con autonomía funcional, que es la Contraloría del Estado, la cual puede ser configurada como Poder Contralor.

a. *Las limitaciones a la autonomía organizativa respecto de la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos*

En cuanto al Poder Legislativo estatal, este se ejerce en cada Estado por un Consejo Legislativo conformado por un número no mayor de 15 ni menor de 7 integrantes, quienes proporcionalmente deben representar a la población del Estado y a los Municipios (art. 162).

El régimen de la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos, por supuesto, debería ser objeto de regulación en las Constituciones que los Estados pueden dictar conforme lo indica la Constitución Nacional como parte de la organización de sus poderes públicos (art. 164,1), y como consecuencia de la autonomía organizativa de los estados. A pesar de ello, sin embargo, ha sido la propia Constitución de 1999 la que ha limitado esta autonomía al establecer que una *ley nacional* puede regular “la organización y funcionamiento” de uno de los poderes públicos estadales, como son los Consejos Legislativos Estadales (art. 162).

Se trata, sin duda, de una limitación desusada y absolutamente inconveniente, ya que esa materia a la vez se declara como de la competencia exclusiva de los Estados a ser regulada en sus respectivas Constituciones (art. 164, Ord. 1).

En ejecución de la norma constitucional, sin embargo, la Asamblea Nacional dictó en 2001 la *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados*⁵³⁸ contentiva de 50 artículos en los cuales se han regulado, en detalle, no sólo las bases y principios del régimen de organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos de los Estados, sino las regulaciones referidas a los Legisladores; y más aún, las atribuciones de los Consejos Legislativos y los principios generales para el ejercicio de la función legislativa (art. 1), con lo cual la Asamblea Nacional se excedió incluso respecto de lo autorizado excepcionalmente en la Constitución.

En cuanto a los miembros de los Consejos, la Ley Organiza detalla su denominación como legisladores (art. 3); sus condiciones de elegibilidad igual que para los diputados nacionales (art. 4); sus deberes (art. 5); las incompatibilidades de los mismos, similares a las previstas en la Constitución para los diputados nacionales (art. 6); su dedicación exclusiva definida como el deber que tiene el legislador de

estar en todo momento a disposición de la institución parlamentaria estatal sin poder excusar el cumplimiento de sus deberes por el ejercicio de actividades públicas o privadas (art. 7); los derechos de los Legisladores (art. 8); su inmunidad en el ejercicio de sus funciones, correspondiendo al Tribunal Supremo de Justicia autorizar su enjuiciamiento (art. 9, 10); el carácter de la representación de los Legisladores (art. 11); su remuneración (art. 122) y el régimen de su jubilación (art. 14).

En cuanto a las atribuciones de los Consejos, la Ley Orgánica las regula en materia de sanción de la Constitución y leyes estatales; participación en la designación, juramentación y destitución del Contralor del Estado; ejercicio de control parlamentario de la Administración Pública Estatal, evaluación de la gestión del Gobernador; autorización de créditos adicionales a los presupuestos estatales; aprobación de las líneas generales del plan de desarrollo del Estado; solicitud de remoción, destitución o retiro del Secretario General de Gobierno, y de los directores generales sectoriales que en el ejercicio de sus funciones violen o menoscaben los derechos constitucionales o causen perjuicio patrimonial a la administración o a los particulares; autorización al Gobernador del Estado el nombramiento del Procurador General del Estado; autorización de la salida del Gobernador del Estado del espacio geográfico venezolano cuando su ausencia se prolongue por un lapso superior a cinco días consecutivos; sanción de su Reglamento interno de organización; aprobación de su presupuesto de gastos; autorización al Ejecutivo Estatal para enajenar bienes muebles e inmuebles; designación de su representante ante el Consejo de Planificación de Políticas Públicas (art. 15); y sanción de su Reglamento Interior y de Debates, con indicación precisa de su contenido para tratar “en lo posible de fijar su organización bajo parámetros de homogeneidad con los Consejos Legislativos de los demás Estados” (art. 19).

En cuanto a la organización de los Consejos Legislativos, La ley Orgánica nacional regula la sede en la cual deben realizarse las sesiones (Capital del Estado) (art. 2); el presupuesto anual de los Consejos (art. 13); su instalación (art. 17); los períodos de sesiones (art. 18); las sesiones extraordinarias (art. 19); la Junta Directiva y su integración (art. 20), sus atribuciones (art. 21); las del Presidente (art. 22), del Vicepresidente (art. 23); y la Secretaría (arts. 23, 24, 25)

En cuanto al funcionamiento de los Consejos Legislativos de los Estados, la Ley Orgánica regula en detalle las comisiones y sus formas de funcionamiento (art. 27); las comisiones permanentes (art. 28), su número no mayor de siete (art. 29), su creación y supresión (art. 30); las comisiones especiales (art. 31); los grupos parlamentarios de opinión (art. 32); la Comisión Delegada (art. 33), y sus atribuciones (art. 34).

Como puede apreciarse, en la Ley nacional no sólo se reguló con todo detalle relativo a la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos, sino el régimen de sus miembros y sus atribuciones, lo cual no está autorizado en la Constitución. Además, también se regula sin autorización constitucional alguna el procedimiento de formación de las leyes estatales. Con una regulación tan completa nada tiene que agregar las Constituciones de los Estados, las cuales en esta materia carecerían de objeto.

b. *Las limitaciones al ejercicio de las funciones legislativas y de control por parte de los Consejos Legislativos*

La Constitución asigna a los Consejos Legislativos de los Estados competencia exclusiva para legislar sobre las materias de la competencia estatal (art. 162, 1), sin embargo, ello está limitado en el propio texto constitucional.

Por ejemplo, en materia de tributos, como se verá, en la Constitución no sólo se ha dejado la materia a una legislación nacional futura, (art. 167, 5), sino que en definitiva el Poder Nacional es el llamado a regular el ejercicio de la potestad tributaria estatal (art. 156, 13).

En cuanto a las competencias, las que son de carácter concurrente, como se ha dicho, sólo pueden ejercerse por los Estados conforme a las “leyes de base” que dicte el Poder Nacional (art. 165); y en los otros casos de competencias exclusivas también están sujetos a lo establecido en la ley nacional, como sucede en materia de policía estatal que sólo puede ejercer conforme a la legislación *nacional* aplicable (art. 164, ord. 6).

Pero además, como se indicó, la Asamblea Nacional, sin tener autorización constitucional alguna para regular el ejercicio de la función legislativa por parte de los Consejos Legislativos de los Estados, en la *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados* de 2001, estableció con todo detalle todo el procedimiento para la formación de las leyes estatales, lo que debía ser regulado en las Constituciones de los Estados.

En dicha regulación sobre la función legislativa se especificó las clases de leyes que pueden dictar los Consejos Legislativos (art. 35); el proceso de su formación y las discusiones requeridas (art. 37); la iniciativa legislativa (art. 38); los mecanismos de consulta a los Municipios y la sociedad civil (art. 39); y los Acuerdos (art. 40). Todas estas normas debían haberse regulado en las Constituciones estatales, constituyendo una usurpación la regulación que ha hecho la Asamblea Nacional.

Lo mismo puede decirse respecto de las funciones de control que constitucionalmente se atribuyen a los Consejos Legislativos y cuyo ejercicio ha sido también regulado por la *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos* de 2001, lo que constituye otra limitación no autorizada constitucionalmente a la autonomía de los Estados. En efecto, en dicha Ley se han regulado los mecanismos de control: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias y la declaración de la responsabilidad política de los funcionarios (art. 41); la obligación de comparecencia de los funcionarios públicos estatales (art. 42); y las invitaciones a funcionarios públicos nacionales (art. 43).

La limitación efectuada por el Poder Nacional a los poderes estatales mediante la referida Ley Orgánica, llegó al extremo de la intervención contenida en el artículo 48 de la misma, en el cual se obliga a los Consejos Legislativos de los Estados en un breve término a “ajustar” sus Constituciones a los términos establecidos en la Ley. La verdad es que con las regulaciones de dicha Ley Orgánica muy poco o nada quedaría por regular en las Constituciones de los Estados, salvo repeticiones normativas. En todo caso, todo lo anterior lo que hace es configurar una autonomía limitada del Poder Legislativo estatal, lo que es lo mismo que una descentralización más nominal que real.

- c. *La limitación a la autonomía organizativa en cuanto al régimen de la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo estatal y de la Administración Pública de los Estados.*

El régimen general de organización y funcionamiento de las Gobernaciones de Estado, está establecido en los artículos constitucionales 161 y 162, y su contenido debía haber sido objeto de desarrollo legislativo en las Constituciones de los Estados y en las leyes de la Administración Estatal. Sin embargo, la Constitución de 1999, en lo que se puede considerar como una innovación respecto de la tradición constitucional precedente, establece directamente un conjunto de regulaciones relativas a la Administración Pública, que se aplican por igual a los tres niveles territoriales de gobierno (arts. 141 y ss.), las cuales, por tanto, escapan de la posibilidad de regulación por los Consejos Legislativos estatales en las Constituciones estatales.

Aparte de algunos principios generales sobre principios de la actividad administrativa (art. 141), creación de institutos autónomos, control del Estado sobre las entidades públicas (art. 142), y derecho ciudadano a la información administrativa (art. 243 y 156,32) que rigen por igual respecto de los entes nacionales, estatales y municipales; la Constitución regula directamente en sus artículos 144 a 148 el régimen de la función pública, el cual se aplica tanto a la Administración Pública Nacional como a las Administraciones Públicas Estatal y a Municipal.

En ejecución de esta norma constitucional la Asamblea nacional sancionó la *Ley del Estatuto de la Función Pública*⁵³⁹ con el objeto de regir las relaciones de empleo público entre los funcionarios públicos y “las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales”, lo que comprende tanto el sistema de dirección y de gestión de la función pública y la articulación de las carreras públicas, como el sistema de administración de personal (art. 1); indicando expresamente que “las normas que se refieren en general a la Administración Pública, o expresamente a los Estados y Municipios, serán de obligatorio cumplimiento por éstos” (art. 2). La regulación del régimen de los funcionarios públicos estatales, por tanto, dejó de ser competencia de los Estados y fue centralizada en el ámbito nacional.

La Ley nacional, por tanto, es la que establece la competencia de los Gobernadores para ejercer la dirección y gestión de la función pública en los Estados (arts. 4 y 5, 3); la competencia de las oficinas de planificación de los Estados en materia de planes de personal (art. 14, único) y de registro de funcionarios públicos estatales (art. 9, único), y la competencia de las oficinas de recursos humanos de los Estados (art. 10, único). Se reguló también nacionalmente el régimen del sistema de administración de personal que abarca la selección, el ascenso, la clasificación de cargos, las remuneraciones, la evaluación, la capacitación, la jornada de servicio, las situaciones administrativas, el retiro y el reingreso (arts. 40 a 78).

En la Ley nacional, por otra parte, se regulan las condiciones generales para ejercer cargos en la Administración estatal (art. 17); los funcionarios de carrera (art. 19) y de libre nombramiento y remoción (art. 20) de los Estados; los derechos (arts. 22 a 32) y los deberes de los funcionarios públicos estatales (arts. 33 y 34); las incompatibilidades (arts. 35 y 36); el régimen del personal contratado (art. 37), y las responsabilidades y el régimen disciplinario (arts. 79 a 89).

Además, en esta materia relativa al régimen del personal de los Estados, se reserva al Poder Nacional la potestad, mediante “ley orgánica”, para fijar los límites a los emolumentos de los funcionarios públicos estatales (art. 147); y para mediante “ley nacional” establecer el régimen de jubilaciones y pensiones para los funcionarios públicos estatales.

En cuanto a los emolumentos de los funcionarios estatales, la Asamblea Nacional sancionó la *Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios* de 2002⁵⁴⁰ en la cual se fijaron los límites máximos y mínimos de los emolumentos que devenguen los Gobernadores, los Legisladores de los Consejos Legislativos y demás altos funcionarios de la administración pública estatal, considerando como nulas y sujetas a repetición las remuneraciones percibidas fuera de los límites establecidos directamente en la Ley (arts. 4 a 10). La Ley nacional, además estableció la obligación de las administraciones públicas estatales de ajustar sus presupuestos a lo establecido en la Ley (art. 12).

En esta forma, el poder legislativo estatal ha sido vaciado por la Constitución y la ley nacional.

d. *Las limitaciones a la potestad organizativa del Poder Ciudadano estatal (Contralorías de los Estados)*

De acuerdo con la Constitución, en el nivel nacional del Estado Federal, es decir, el Poder Nacional, se divide en cinco ramas: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral (art. 136). En esta forma, la Constitución de 1999 les asignó el carácter de ramas del Poder Público Nacional, como Poder Ciudadano y Poder Electoral, a los órganos estatales que conforme a la Constitución de 1961 eran *órganos con autonomía funcional*, que ejercían el Poder Nacional, pero que no estaban integrados en los órganos del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.

En el nivel estatal, la situación de los órganos de control del Poder Público estatal ha sido similar a la indicada anteriormente. En efecto, las Contralorías estatales siempre han existido como órganos que han ejercido el Poder Estatal pero con autonomía funcional, en el sentido de que han sido órganos que no dependían ni de las Asambleas Legislativas o Concejos Municipales ni de los Gobernadores o Alcaldes, respectivamente.

La Constitución de 1999 puede decirse que siguió con esta tradición, aún cuando en el nivel estatal no dividió el Poder Público en cinco. En los Estados, en particular, se continuó con una organización bipartita del Poder Estatal: el Poder Legislativo (art. 162) que se ejerce por los Consejos Legislativos Estadales y el Poder Ejecutivo (art. 160) que se ejerce por los Gobernadores de Estado. Pero la división bipartita del Poder Estatal no excluye que deba haber órganos del Poder Estatal, que no ejercen ni el Poder *Ejecutivo* Estatal ni el Poder *Legislativo* Estatal, y que gozan de autonomía, como son precisamente las Contralorías Estadales reguladas expresamente en la Constitución (art. 163). En las Constituciones estatales, además, podrían crearse otros órganos con autonomía funcional que ejercen el

540 G.O. N° 37.412 del 26 de marzo de 2002.

Poder Público Estatal, como en algunos Estados existen, por ejemplo, el Defensor del Pueblo, particularmente frente al gobierno y administración pública estatales.

Ahora bien, como se ha dicho, los Estados tienen constitucionalmente competencia para “dictar su Constitución para organizar los poderes públicos, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución” (art. 164,1). Por tanto, es competencia *exclusiva* de los Estados, a través de sus Consejos Legislativos mediante la sanción de la Constitución estatal, no sólo organizar los respectivos Consejos Legislativos y la Gobernación de los Estados, lo que como se ha visto ha sido limitado por la propia Constitución y por Leyes nacionales; sino también a las Contralorías Estadales y a los demás órganos de los poderes públicos estatales, con la única limitación de que ello deben hacerlo “de conformidad con lo dispuesto en la Constitución”. Conforme al artículo 163 del Texto Fundamental la Constitución de cada Estado y la legislación estatal complementaria son las que deberían regular a las Contralorías estatales conforme a los principios que establece la Constitución.

En cuanto a los Contralores de los Estado, la Constitución sólo dispone que las condiciones para el ejercicio de sus cargos son las determinadas por la ley; la cual sólo debía ser la ley del Estado, es decir, la que se dicte por el Consejo Legislativo, en la cual es que debería garantizarse la idoneidad e independencia del Contralor estatal, así como la neutralidad en su designación, la cual, en todo caso, debe realizarse mediante concurso público (art. 163).

Sin embargo, aquí también se ha producido una intolerable y no autorizada limitación a la autonomía organizativa de los Estados, al dictarse por la Asamblea Nacional la *Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado* de 2001⁵⁴¹, con el objeto de establecer los conceptos y procedimientos generales, básicos y orientadores que regulan el proceso de designación y destitución del Contralor (art. 1).

La Ley, en definitiva, ha tenido por objeto limitar la autonomía de los Consejos Legislativos al atribuirse a un Jurado Calificador la competencia para seleccionar al Contralor, el cual una vez seleccionado debe ser designado por el Consejo. A tal efecto, la Ley precisa que la designación corresponde al Consejo Legislativo estatal mediante concurso público (art. 2), el cual debe garantizar la imparcialidad, publicidad y participación de la ciudadanía en el proceso mediante la conformación y juramentación del Jurado Calificador, el cual debe actuar ad honorem (art. 3).

A tal efecto, en la Ley se regula con todo detalle al Jurado Calificador, sus miembros (art. 6), su composición con la previsión de un representante del Grupo Parlamentario Estatal ante la Asamblea Nacional (art. 7), sus funciones (art. 4) y atribuciones (art. 16); las condiciones para la realización del concurso público (art. 5); su organización y funcionamiento (art. 9); su designación (art. 10), su instalación (art. 11); su sede (art. 14); el quórum y de la toma de decisiones (art. 15).

La Ley nacional regula además con precisión, el procedimiento para la selección del candidato para el cargo de Contralor del Estado al establecer los requisitos para el cargo (art. 17); la forma de la convocatoria (art. 18); y los requisitos para las postulaciones (art. 21). La Ley atribuye además al Contralor General de la República, competencia para establecer el baremo que debe regir el concurso (art. 20); regulando los criterios de evaluación y puntuación (art. 23); la preclasificación

541 G.O. N° 37.303 del 15 de octubre de 2001.

mediante la elaboración de una lista máxima de los diez que reúnan la mayor puntuación (art. 24); y la entrevista (art. 26). El Jurado Calificador debe oficiar al Consejo Legislativo Estatal, el nombre y apellido del concursante seleccionado para la designación como Contralor del Estado (art. 27), para su designación por el mismo (art. 28).

En cuanto a la destitución de Contralor del Estado, la Ley también regula las causales (art. 30), y atribuye a la Contraloría General de la República a solicitud del Consejo Legislativo Estatal, la competencia para proceder a la instrucción del expediente respectivo, el cual una vez instruido se debe remitir al Consejo Legislativo estatal para su consideración (art. 29), pudiendo destituir al Contralor con el voto de las dos terceras partes de sus miembros (art. 31), en cuyo caso se debe proceder a convocar un nuevo concurso (art. 32).

Dicha Ley, como se señaló constituye una abierta violación nacional a la autonomía de los Estados, los cuales tienen competencia constitucional a través del órgano legislativo (Consejo Legislativo Estatal), para dictar sus propias Constituciones para organizar los poderes públicos estatales (incluida la Contraloría estatal) o para dictar la Ley de la Contraloría del Estado; y regular por tanto, tanto la organización y funcionamiento de la Contraloría Estatal como órgano con autonomía orgánica y funcional y la idoneidad e independencia del Contralor, como la forma de su designación mediante concurso público, que garantice la neutralidad de la designación. Conforme a la Constitución, ninguna "ley nacional" podía constitucionalmente dictarse en estas materias, lo cual ha sido ignorado por la Asamblea Nacional en su afán uniformista y centralista.

e. *La limitación a la potestad organizativa relativa a los Consejos de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas*

Como se dijo, en cada Estado, y conforme al artículo 166 de la Constitución que sigue la orientación de las reformas descentralizadoras, debe crearse un Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, presidido por el Gobernador e integrado por los Alcaldes, los directores estatales de los Ministerios y una representación de los Legisladores elegidos por el Estado a la Asamblea Nacional, del Consejo Legislativo, de los Concejales y de las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere.

Este Consejo debe funcionar y debe organizarse de acuerdo con lo que determine la ley, la cual también debía ser la que dictase cada Consejo Legislativo Estatal. No tiene fundamento constitucional alguno pretender que esa "ley" pudiera ser una ley nacional, lo cual sería contrario a la distribución vertical del Poder Público que regula el artículo 136 de la Constitución.

Sin embargo, en este caso la Asamblea Nacional también ha dictado al *Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas* de 2002⁵⁴² con el objeto de crear, organizar y establecer las competencias del Consejo Estatal de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas que debe funcionar en cada Estado, como órgano rector de la planificación de las políticas públicas, a los fines de promover el desarrollo armónico, equilibrado y sustentable (art. 1).

542 G.O. N° 37.509 del 20 de agosto de 2002.

La Ley reguló con todo detalle los principios (art. 2), los lineamientos (art. 3) y el marco de referencia (art. 4) que deben seguir los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas en el cumplimiento de sus funciones; además de la organización de los mismos, en cuanto a su sede (art. 5), composición (art. 6), instalación (art. 7), elección y mandato de los representantes (art. 8), competencias y funcionamiento (art. 9), quórum (art. 11), toma de decisiones (art. 12), sesiones (art. 13), apoyo institucional de la Gobernación (art. 15), cooperación con otros órganos de planificación (arts. 16 a 18), financiación y el control (arts. 19 y 20) y las sanciones (art. 21).

Como puede apreciarse, en esta materia, de nuevo, se produjo un vaciamiento no autorizado de las competencias legislativas de los Estados, lesionándose su autonomía.

D. *La ausencia de igualdad institucional de los Estados por la eliminación del Senado*

El establecimiento de la forma de Estado Federal con efectiva descentralización política, como sucede en todos los países desarrollados y descentralizados del mundo, exigía que se conservara la estructura del órgano legislativo nacional con dos Cámaras, una de las cuales (normalmente, el Senado) fuera el instrumento de participación política igualitaria de las entidades territoriales en la definición de las políticas nacionales. Con voto igual en una Cámara Federal es que podría hablarse de igualdad de los Estados (art. 159).

Por ello estimamos que resultaba necesario e indispensable, que en la Constitución de 1999 y como consecuencia de la reafirmación de la forma federal del Estado, se conservara el Senado y el bicameralismo, de manera que la forma de elección tanto de Diputados como de Senadores, reflejara la representación territorial necesaria. Sin embargo, en un contrasentido federal, en la Constitución de 1999 el Senado quedó eliminado, organizándose una Asamblea Nacional Unicameral.

En esta forma, el Capítulo I del Título V de la Constitución de 1999 puede decirse que cambió radicalmente la tradición bicameral que caracterizó a los órganos del Poder Legislativo Nacional desde 1811, y estableció una sola Cámara Legislativa lo cual, como se ha dicho, es contradictorio con la forma federal del Estado⁵⁴³.

En una Cámara Federal o Senado, en realidad, es que podría tender sentido la disposición del artículo 159 que declara a los Estados como entidades políticas *iguales*. Esa igualdad sólo puede ser garantizada en una Cámara Federal, donde haya igual representación de cada uno de los Estados, independientemente de su población, para participar igualitariamente en la definición de las políticas nacionales. Con la eliminación del Senado y el establecimiento de una Asamblea Nacional Unicameral, en esta forma, se establece una contradicción institucional entre el Federalismo y la centralización política.

543 Véase María M. Matheus Inciarte y María Elena Romero Ríos, "Estado Federal y unicameralidad en el nuevo orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela", en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 637-676.

3. *Las relaciones intergubernamentales como sujeción institucional*

A *Los principios de las relaciones intergubernamentales*

Toda Federación, sea Centralizada o Descentralizada, está montada sobre un principio de la distribución vertical del Poder Público que conforme al artículo 136 de la Constitución, es “entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional”. La coherencia y unicidad del Estado y su organización política exige que dicha distribución del Poder se rija, conforme lo indica el artículo 4 de la Constitución, “por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad”.

Es decir, la distribución territorial del Poder Público no puede, en forma ni caso alguno, atentar contra la integridad territorial de la República, cuyo territorio no puede ser afectado por el principio descentralizador, lo que impide cualquier intento separatista de parte de las entidades políticas que componen el Estado.

Por otra parte, la distribución del Poder Público entre la República, los Estados y los Municipios, exige la cooperación entre los diversos niveles territoriales para alcanzar en conjunto, los fines del Estado (art. 136); por ello, los principios de la concurrencia y corresponsabilidad de todos los entes públicos hacia los mismos fines superiores del Estado. Además está el principio de la solidaridad entre las entidades políticas, de manera que los deberes de algunas de ellas que no puedan ser cumplidos, no excluyen la asunción de los mismos por las otras entidades políticas.

Además de los anteriores principios, el artículo 165 de la Constitución, que se refiere a las competencias concurrentes entre los tres niveles territoriales del Poder Público (República, Estados y Municipios), exige que las mismas sean desarrolladas mediante leyes de bases dictadas por la Asamblea Nacional y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados, legislación que debe estar orientada por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

En cuanto al principio de interdependencia, este implica que los niveles territoriales, en el ejercicio de las competencias concurrentes, deben tener relaciones de dependencia, unos respecto de otros, en forma recíproca y mutua, para lo cual la coordinación de esfuerzos es fundamental. Esta coordinación debe realizarse, fundamentalmente por un órgano intergubernamental que es el Consejo Federal de Gobierno (art. 185).

Por último se destaca el principio de la subsidiariedad en la distribución de competencias. Si “el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional”, “colocados en este orden según su cercanía con el ciudadano, sujeto protagónico de este modelo de democracia participativa” según lo expresa la Exposición de Motivos de la Constitución; el principio de asignación de competencia debería estar en el primer nivel, el municipal, debiendo ser asumidas las mismas en niveles superiores, sólo en forma subsidiaria, cuando no puedan efectivamente desarrollarse en el ámbito local.

B *Los órganos para las nuevas relaciones intergubernamentales y la solución de conflictos entre los Poderes: el Consejo Federal de Gobierno*

Una efectiva distribución del Poder Público entre el nivel nacional y el nivel estatal, imponía nuevas formas de relaciones políticas de carácter intergubernamental, fundamentadas en la autonomía política de las entidades territoriales cuyas autoridades, por supuesto, tenían que seguir siendo electas democráticamente.

Debía actualizarse, por tanto, el principio constitucional de que “los Estados son entidades autónomas e iguales en lo político” como lo establecía el artículo 16 de la Constitución de 1961, y lo repite el artículo 159 de la Constitución de 1999; lo que excluye cualquier tipo de tutela y control político del Poder Nacional sobre los Estados.

Las nuevas relaciones intergubernamentales, en todo caso, requieren de nuevos órganos del Poder Público que permitan la coparticipación efectiva y no tutelada Poder Nacional-Poder Estatal en la conducción y diseño de las políticas públicas.

El artículo 185 de la Constitución establece un órgano de carácter intergubernamental, que integra los tres niveles de distribución del Poder Público (Nacional, Estatal y Municipal), que es el Consejo Federal de Gobierno⁵⁴⁴ como órgano del Poder Público encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios⁵⁴⁵.

Este Consejo está presidido por el Vicepresidente Ejecutivo e integrado por los Ministros, los Gobernadores, un Alcalde por cada Estado y por representantes de la sociedad organizada de acuerdo con la ley.

El Consejo Federal de Gobierno debe contar con una Secretaría, integrada por el Vicepresidente Ejecutivo, dos Ministros, tres Gobernadores y tres Alcaldes.

Por otra parte, del Consejo Federal de Gobierno depende el *Fondo de Compensación Interterritorial*, destinado al financiamiento de inversiones públicas dirigidas a promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y a apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo. Corresponde al Consejo Federal de Gobierno, con base en los desequilibrios regionales, discutir y aprobar anualmente los recursos que deben destinarse al Fondo de Compen-

544 Véase Véase Manuel Rachadell, “El Consejo Federal de Gobierno y el Fondo de Compensación”, en *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 7, Caracas, 2002, pp. 417 a 457; Emilio Spósito Contreras, “Reflexiones sobre el Consejo Federal de Gobierno como máxima instancia de Participación administrativa”, en *Temas de derecho administrativo, Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Vol. II, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N° 7, Caracas, 2002, pp. 827 a 863, y José V. Haro, “Aproximación a la noción del Consejo Federal de Gobierno previsto en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7 (enero-junio), Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 161-166.

545 Este órgano intergubernamental con el nombre de Consejo Territorial de Gobierno se creó por Decreto N° 3104 de 12-08-93 en *Gaceta Oficial* N° 35.273 de 12-08-93. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993, Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización*, Caracas, 1993, pp. 214 y ss.

sación Interterritorial y las áreas de inversión prioritaria a las cuales se deben aplicar dichos recursos.

Además, debía tenerse en cuenta que cualquier sistema de distribución territorial del Poder, origina conflictos entre poderes, lo cual es natural y normal en una Federación o en cualquier esquema de descentralización política del Poder Público, que debían encontrar canales expeditos de solución. En los Estados Unidos de América, por ejemplo, ha sido la Corte Suprema como juez constitucional, la institución que ha ido moldeando el Federalismo, y lo mismo ha correspondido, en la República Federal Alemana, con el Tribunal Constitucional Federal, y con el Tribunal Constitucional en el Estado español de Autonomías.

En consecuencia, la institucionalización de una Sala Constitucional en el Tribunal Supremo de Justicia, creada por la Constitución de 1999, es una pieza esencial para la solución expedita de los conflictos.

IV. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL

1. *El régimen constitucional de los Municipios y demás entidades locales*

A. *Régimen General*

a. *Carácter*

De acuerdo con el artículo 168 de la Constitución, los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y de la ley⁵⁴⁶. Además, la organización municipal debe ser democrática y debe responder a la naturaleza propia del gobierno local (art. 169)⁵⁴⁷.

En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 618 de 2 de mayo de 2001 analizó el carácter del Municipio como unidad primaria y autónoma en la organización política del país, en los siguientes términos:

Al respecto, se hace imperativo para esta Sala recordar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 168 constitucional, los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la propia Constitución y de la ley, comprendiendo tal autonomía la elección de sus autoridades, la gestión de la materia de su competencia y la creación, recaudación e

546 Véase nuestras propuestas para la reforma hacia un Nuevo Municipalismo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 164 a 169; y los comentarios críticos al proyecto constitucional en Tomo II, *op. cit.*, pp. 230 y ss.

547 Véase en general sobre el régimen municipal en la Constitución, Argenis Urdaneta, "El Poder Público Municipal en el Estado federal descentralizado", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I. Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 731-744; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 129 y ss.; Hildergard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 161 y ss.

inversión de sus ingresos. La señalada norma constitucional, ya se contenía en el artículo 25 de la Constitución de 1961, artículo este que se repite casi de forma exacta en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En ese sentido, el Municipio es la unidad política de menor nivel territorial dentro del sistema de distribución vertical del poder en el Estado venezolano, pero cuyos mecanismos de ejercicio del poder se encuentran más próximos a los ciudadanos, por ello es definido constitucionalmente como un ente "primario" y esencialmente autónomo, autonomía esta que se encuentra limitada por la propia normativa constitucional, principalmente en lo que respecta al reparto de competencias de los distintos poderes político-territoriales, cuestión que ha sido prevista así, lógicamente, a objeto de mantener la convivencia armónica de todos los elementos que conforman el Estado.

Así las cosas, siendo el Municipio la unidad política primaria dentro del sistema de división vertical del poder (constituye el vínculo más estrecho entre el individuo y el centro de toma de decisiones), es evidente que debe contar con ingresos propios suficientes que le garanticen a sus ciudadanos la prestación de unos servicios mínimos obligatorios, prestación esta que es esencial a su propia existencia⁵⁴⁸.

Sin embargo, independientemente del nominalismo constitucional, para que el Municipio sea realmente la escuela de la libertad y de la democracia, tal y como lo descubrió Alexis de Tocqueville cuando ilustró a Europa sobre *La Democracia en América (1834)*, por sobre todo tiene que estar cerca del ciudadano. Un Municipio lejos de las comunidades y vecindades, como es en general el Municipio en nuestros países latinoamericanos, materialmente no sirve para nada bueno, ni para la participación política ni para la gestión eficiente de los asuntos locales, ni por supuesto, para la democracia.

Quizás habría que indagar el por qué, realmente, las democracias consolidadas de Occidente son tales democracias, y cómo es que en ellas la participación del ciudadano en la gestión de los intereses locales forma parte de la cotidianidad de la vida democrática. Es cierto que todas las democracias tienen ciclos electorales, donde se vota con regularidad y tienen sistemas institucionales que son propios del Estado de Derecho. Pero unos países son efectivamente más democráticos que otros. Y la respuesta del por qué esto es así, está precisamente en la municipalización o, si se quiere, en la efectiva fragmentación de las instituciones locales.

Para darnos cuenta de ello, basta hacer algunas comparaciones. Venezuela, con casi un millón de kilómetros cuadrados de superficie y más de 24 millones de habitantes, tiene sólo 338 Municipios. Francia, en cambio, con la mitad de dicha superficie y 59 millones de habitantes, tiene 36.559 Municipios o Comunas; es decir, cien veces más. Pero lo importante, ciertamente, no es el número de municipios que tenga un país, sino la relación que tiene que existir entre la autoridad local y el número de habitantes. En tanto que en Venezuela es de más de 70.000 habitantes por Municipio, en Francia, en cambio es de alrededor de 1600 habitantes por Municipio, es decir, cuarenta veces menos.

Cualquier revisión de esta relación que se haga en los países democráticos, da cifras sorprendentes, sobre todo cuando las comparamos con las nuestras en América Latina. España tiene 8.082 Municipios con un promedio de población de 4.825

548 Caso: *Municipio Simón Bolívar, Estado Zulia*, véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 199.

habitantes; en Austria hay 2.353 Municipios, con un promedio de población de 3.400 habitantes. Los 8.104 Municipios de Italia tienen un promedio de 7.157 habitantes. En Suiza hay 3.000 Municipios con un promedio de 2.333 habitantes; en Alemania hay 16.121 Municipios, con un promedio de 5.086 habitantes; y en Bélgica hay 589 Municipios, con un promedio de 16.978 habitantes. En Europa continental, además, debe destacarse que los Municipios de menos de 2000 habitantes representan un porcentaje elevadísimo en relación con los muy poblados, por ejemplo, el 40% en Italia y el 89% en Francia. En nuestro Continente Americano, también se destaca, el caso de los Estados Unidos y Canadá que tienen territorios casi iguales de casi 10 millones de kilómetros cuadrados, pero con una población muy disímil: 30 millones en Canadá y más de 250 millones en los Estados Unidos. Sin embargo, en Canadá sus 4.507 Municipios, tienen un promedio de 6.878 habitantes; y en los EEUU, sus 70.500 Municipios, tienen un promedio de 3.872 habitantes por Municipio.

En definitiva, de estas cifras resulta que en el mundo de los países con democracias más desarrolladas, el promedio de habitantes por Municipio varía entre 1.600 y 16.000 habitantes. En contraste, en nuestros países de América Latina el panorama es muy diferente: en Argentina hay 1.617 Municipios con 22.800 habitantes de promedio; en Brasil, hay 5.581 Municipios pero con un promedio de 30.100 habitantes; en Guatemala hay 324 Municipios con un promedio de 33.950 habitantes; en Nicaragua hay 143 Municipios con un promedio de 34.965 habitantes; en Colombia hay 1.068 Municipios, con un promedio de 39.325 habitantes, en México hay 2.418 Municipios, con un promedio de 40.000 habitantes; en Chile hay 340 Municipios con un promedio de 44.117 habitantes; y como dijimos, en Venezuela hay sólo 338 Municipios con 71.715 habitantes por Municipio. Casi igual que en la República Dominicana, donde hay sólo 120 Municipios con 75.000 habitantes de promedio. En Uruguay hay 19 Municipios con un promedio de 157.000 habitantes⁵⁴⁹.

De lo anterior deriva que la clave de la democracia de participación está, precisamente, en acercar el Poder al ciudadano, para que pueda efectivamente participar. Por ello, en nuestros países, mientras la autoridad local esté tan alejada del ciudadano, no llegaremos a ser efectiva y cotidianamente democráticos.

La gran reforma política democrática aún pendiente en nuestros países, en realidad, está en la municipalización, pero sin uniformismo, pues no se puede multiplicar al gran Municipio burócratizado de las áreas urbanas y trasladarlo a las rurales. La diferenciación de regímenes municipales es una de las primeras necesidades de la vida local.

b Creación

Conforme a ese esquema, por tanto, más importante para la creación de un Municipio es la existencia de una comunidad con vínculos permanentes de vecindad, que la “capacidad para generar recursos propios suficientes para atender los

549 Véase lo que hemos expuesto sobre municipalismo y descentralización en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 127 y ss.; y en “El Municipio, la descentralización política y la democracia” en *XXV Congreso Iberoamericano de Municipios*, Guadalajara, Jalisco, México, 23 al 26 de octubre del 2001, México 2003, pp. 53-61.

gastos de gobierno, administración y prestación de los servicios mínimos obligatorios” (art. 18, Ley Orgánica de Régimen Municipal, 1989).

Sobre los requisitos para la creación de los Municipios, conforme a esa norma, que consideramos totalmente contraria a la idea del Municipio como centro e instrumento esencial para la participación política, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la mencionada sentencia N° 618 de 2 de mayo de 2001, señaló lo siguiente:

Así las cosas, queda claro que de conformidad con la ley nacional que regula el régimen de creación y ordenación de los Municipios de la República (L.O.R.M.), es imprescindible, a los fines de que una Asamblea Legislativa pueda crear válidamente un Municipio dentro del territorio estatal, que ese nuevo Municipio creado posea: una población, un territorio, un centro de población y suficiencia presupuestaria a los fines de que pueda autosatisfacer los gastos de gobierno, administración y los servicios mínimos que todo Municipio debe prestar a los administrados que bajo su jurisdicción se desarrollan. De lo contrario, ningún sentido tendría la creación de ese nuevo ente político-territorial, siendo este último requisito el que ha sido denunciado por el actor como faltante en el caso de autos, y consecuentemente, en su criterio, no podía ser creado el Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia...

...Así pues, de un análisis armónico de las normas constitucionales y legales referidas *supra*, se arriba a la inequívoca conclusión de que todo Municipio debe poseer, como elementos esenciales de su existencia, los siguientes: un territorio claramente delimitado, una cantidad poblacional que amcrie su existencia, un centro de población que funja de asiento permanente del gobierno local, un gobierno elegido democráticamente y una capacidad racional para autosatisfacer las necesidades del colectivo que se desarrolla bajo su jurisdicción, es decir, en términos de finanzas públicas, suficiencia presupuestaria (una relación coherente entre los ingresos y gastos que fomente el desarrollo de la entidad, atendiendo a sus propias necesidades).

Siendo entonces los elementos enumerados esenciales para la vida de todo Municipio, su relevancia implica que la ausencia de uno cualesquiera de ellos, trae como consecuencia la violación de los postulados constitucionales previstos en los artículos 168 y 169 de la Carta Magna y, por ende, la legislación estatal que incurre en dicha violación (ley creadora de los municipios) resulta nula de nulidad absoluta⁵⁵⁰.

c. *La autonomía*

De acuerdo con el artículo 168 de la Constitución, gozan de autonomía “dentro de los límites de esta Constitución y de la Ley”, con lo que estableció una limitación inusitada que hace materialmente nugatoria la autonomía político-territorial, que sólo debería encontrar límites en la Constitución, pero no en la ley⁵⁵¹. Conforme a esta norma, que no tiene antecedentes en el constitucionalismo del país, la ley (que podría tanto ser nacional como estatal) puede limitar la autonomía municipal, la cual por tanto, perdió su garantía constitucional. Esto lo ha reafirmado, además,

550 *Idem*, pp. 199 y ss.

551 Véase José L. Villegas Moreno, “La autonomía local y su configuración en la Constitución venezolana de 1999”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 715-729.

la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 2257 de 13 de noviembre de 2001, en la cual sentó los siguientes criterios:

Ahora bien, es a partir de la interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales invocadas por los recurrentes -que enuncian y garantizan la autonomía municipal- en concordancia con las normas contenidas de limitaciones a esa autonomía, como son las contenidas en los artículos 164 numeral 11 y 183 de la Constitución de 1999, que se puede establecer el carácter autonómico de los municipios y la legitimidad constitucional de la intervención de otras ramas del Poder Público en la conformación del mismo y en algunos ámbitos, que aun cuando en principio pudiera sostenerse que constituirían competencia exclusiva de estas entidades locales, otras disposiciones de rango constitucional su autonomía y ámbito competencial resulta atenuado, igualmente por imperio de la Constitución, al realizarse la asignación de competencias. Por esta razón, se podría afirmar que la autonomía municipal, es un concepto de estricto derecho positivo, y en razón a ello, dicha autonomía no puede ir más allá de lo que específicamente se desprende de los dispositivos constitucionales, o lo que es igual, no se trata de un gobierno libre dentro del Estado -como pareciera que entienden los recurrentes- sino de un Poder regulado por el Constituyente y por el Poder Legislativo...

... Se observa con claridad que, la intención que proyecta la Constitución vigente, no es la de consagrar la autonomía municipal con carácter absoluto sino relativo, es decir, dentro del marco de los principios y limitaciones establecidas en la propia Constitución y en las leyes nacionales y en las leyes estatales habilitadas para desarrollar el contenido de las normas constitucionales, debiendo esas leyes, por sobre todo, conservar y respetar ciertos -principios rectores- establecidos en el Texto Fundamental. Luego, el ámbito de esa autonomía sólo podría ser delimitado con la interpretación unitaria de la red normativa de referencias, sin que pueda afirmarse que alguna de las disposiciones constitucionales se basta a sí misma para dar un cabal concepto de la autonomía municipal, por más esencial que ella sea...

Precisado lo anterior, debe sostenerse que los Municipios si bien poseen ciertas competencias no gozan de la plena libertad para la gestión de ciertas materias que aun cuando pertenecen a su esfera competencia la misma no le es propia, esto es, exclusiva, como pretenden los recurrentes, alegando que no se puede someter el ejercicio de dicha competencia a condicionamientos ni mediatización alguna, pues, con ello, a consideración de los recurrentes, se está violando el precepto constitucional que garantiza al municipio la libre gestión y plena autonomía, ya que en criterio de esta Sala, la “libre gestión de las materias de su competencia” que garantiza la Constitución a los Municipios, se trata de una libertad condicionada, no sólo por las limitaciones que directamente impone el Constituyente sino por todas aquellas que pueda imponer el Legislador Nacional, y los legisladores estatales al ejercicio de la autonomía municipal, de acuerdo con las normas de la propia Constitución y dentro de los límites por ella indicados⁵⁵².

La autonomía municipal, por tanto, reducida lamentablemente por la Sala Constitucional a ser sólo una “libertad condicionada”, en términos generales y conforme al mismo artículo 168 de la Constitución, comprende, lo siguiente: 1. La elección de sus autoridades; 2. La gestión de las materias de su competencia; y 3. La creación, recaudación e inversión de sus ingresos.

Como lo ha señalado la Sala Constitucional en la otra mencionada sentencia N° 618 del 2 de mayo de 2001:

552 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 202 y ss.

Esa autonomía municipal contiene tres aspectos, a saber: a) Político: en tanto se autogobierna por la elección de sus autoridades por parte de los ciudadanos que conviven en su jurisdicción, mediante los mecanismos democráticos previstos en la Constitución y la ley; b) Normativo: en el sentido de que tienen capacidad para dictar su propio ordenamiento jurídico en las materias que le han sido atribuidas constitucionalmente, sean estas materias exclusivas o concurrentes con otro ente político-territorial (República y Estados); y, c) Financiero: toda vez que la Constitución precisó las distintas fuentes de ingresos con las que cuenta el gobierno municipal para llevar a cabo su gestión, teniendo la posibilidad de invertir dichos ingresos según las prioridades que determine la realidad de cada Municipio, sin injerencia del Poder Nacional y Poder Estatal, con la excepción de la inversión de los ingresos provenientes del Situado Constitucional, puesto que estos se invierten coordinadamente con planes desarrollados por los Estados⁵⁵³.

Sobre estos aspectos de la autonomía municipal y su alcance, la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 670 de 6-7-2000 (Caso: *Impugnación Ordenanza sobre Contribución por Consumo de Cerveza, Municipio San Carlos, Estado Cojedes*), ha insistido expresando lo siguiente:

Así las cosas, debe pronunciarse esta Sala sobre el alcance de la autonomía municipal. Sobre este particular, la entonces Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en sentencia del 13 de noviembre de 1989, caso *Herberto Contreras Cuenca*, señaló lo siguiente:

La Constitución confiere *autonomía normativa* limitada a las Municipalidades, entendida ella no como el poder soberano de darse su propia ley y disponer de su existencia, que sólo le corresponde a la República de Venezuela, sino como el poder derivado de las disposiciones constitucionales de dictar normas destinadas a integrar el ordenamiento jurídico general, en las materias de su competencia local, incluso con respecto a aquellas que son de la reserva legal; circunstancia ésta que ha dado lugar a que la jurisprudencia de este Supremo Tribunal haya otorgado carácter de “leyes locales” a las ordenanzas municipales. En cuanto al valor normativo de esas fuentes de derecho emanadas de los Municipios, en algunos casos se equiparan a la Ley Nacional, supuestos en los cuales se da una relación de competencia, mientras que en otros deben subordinarse a las leyes nacionales y estatales, supuestos en los cuales se da una relación de jerarquía normativa, todo ello según lo predispuesto en el texto constitucional.

La Constitución atribuye *autonomía financiera y tributaria* a los Municipios dentro de los parámetros estrictamente señalados en su artículo 31, con las limitaciones y prohibiciones prescritas en los artículos 18, 34 y 136 del mismo texto constitucional, derivadas de las competencias del Poder Nacional, a fin de garantizar la autosuficiencia económica de las entidades locales. No obstante, la Constitución sujeta a la Ley nacional y a la leyes estatales, el aporte que reciben las Municipalidades, por intermedio de los Estados, del Poder Nacional, al cual se denomina Situado Constitucional. Por lo que respecta a los límites de la autonomía tributaria municipal, su ejercicio debe supeditarse a los principios de la legislación reglamentaria de las garantías constitucionales, que corresponden al Poder Nacional, ya que la legalidad tributaria es una garantía ligada al surgimiento mismo del Estado de Derecho.

Reiterando el criterio sentado en la referida sentencia, estima esta Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, que en el ordenamiento constitucional que entró en vigencia como consecuencia de promulgación de la Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela, se mantienen los límites de la autonomía tributaria municipal a que dicha decisión alude, siendo los mismos, aquellos que se deriven de las competencias que en materia tributaria ostentan las otras personas político territoriales que conforman el modelo federal del Estado Venezolano⁵⁵⁴.

Además, conforme lo establecía el artículo 29 de la Constitución de 1961, los actos de los Municipios no pueden ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley; por lo que no pueden ser revistos, en forma alguna, por los órganos del Poder Nacional ni de los Estados.

En todo caso, debe enfatizarse el señalamiento de que la autonomía municipal tradicionalmente garantizada en la propia Constitución, conforme al espíritu centralizante de la Constitución, ahora se encuentra interferida, al señalarse que los Municipios gozan de la misma, no sólo “dentro de los límites” establecidos en la Constitución, sino en la ley (art. 168), con lo cual el principio descentralizador básico, que es la autonomía, quedó minimizado.

d. *La participación ciudadana*

De acuerdo con el mismo artículo 168, las actuaciones de los Municipios en el ámbito de sus competencias se deben cumplir incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, conforme a la ley. Para ello, por supuesto, como antes hemos señalado, el Municipio tendía que estar cerca del ciudadano⁵⁵⁵.

e. *Las fuentes legales del régimen municipal*

El artículo 169, en el mismo sentido que el artículo 26 de la Constitución de 1961, dispone que la organización de los Municipios y demás entidades locales se

554 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 199.

555 Véase en general, sobre la participación ciudadana a nivel local, Véase Ana P. Deniz, “La participación ciudadana en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7 (enero-junio), Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 115-124; Manuel Feo La Cruz, “La participación de la sociedad civil en el proceso de gestión pública. Retos y desafíos”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 415-429; Yusby S. Méndez-Apolinar, “La obligación ciudadana de participar en los asuntos públicos, como expresión de la cultura democrática”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 431-437; María A. Grau, “Participación ciudadana en la actividad normativa de la Administración”, en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen II, Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 797-814; Fernando Flores Jiménez, “La participación ciudadana en la Constitución venezolana de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 75-88; Carlos E. Mouriño V., “Participación ciudadana”, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen II, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 1-38; José Mendoza Angulo, “Democracia, descentralización y participación ciudadana”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 121-144.

deben regir por la Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que en conformidad con aquellas dicten los Estados mediante sus Consejos Legislativos.

La Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia ha sido enfática en considerar que la legislación nacional tiene primacía en la regulación de la organización de los Municipios, particularmente en relación con las leyes estatales. Ha señalado, así, en la misma sentencia antes citada del 2 de mayo de 2001, que:

Asimismo, esta Sala estima necesario señalar que la vida de los Municipios se rige no sólo por las normas que en virtud de su autonomía éstos dictan, sino que además se deben regir, en primer término, por la Constitución de la República, así como por las leyes orgánicas nacionales que desarrollan los postulados constitucionales y por las disposiciones legales dictadas por las Asambleas Legislativas Estadales, de conformidad con la Constitución y las mencionadas leyes orgánicas.

Al respecto, el artículo 169 constitucional dispone expresamente: *La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que en conformidad con aquellas dicten los Estados...* (Resaltado y subrayado de la Sala)

Observa esta Sala la gran relevancia que el propio Texto Fundamental le otorga a las leyes orgánicas nacionales que desarrollan principios constitucionales en materia de organización municipal, y la sujeción que con respecto de éstas tienen las leyes estatales en dicha materia.

En tal virtud, es incuestionable el valor normativo-vinculante que posee la Ley Orgánica de Régimen Municipal sobre las leyes estatales que desarrollen o regulen la división político-territorial dictadas por los Estados, tal como ocurre en el caso *sub examine*, más aún cuando la propia ley orgánica en referencia, expresamente dispone que su *leit motiv* es el desarrollo de los postulados contenidos en el artículo 169 de la Constitución de la República, precedentemente transcrito⁵⁵⁶.

f. *Los diferentes regímenes municipales*

Una de las críticas más importantes que se habían formulado respecto de nuestro régimen municipal, era el excesivo uniformismo en la organización municipal, que había hecho prácticamente inaplicable la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, en muchos de los Municipios⁵⁵⁷. Por ello, el artículo 169, establece que la legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales relativos a los Municipios y demás entidades locales, debe obligatoriamente establecer diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes. En particular, dicha legislación debe establecer las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que debe corresponder a los Municipios con población indígena.

556 *Ibidem*, pp.199-200.

557 Véase nuestra propuesta en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, p. 165.

Sin embargo, este mandato para la variedad de regímenes está seriamente limitado y contradicho en el propio texto constitucional, al haberse “constitucionalizado” en forma rígida a los órganos municipales, los Alcaldes y los Concejos Municipales, los cuales antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, sólo estaban regulados en la ley. Esto conduce a que la creación de un pequeño municipio en alguna comunidad aislada del país, necesariamente tendría que tener la compleja organización mencionada, la cual en muchos casos no se justifica.

B. *El régimen de organización de otras entidades locales*

De acuerdo con la Constitución, el Poder Público Municipal no sólo lo ejercen “los Municipios” como unidad política primaria de la organización nacional (art. 168), sino también “*las demás entidades locales*” a las que alude el artículo 169 de la Constitución.

Es decir, el Poder Público Municipal se ejerce por los Municipios y por las demás entidades locales y la organización de los mismos se rige por la “Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales, establezcan las leyes orgánicas nacionales y por las disposiciones legales que en conformidad con aquellas dicten los Estados” (art. 169).

Por tanto, además de los Municipios, la Constitución y las leyes orgánicas nacionales pueden establecer otras entidades locales cuya organización debe ser siempre democrática y responder a la naturaleza propia del gobierno local. Así, la Constitución regula expresamente a los Distritos Metropolitanos (art. 171 y 172) y a las Parroquias (art. 173) y la ley orgánica podría establecer otras modalidades de entidades locales.

a. *Las mancomunidades y otras asociaciones*

Las Mancomunidades, de acuerdo con lo establecido en el artículo 170, son el producto del derecho de asociación entre Municipios. Además, la Constitución admite que los Municipios pueden acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia.

Se le dio rango constitucional, así, a las corporaciones de derecho público que se establecieron en los Reglamentos de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público en 1993⁵⁵⁸.

b. *Los distritos municipales*

El artículo 170 de la Constitución además, remite a la ley para la determinación de las normas concernientes a la agrupación de dos o más Municipios en distritos. Esa fue la intención de la norma, y así fue que quedó redactada en la publicación inicial de la Constitución del 30 de diciembre de 1999, a pesar de que en la reimpresión del texto constitucional de marzo de 2000, después de la palabra “distritos” se le haya agregado la palabra “metropolitanos”.

558 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993, Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización, op. cit.*, pp. 306 y 309.

La previsión de los distritos municipales fue el sentido, por lo demás, de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de septiembre de 1988, que debió haber entrado en vigencia el 15 de junio de 1989, en la cual se estableció expresamente esa figura como entidades locales. En efecto, el artículo 24 de aquella Ley estableció lo siguiente:

Artículo 24: Los Distritos Municipales son entidades locales de carácter público y con personalidad jurídica, formadas por la agrupación de dos o más Municipios.

Los Distritos Municipales se denominan Distritos Metropolitanos cuando la agrupación de Municipios se realice debido a la conurbación de sus centros poblados capitales y se hayan desarrollado en forma tal que lleguen a constituir una unidad urbana, social y económica con más de 250.000 habitantes.

Se estableció, así, la figura de los distritos como agrupación de Municipios, que podían ser urbanos o rurales, distinguiendo la ley, por tanto, a los distritos metropolitanos (urbanos) de los distritos municipales (rurales). La disposición de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, antes indicada, sin embargo, lamentablemente fue suprimida en la reforma de la Ley Orgánica de 1989, en la cual se redujo la figura de los Distritos Municipales sólo a los Distritos Metropolitanos, olvidándose el legislador del carácter mayoritariamente rural de los Municipios venezolanos.

Este antecedente legislativo de la Ley Orgánica de 1988, es importante, porque permite apreciar cómo el legislador, en ejecución de una norma similar de la Constitución de 1961 que se refería a las “demás entidades locales”, estableció la figura de los Distritos Municipales rurales y de los Distritos Municipales urbanos (Distritos Metropolitanos).

Como se dijo, en la versión de la Constitución de 1999, publicada el 30-12-99, se precisó que los Municipios podían agruparse en distritos (art. 170) sin calificarse a estos como “metropolitanos”, lo que sí aparece en la versión corregida de la Constitución publicada el 24-03-00. Pero incluso con este ilegítimo cambio, el hecho de que en el texto constitucional, además de los Municipios se haya regulado por encima de ellos expresamente sólo a los Distritos Metropolitanos y, por debajo de ellos a las Parroquias, ello no excluye que la ley orgánica que se dicte conforme al artículo 169 de la Constitución pueda establecer otras entidades locales, con organización municipal democrática que responda a la naturaleza propia del gobierno local, como podrían ser los Distritos Municipales para los Municipios rurales por encima de los mismos; e, incluso “otras entidades locales” distintas a las parroquias en el territorio intramunicipal, como lo establece expresamente el artículo 173 de la Constitución.

Por otra parte, el hecho de que el artículo 18 de la Constitución establezca la organización municipal del área metropolitana de Caracas conforme a un sistema de gobierno municipal a dos niveles, ello no puede interpretarse como si se tratase de una organización que es exclusiva y excluyente sólo del área metropolitana de Caracas. Toda agrupación de Municipios, en Distritos Metropolitanos o Distritos Municipales rurales, conlleva a una organización de gobierno municipal a dos niveles.

De lo anterior resulta evidente, por tanto, que la Ley Orgánica de Régimen Municipal que se dicte conforme a lo establecido en los artículos 168 y siguientes de la Constitución, puede crear otras entidades locales por encima de los Muni-

prios y dentro de ellos, además de los Distritos Metropolitanos y de las Parroquias y que, por tanto, podría prever el régimen de los Distritos Municipales para los Municipios Rurales, con un régimen de gobierno municipal a dos niveles. El hecho de que el Constituyente haya destinado dos normas para regular a los Distritos Metropolitanos (arts. 171 y 172) no puede interpretarse como excluyente de la posibilidad de que el legislador nacional, en ejecución del artículo 169 de la misma Constitución, puede crear otras entidades locales supra municipales, en áreas rurales, no urbanas, como serían los Distritos Municipales con un régimen de gobierno municipal a dos niveles.

c. *Los distritos metropolitanos*

a'. *El establecimiento de los distritos metropolitanos*

En cuanto a los Distritos metropolitanos, el artículo 171 dispone que cuando dos o más Municipios pertenecientes a una misma entidad federal tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto características de un área metropolitana, pueden organizarse como tales.

Sin embargo, cuando los Municipios que deseen constituirse en un distrito metropolitano pertenezcan a entidades federales distintas, corresponde a la Asamblea Nacional su creación y organización (art. 172).

En estos casos, la ley orgánica que al efecto se dicte debe garantizar el carácter democrático y participativo del gobierno metropolitano y establecer sus competencias funcionales, así como el régimen fiscal, financiero y de control. También debe asegurar que en los órganos de gobierno metropolitano tengan adecuada participación los respectivos Municipios, y debe señalar la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de estos últimos al distrito metropolitano.

La Constitución, además, estableció expresamente el Distrito Metropolitano de Caracas, cuyo régimen se analiza más adelante.

Además, debe precisarse que la regulación constitucional de la figura de los Distritos metropolitanos, no convierte a esas entidades en una excepción al régimen de la división político territorial prevista en el artículo 16 de la Constitución. Los Distritos metropolitanos, cuando se creen no constituyen entidades político territoriales que formen parte de la división político territorial, como ni siquiera lo es el Distrito Metropolitano de Caracas (art. 18) que es una organización municipal a dos niveles que no ha afectado la división político territorial de la República (Estado Miranda y Distrito Capital) en la cual tiene su ámbito de actuación municipal.

b'. *Los regímenes diferenciados*

Por otra parte, y para evitar el uniformismo, el artículo 171 dispone que la ley puede establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los distritos metropolitanos atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico y social, situación geográfica y otros factores de importancia. En todo caso, la atribución de competencias para cada distrito metropolitano debe tener en cuenta esas condiciones.

c'. *Los límites territoriales y la consulta popular*

De acuerdo con el artículo 172, el Consejo Legislativo estatal, previo pronunciamiento favorable mediante consulta popular de la población afectada, debe definir los límites del distrito metropolitano y lo debe organizar según lo establecido en la ley orgánica nacional, determinando cuáles de las competencias metropolitanas deben ser asumidas por los órganos de gobierno del respectivo distrito metropolitano.

d. *Las Parroquias*

Todos los Municipios podrán crear parroquias conforme a las condiciones que determine la ley, aún cuando el artículo 173 precisa que en ningún caso las Parroquias deben ser asumidas como divisiones exhaustivas o imperativas del territorio del Municipio.

Sin embargo, es la legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales sobre régimen municipal, la que debe establecer los supuestos y condiciones para la creación de otras entidades locales dentro del territorio municipal, así como los recursos de que deben disponer, concatenados a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del Municipio.

La creación de las parroquias, en todo caso, debe atender a la iniciativa vecinal o comunitaria, con el objeto de promover a la desconcentración de la administración del Municipio, la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos.

2. *El marco constitucional de los órganos del Poder Público Municipal*

A. *La regulación constitucional de la separación orgánica de poderes a nivel municipal*

La Constitución de 1999, innovó en materia municipal, al regular en el propio texto constitucional los órganos del Poder municipal. La Constitución de 1961 dejaba esta materia a la regulación de la ley, permitiendo así mayor flexibilidad en cuanto a la posibilidad de diferenciar los regímenes de organización municipal. Sobre el significado de estos cambios constitucionales, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 2651 de 2 de octubre de 2003 hizo las siguientes consideraciones incluso de carácter histórico sobre el régimen municipal en el país, al analizar el carácter del Alcalde como primera autoridad civil, y su significado:

La disposición que atribuye el carácter de primera autoridad civil de los Municipios a los Alcaldes estaba ausente del anterior Texto Fundamental, y lo estuvo de todos los que hasta ahora han regido a la República venezolana. De hecho, la Constitución de 1961 no concebía la figura del Alcalde, como tampoco concibió la de ningún otro órgano municipal. Se limitó a remitirse a una o varias leyes de desarrollo, a saber: a) estableció que la representación de los Municipios la ejercerían “los órganos que determine la ley” (artículo 25); b) dispuso que “la organización de los Municipios se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales y por las disposiciones legales que en con-

formidad con aquéllas dicten los Estados” (artículo 26); c) dispuso que “la ley podrá establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los Municipios, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, situación geográfica y otros factores de importancia”, si bien siempre obedeciendo a un régimen democrático (artículo 27).

Como se observa, la Constitución de 1961 se remitió a la ley. Mientras ella no había sido dictada, los municipios siguieron rigiéndose por las normas previas, lo que llevó incluso a una situación de evidente trastorno constitucional: se aplicaban normas, principios y hasta tradiciones que ni siquiera tomaban en cuenta que el Texto Fundamental había denominado Municipios a la “unidad política primaria y autónoma dentro de la organización nacional” y a tal fin le había dotado de la personalidad jurídica que hasta entonces era privativa de los denominados Distritos. Así, si bien la Constitución anterior permitía diferentes regímenes organizativos y dejaba al legislador la libertad para decidir acerca de la forma de gobierno y administración municipal, lo cierto es que, en la práctica, el vacío legislativo llegó al extremo de mantener un régimen que no era el querido por el Constituyente. Los Distritos -que no deben confundirse con la actual figura de Distritos Metropolitanos- mantuvieron durante años el lugar que correspondía realmente a los Municipios.

Todo, por supuesto, tiene explicación. Debe recordarse que la división político-administrativa de los Estados venezolanos se basó tradicionalmente en la figura del Distrito, si bien éstos a su vez estaban integrados por municipios, carentes de personalidad jurídica. Así, la entidad de relevancia jurídico-política era el Distrito y en él se asentaba el Concejo Municipal. Sin duda, se trataba de una situación anómala en la que los Distritos gozaban de la autonomía denominada municipal y el poder público lo ejercían a través de un órgano llamado Concejo Municipal, a la vez que existían unos municipios totalmente privados de poder, al ser sólo una circunscripción administrativa, sin relevancia política.

La Constitución de 1961 pretendió cambiar esa situación y atribuir a los municipios la personalidad jurídica y, en consecuencia, hacer que fueran ellos los que gozaren de autonomía y donde residiese el poder público. Sin embargo, al no ser posible variar de inmediato un régimen ya tradicional, por ser necesario desmontar la estructura existente e instalar la nueva, la propia Constitución previó, en su Disposición Transitoria Primera, que mientras se dictaba la nueva legislación sobre régimen municipal quedaría en vigencia el régimen jurídico pre-constitucional. De esta manera, los municipios, pese a su declaración constitucional como base del poder local, debieron esperar algún tiempo para su efectiva conversión en unidades primarias de la organización política.

El legislador tardó en cumplir con su obligación constitucional y fue sólo en 1978 cuando se sancionó la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Sin embargo, ese texto mantuvo el régimen pre-constitucional, con lo que el poder local continuaba en los Distritos y los Municipios permanecían relegados, apartados de su nuevo rango constitucional. Dicha ley se modificó en 1984, pero sin que la situación variase respecto de la preeminencia de los Distritos. La segunda reforma de la Ley, producida en 1988 y que entró en vigencia en 1989, sí satisfizo la exigencia constitucional e hizo desaparecer la figura del Distrito, asumiendo los municipios el poder que les correspondía desde 1961.

Pero no ha sido éste el único cambio relevante producido durante la vigencia de la Constitución de 1961. Los Municipios ocuparon el lugar de los Distritos (que no deben confundirse con los ahora llamados Distritos Metropolitanos), pero en ellos existía un reparto del poder distinto al estatal y nacional, más próximo a un sistema de gobierno parlamentario que a uno ejecutivista.

En efecto, en virtud de que la Constitución dejaba al legislador la determinación de lo relativo al gobierno y administración municipal, en Venezuela estuvo vigente, durante

décadas, un régimen de confusión entre funciones ejecutivas y deliberantes, típico de los sistemas parlamentarios y que fue herencia del derecho español. Así, un órgano parlamentario -ahora comúnmente conocido como Concejo, antes como Cabildo, Municipalidad, Ayuntamiento u otras denominaciones- reunía lo que a nivel nacional y estatal estaba dividido.

Los Concejos Municipales tenían, como es natural en un órgano colegiado, un Presidente, que en la tradición oral -e incluso casi protocolar- recibió luego el nombre de Alcalde. El Alcalde era un Concejal como el resto, pero que, en virtud de sus atribuciones, se distinguía de los demás. Sin embargo, a efectos jurídicos el órgano era uno sólo: el Concejo, que ejercía la totalidad del Poder Público en el ámbito municipal.

Una de las más relevantes innovaciones de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que se sancionó en 1989, aparte de eliminar del todo la figura del Distrito como sustituta del Municipio -lo que no impide que los Estados la conserven a otros fines meramente administrativos-, fue separar el ejercicio del Poder Público local. Para ello se mantuvo la institución del Concejo, ya de larga tradición, pero se creó un verdadero Poder Ejecutivo separado del órgano parlamentario. Ese Poder Ejecutivo está encabezado por el Alcalde, de la misma forma como el Presidente o el Gobernador son la cúspide de los Ejecutivos nacional y estatal, respectivamente⁵⁵⁹.

B. *El Poder Ejecutivo Municipal: el Alcalde*

a. *El Alcalde como primera autoridad civil*

El gobierno y administración del Municipio corresponde al Alcalde, quien además, y en los términos del Código Civil (art. 446 y siguientes) tiene el carácter de la primera autoridad civil (art. 174)⁵⁶⁰.

Sobre el significado de la institución del Alcalde, y su deslinde con la figura del prefecto como funcionario estatal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la citada sentencia N° 2651 del 2 de octubre de 2003, sentó los siguientes criterios:

En 1989, entonces, surge la figura del Alcalde con nueva concepción, esta es como jefarca de un Poder Ejecutivo que ha recibido el nombre de Alcaldía. Es cierto -debe sin

559 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Caracas 2003 (En prensa).

560 Por ello, desde hace años habíamos sostenido que las competencias en materia de registro civil, debían ser asumidas por los Alcaldes. Véase sobre esto Allan R. Brewer-Carías, *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993, Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización, op. cit.* pp. 957 y ss. Véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Sentencia N° 2651 del 02-10-2003 en la cual se estableció que si bien a partir de la Constitución de 1999, el Registro Civil y Electoral, como registro único, es competencia del Poder Electoral, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral, a tenor de lo dispuesto en sus artículos 292 y 293, numeral 7 de la Constitución; como la primera autoridad civil de un Municipio es el Alcalde, de acuerdo con el artículo 174 de la Constitución, es él quien debe llevar los registros correspondientes, y ya no los Prefectos ni Jefes Civiles, antiguas primeras autoridades de Municipios y parroquias. Ello, sin perjuicio de las reglas para casos especiales que fijó el Código Civil. Esa primera autoridad civil de los Municipios, si bien anteriormente tenía el control total del Registro Civil, ahora debe actuar sólo como “colaborador” con el órgano que constitucionalmente tiene el poder de centralización del Registro: la Comisión de Registro Civil y Electoral, por lo que debe atenerse a lo que, al respecto, dispone la Ley Orgánica del Poder Electoral.

embargo reconocer la Sala- que la separación a nivel municipal no es idéntica a la del resto de las personas político-territoriales. En parte por dificultades en cambiar una tradición, en parte por la estrechez territorial y la cercanía de los asuntos que les compete manejar -todos puramente locales, aunque no siempre sencillos- el gobierno municipal sigue siendo parcialmente parlamentario.

Por ello, el artículo 50 de la referida ley dispone que “el Gobierno Municipal se ejerce por un Alcalde y un Concejo Municipal” y luego aclara que la “rama ejecutiva del gobierno municipal se ejerce por órgano del Alcalde y la deliberante por órgano del Concejo Municipal, al cual corresponde legislar sobre las materias de la competencia del Municipio y ejercer el control de la rama ejecutiva del gobierno municipal”. Ello explica, también, el que el artículo 77 *eiusdem* enumere las competencias que corresponden al Alcalde, “como Presidente de la Cámara Municipal”. Precisamente una de esas funciones es la de “cumplir con las obligaciones que le imponga el Código Civil en relación con los actos y registros referentes al estado civil” (ordinal 6°).

En el relato que efectúa esta Sala puede observarse, entonces, que la figura del Alcalde, como autoridad de una rama ejecutiva del Poder Público, sólo se materializó en 1989 y que ello no era un requerimiento de la Constitución de 1961, pero sí una exigencia político-social. Los actuales Alcaldes, de este modo, tuvieron un origen legal, no uno constitucional, y fue sólo en 1999 cuando encontraron acogida en el Texto Fundamental, concediéndoseles expresamente el carácter de primera autoridad civil de los municipios.

Ahora bien, el que los Alcaldes obtuviesen ese rango constitucional en 1999 y que sólo en ese momento se reconociese normativamente su carácter de primera autoridad civil local, no implica que no lo tuvieron, incluso, antes.

En efecto, por algo sólo explicable por la tradición, y no por la razón, se consideraba a los prefectos y jefes civiles como las primeras autoridades civiles locales, aun cuando no fueran más que unas figuras de desconcentración de la actividad de los Estados. En ello ayudó mucho, sin duda, el Código Civil -de antigua sanción, pese a sus reformas- que al referirse a la primera autoridad civil de una localidad la llamaba ocasionalmente Jefe Civil. Las normas venezolanas, como es parcialmente comprensible, no se han ido siempre adaptando a los muchos cambios en la organización política, con lo que las primeras autoridades civiles locales siguieron siendo, para todos, unos funcionarios que no eran locales. La representante del Municipio Chacao del Estado Miranda lo ha puesto en cierta manera de manifiesto al sostener en su escrito que el “verdadero perfil de esos funcionarios [Prefectos y Jefes Civiles] desde el punto de vista práctico” era el de “una autoridad local estrechamente vinculada con la vida del Municipio”.

Observa la Sala que, aun sin previsión expresa sobre el carácter de primera autoridad civil local, lo que sí constituía una exigencia constitucional era la necesidad de que en los municipios se eligiera libremente a sus autoridades, y ello ejerció gran incidencia en la figura de los Prefectos distritales y Jefes Civiles parroquiales, los cuales eran designados por los Gobernadores de Estado, siendo en realidad sus agentes, de la misma forma en que esos Gobernadores eran agentes del Poder Nacional mientras no fueron electos por la colectividad.

Los Prefectos eran, por tanto, una autoridad de ámbito municipal, pero no de carácter municipal, que no correspondían realmente al Municipio al que se refería el Texto Fundamental de 1961. Eran -y son, pues aún subsisten- funcionarios estatales sin ningún reconocimiento constitucional nacional. Su origen está siempre en las Constituciones estatales, como es natural. Sólo la Carta Magna de 1819 mencionó a los Prefectos. Según esa Constitución, en “cada capital de departamento hay un prefecto y una municipalidad” (artículo 1, Sección Segunda, Título 9°). Al Prefecto se le calificó como “teniente del gobernador de la provincia” en el ámbito de un departamento (artículo 3° de

la misma Sección), es decir, como su subalterno. Era tal su condición de teniente, que el propio Gobernador debía ser el “prefecto del departamento de la capital de la provincia” (artículo 1°). Esos prefectos tenían asignado, entre otras competencias, llevar el censo de la población, así como el registro de nacimientos y defunciones.

La figura del prefecto como funcionario provincial (luego estatal, con el cambio de denominación que vino aparejada con la evolución político-institucional venezolana) se mantuvo entre nosotros y no puede dudarse de su utilidad, si bien hoy en día su relevancia es bastante menor. Los prefectos, al no ser funcionarios municipales, sino estatales de ámbito municipal, necesitaban de adaptación a la Constitución de 1961. Así, debe insistir la Sala en que, ya bajo la vigencia de la misma, los prefectos debieron dejar de ser la primera autoridad civil del Municipio. Ahora, como esa Constitución no mencionaba ningún órgano, y como era difícil atribuir al Concejo –órgano colegiado, de funciones diversas- la primera autoridad civil, el Prefecto se mantuvo como tal durante más tiempo del debido.

Con la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 la situación varió: es obvio que debe entenderse que el Alcalde era la primera autoridad civil del Municipio, al ser el jefarca máximo de la rama ejecutiva del Poder Público a ese nivel. Se trata de un funcionario electo popularmente, respondiendo a las exigencias democráticas de la Constitución, que debía necesariamente desplazar a los Prefectos y Jefes Civiles en los ámbitos de competencia de los Municipios o en cualquiera para la cual fuese titular de la competencia la primera autoridad civil del Municipio, como sucede precisamente con el registro del estado civil. Sin embargo, la fuerza de la tradición llevó a seguir considerando a Prefectos y Jefes Civiles como primeras autoridades civiles locales, sin reparar de manera suficiente en que su origen no era democrático -exigencia de los artículos 27 y 29 de la Constitución de 1961- ni formaban parte del Poder Público de la entidad llamada constitucionalmente “Municipio”.

La Constitución de 1999 vino a resolver esa situación, pues incorporó entre sus normas lo que no podía ser de otra forma: era absurdo sostener que la primera autoridad civil de un Municipio fuese un funcionario designado por el Gobernador estatal y que, en consecuencia, respondiese ante éste, cuando existía otro funcionario legalmente creado que tenía un claro origen local y contaba con respaldo de la población. Pudo ser así durante largo tiempo, pero debió dejar de serlo en el momento cuando cambió la regulación sobre la materia, de la misma manera como, desde la sanción de la Ley de Elección y Remoción de Gobernadores, era lógico que estos funcionarios dejaran de ser representantes del Presidente de la República en el territorio de un estado⁵⁶¹.

b. *Los requisitos*

Para ser Alcalde se requiere ser venezolano mayor de 25 años y de estado seglar. El artículo 41 de la Constitución, sin embargo, exige que en los Estados Fronterizos, para ser Alcalde se requiere ser venezolano por nacimiento, sin otra nacionalidad.

Por otra parte, el artículo 177 permite que la ley nacional pueda establecer principios, condiciones y requisitos de residencia, prohibiciones, causales de inhabilitación e incompatibilidades para la postulación y ejercicio de las funciones de Alcaldes y concejales.

561 *Idem.*

c. *La elección y carácter*

El Alcalde debe ser elegido por un período de 4 años por mayoría de las personas que votan, y podrá ser reelegido de inmediato y por una sola vez, para un período adicional.

Tampoco se estableció, en este caso el principio de la elección por mayoría absoluta, como se había planteado en la discusión constitucional⁵⁶².

C. *El Poder Legislativo Municipal: los Concejos Municipales*

El artículo 175 de la Constitución, atribuye la función legislativa del Municipio al Concejo, integrado por concejales elegidos en la forma establecidas en la Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determine la ley.

Lamentablemente no se estableció en la Constitución el principio de la elección uninominal de concejales, para asegurar la efectiva representatividad de las comunidades y sus electores, remitiéndose el sistema electoral al principio de la representación proporcional destinado a permitir la representatividad de partidos⁵⁶³.

En todo caso, los Consejos Municipales como titulares del poder legislativo municipal, tienen la potestad de dictar leyes locales, denominadas Ordenanzas, a las cuales tradicionalmente se le ha atribuido el carácter de "leyes" como actos de ejecución directa de la Constitución, lo cual ha sido ratificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en muchos fallos⁵⁶⁴.

D. *Las Contralorías Municipales*

En cuanto a las Contralorías Municipales, de acuerdo con el artículo 176, les corresponde el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales, así como las operaciones relativas a los mismos, sin menoscabo del alcance de las atribuciones de la Contraloría General de la República.

Las Contralorías son dirigidas por el Contralor, designado por el Concejo mediante concurso público que garantice la idoneidad y capacidad de quien sea designado para el cargo, de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989, le otorga autonomía orgánica y funcional a las Contralorías Municipales, lo cual ha llevado a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo a garantizarla ordenándole a un Alcalde, por ejemplo, abstenerse de reducir o modificar el presupuesto de la Contraloría⁵⁶⁵.

562 Véase nuestro Voto Salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, p. 195.

563 Véase nuestro Voto Salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 195 y 196.

564 Véase por lo que se refiere a las sentencias más recientes, las sentencias N° 572 de 18-03-2003 y N° 2542 de 17-09-2003. El criterio también ha sido establecido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, en sentencia N° 713 de 30-03-2000. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 191.

565 Véase sentencia N° 2148 de 14-11-2000, Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 203 y ss.

E. *Los Concejos locales de Planificación Pública*

Por último, el artículo 182 de la Constitución crea el Consejo Local de Planificación Pública, presidido por el Alcalde e integrado por los concejales, los Presidentes de la Juntas Parroquiales y representantes de organizaciones vecinales y otras de la sociedad organizada, de conformidad con las disposiciones que establezca la ley. A tal efecto, en 2002 se dictó la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública⁵⁶⁶.

3. *El Distrito Metropolitano de Caracas y el Distrito Capital*

A. *La desaparición del Distrito Federal*

a. *El Distrito Capital en sustitución del Distrito Federal*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Constitución de 1999, con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide “en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales”.

Esta división política del territorio nacional es geográfica y cartográficamente idéntica a la que preveía el artículo 9 de la Constitución de 1961, (salvo en cuanto a la reducción del territorio del Distrito Federal por la creación del Estado Vargas), pero con el muy importante cambio de denominación del territorio de la parte oeste del valle de Caracas, del “Distrito Federal” por el “Distrito Capital”.

En efecto, una de las reformas más importantes que se produjo constitucionalmente respecto de la división política del territorio nacional, con el antes mencionado cambio de denominación, fue la *eliminación* del “Distrito Federal” como entidad política vinculada al Poder Nacional o Federal.

Conforme al régimen constitucional anterior, no sólo le correspondía al Congreso Nacional la organización del Distrito mediante ley orgánica (Ley Orgánica del Distrito Federal), (art. 136,6), sino que correspondía al Presidente de la República, la designación del Gobernador del Distrito Federal (art. 190,17), habiendo permanecido siempre, el Presidente de la República, desde la misma creación del Distrito Federal en 1864, como la superior autoridad civil y política del Distrito, quien la ejercía, precisamente, a través del Gobernador del Distrito Federal, de su libre nombramiento y remoción⁵⁶⁷.

Con la Constitución de 1999, en consecuencia, se eliminó todo vínculo del Poder Nacional con el territorio del antiguo Distrito Federal, el cual se sustituyó por el del Distrito Capital. Este, ahora, es parte de la división política del territorio nacional, por lo que la Ley Orgánica de División Político Territorial que habrá de dictarse en el futuro en sustitución de la vieja Ley de 1856, por supuesto, deberá incluir el territorio del Distrito Capital, en el cual también debe garantizarse la autonomía municipal y la descentralización político administrativa (art. 16).

566 G.O. N° 37.463 de 12 de junio de 2002.

567 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El régimen de gobierno municipal del Distrito Federal*, Caracas, 1968.

b. *Los efectos constitucionales de la creación del Distrito Capital*

En las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente para la redacción de la Constitución de 1999, la propuesta original no fue cambiarle de nombre al Distrito Federal, sino crear un “Distrito Capital” en un territorio que abarcara mucho más que el del antiguo Distrito Federal, es decir, además de éste, el de los territorios de los Municipios Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo del Estado Miranda, equivalente al territorio geográfico del valle de Caracas y sus zonas más próximas. Se propuso así, inicialmente, separar del Estado Miranda esos Municipios e integrarlos territorialmente al Distrito Capital, como una nueva entidad política en el territorio nacional. Lamentablemente, factores políticos circunstanciales impidieron la solución territorial definitiva para Caracas⁵⁶⁸, y el debate terminó con el establecimiento del Distrito Capital *única y exclusivamente en el territorio del antiguo Distrito Federal*, con la mención expresa de que debía preservarse “la integridad territorial del Estado Miranda” (Disposición Transitoria Primera).

En consecuencia, el Distrito Capital en la Constitución de 1999 es una parte de la división política del territorio nacional que, sin embargo, no abarca territorialmente toda la ciudad de Caracas, sino que coincide con el territorio del antiguo Distrito Federal, por lo que en forma alguna afecta o puede afectar el territorio del Estado Miranda, el cual, conforme a la voluntad del Constituyente, ha permanecido incólume. En consecuencia, conforme a la Constitución de 1999, los Municipios del valle de Caracas, al este de la Quebrada Chacaíto y en línea hacia el sur, necesariamente continúan y continuarán siendo parte del territorio del Estado Miranda.

Ahora bien, la existencia ahora del Distrito Capital en sustitución del antiguo Distrito Federal implica, constitucionalmente hablando, lo siguiente: en *primer lugar*, que a todos los efectos administrativos, el Distrito Capital es una división política del territorio nacional, por lo que las unidades administrativas nacionales que actúan en el territorio nacional, pueden adoptar la división del Distrito Capital. Por ejemplo, habrá oficinas subalternas de Registro del Distrito Capital, en lugar de las del Distrito Federal; habrá Tribunales con jurisdicción en el Distrito Capital en lugar del Distrito Federal; y habrá unidades ministeriales, por ejemplo, educativas o de salud, con jurisdicción en el Distrito Capital en lugar del Distrito Federal.

Debe señalarse, en todo caso, que en aquellos supuestos en los cuales la ley establece una distribución territorial entre Estados y el Distrito Federal, después de la Constitución, la antigua unidad territorial del Distrito Federal se convierte en unidad del Distrito Capital. Esto sucede, por ejemplo, respecto de los Colegios Profesionales cuyas leyes preveían su existencia en el Distrito Federal (*p.e.* Colegio de Médicos del Distrito Federal que se convierte en Colegio de Médicos del Distrito Capital). En efecto, de acuerdo con el texto expreso de la Ley de Abogados y de la Ley de Ejercicio de la Medicina, por ejemplo, los Colegios profesionales de abogados y médicos deben crearse y funcionar en cada entidad federal. Antes de la Constitución de 1999 existían Colegios en cada uno de los Estados y en el Distrito Federal, por lo que después de la Constitución de 1999 lo único que cambia es la denominación de Distrito Federal por el de Distrito Capital. En consecuencia, el antiguo

568 Véase Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Caracas, octubre-noviembre 1999.

Colegio de Médicos del Distrito Federal puede y debe denominarse Colegio de Médicos del Distrito Capital, siendo absolutamente contrario a la Ley de Ejercicio de la Medicina la decisión de dicho Colegio adoptada en el año 2000 de pasar a denominarse Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas, en perjuicio de la jurisdicción del Colegio de Médicos del Estado Miranda.

En *segundo lugar*, que como entidad político territorial, al Distrito Capital le corresponde participar en la distribución del situado constitucional (una partida equivalente a un máximo del 20% del total de los ingresos ordinarios estimados anualmente por el Fisco Nacional) junto con los Estados de la República (art. 167,4). Por tanto, en la asignación del situado constitucional, al Distrito Capital le corresponde igual parte que a cada uno de los Estados respecto del 30% del situado constitucional; y una parte muy importante respecto del 70% restante del situado constitucional, que se reparte en proporción a la población de cada uno de los Estados y del Distrito Capital.

En *tercer lugar*, que corresponde a la Asamblea Nacional sancionar una Ley que regule la organización y régimen del Distrito Capital (art. 156,10) en cuyo territorio puede haber uno o más municipios. Es decir, una ley nacional podría establecer un régimen y organización del Distrito Capital, el cual no necesariamente tiene que conducir a crear alguna nueva "autoridad" a nivel del Distrito Capital, como incluso podría deducirse de lo indicado en el artículo 189,2 de la Constitución, sino que puede perfectamente regular sólo la existencia de diversos municipios que podrían establecerse en dicho territorio (art. 18), dividiendo el actual Municipio Libertador del Distrito Capital.

En *cuarto lugar*, que una ley nacional, en todo caso, es la llamada a determinar a cual autoridad corresponde administrar y ejecutar los ingresos que por situado constitucional, corresponden al Distrito Capital como entidad territorial, lo cual se ha atribuido al Distrito Metropolitano de Caracas.

c. *La relación entre el Distrito Capital y el Distrito Metropolitano de Caracas*

La Constitución de 1999, al renunciar a la creación de una entidad federal que abarcara territorialmente todo el valle de Caracas y comprendiera el territorio del antiguo Distrito Federal y el de los Municipios Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo del Estado Miranda, desmembrando el territorio de esta entidad federal; optó por dejar incólume la división territorial del Estado Miranda y, en general, de la República, cambiando sólo el nombre del Distrito Federal por el del Distrito Capital, con las consecuencias constitucionales antes indicadas, y dejando los Municipios del este del valle de Caracas, en el territorio del Estado Miranda⁵⁶⁹.

569 Véase en general, María de los Angeles Delfino M., "La gobernabilidad de Caracas, la Capital y el Distrito Metropolitano", *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 107-114; Manuel Rachadell, "¿Distrito Capital o Distrito Metropolitano?", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 3271 a 3311; Alfredo De Stefano Pérez, "Aproximación al estudio del Distrito Metropolitano de Caracas", en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen II, Editorial Torino, Caracas 2002, pp. 553-592; Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre el régimen

Con base en esta división política del territorio nacional, la Constitución, además, introdujo una reforma que significó un avance sustancial en relación con la Constitución de 1961, respecto de la organización del área metropolitana de Caracas.

La Constitución de 1961, en efecto, sólo establecía que una ley especial podía *coordinar* las distintas jurisdicciones existentes dentro del área metropolitana de Caracas, sin menoscabo de la autonomía municipal (art. 11); ley especial que jamás llegó a sancionarse, a pesar de todas las propuestas que se fueron formulando. En todo caso, la Constitución de 1961 planteaba, como principio, la necesidad de coordinar las distintas jurisdicciones (nacionales, del Estado Miranda, del Distrito Federal y Municipales) que existían en el Área Metropolitana de la Capital.

La Constitución de 1999, por supuesto, fue mucho más allá del sólo reconocimiento de la existencia de distintas jurisdicciones con competencias en el territorio del Área Metropolitana de Caracas y del establecimiento del principio de coordinación; al regular, en su lugar, directamente, la necesidad de establecer un *sistema de gobierno municipal para toda el área*.

En efecto, el artículo 18 de la Constitución, luego de establecer que la ciudad de Caracas es la capital de la República y el asiento de los órganos del Poder Nacional, agregó:

Una ley especial establecerá la unidad político-territorial de la ciudad de Caracas que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda.

Esa Ley fue sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente como Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas de 8-3-2000⁵⁷⁰.

En todo caso, de la norma constitucional, quedó claro en *primer lugar*, que existe un territorio denominado Distrito Capital (antes Distrito Federal) y un territorio denominado Estado Miranda, como parte de la división política de la República. En consecuencia, con el establecimiento del Distrito Metropolitano de Caracas, como lo ha señalado la sentencia N° 1563 de la Sala Constitucional de 13-12-00⁵⁷¹ (Caso: *Interpretación de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas*), “no ha nacido ninguna nueva entidad político territorial que deje sin efecto las previstas en el artículo 16 de la Constitución” (pág. 33 de 61).

En *segundo lugar*, que en dicho territorio, en lo que se refiere al área ocupada por la ciudad de Caracas como realidad urbana, debe establecerse un sistema de gobierno municipal, léase bien, *municipal*, a dos niveles, que integre en una unidad político-territorial, a los Municipios (que pueden y deberían ser varios) del Distrito

constitucional del Distrito Capital y del sistema de gobierno municipal de Caracas”, en *Revista de Derecho Público*, N° 82 (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 5-17; Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen constitucional del Distrito Capital y del sistema de gobierno municipal de Caracas” en *Revista Iberoamericana de Administración Pública (RIAP)*, Ministerio de Administraciones Públicas, N° 5, julio-diciembre 2000, Madrid 2000, pp. 17-39.

570 G.O. N° 36.906 de 8-3-2000.

571 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 184 y ss. En el texto sin embargo, las referencias que hacemos a las páginas de la sentencia se refieren a las de la versión publicada en la página web del Tribunal Supremo.

Capital y a los correspondientes Municipios del Estado Miranda donde tiene su asiento parte de la ciudad capital (Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo) como unidad y continuidad urbanística. Por ello, la sentencia N° 1563 de la Sala Constitucional antes citada del 13-12-00, correctamente califica al Distrito Metropolitano de Caracas como “una entidad estrictamente municipal” (pág. 32 de 61) que “forma parte del Poder Municipal” (pág. 35 de 61); aclarando que “no es una entidad estatal” (pág. 38 de 61).

En *tercer lugar*, que el establecimiento de la unidad político-territorial de la ciudad de Caracas mediante la integración de los Municipios en los cuales tiene su asiento, en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, no afecta en forma alguna la división política de la República, que sigue siendo en Estados y el Distrito Capital, ni afecta en forma alguna los territorios del Distrito Capital y del Estado Miranda, cuyo territorio, en particular, conforme a la Disposición Transitoria Primera, debe preservarse; es decir, que la organización del sistema de gobierno municipal a dos niveles en Caracas, debe preservar la integridad territorial del Estado Miranda y de los Municipios del mismo. Por tanto, no es cierto, como lo ha señalado la sentencia de la Sala Constitucional citada del 13-12-00, que supuestamente la Ley sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas le haya dado “de una vez a dicho Distrito (capital) el régimen de Distrito Metropolitano” (pág. 32 de 61). Tampoco es correcto afirmar, como lo ha hecho la Sala Constitucional en la antes citada sentencia, que con la creación de un Distrito Metropolitano se “fusionen” los Municipios que integran el mismo (pág. 33 de 61 y 34 de 61). No ha habido allí fusión alguna de Municipios.

Por último, en *cuarto lugar*, la integración de un gobierno municipal a dos niveles implica un sistema de distribución de la competencia municipal entre los dos niveles, de manera que el nivel metropolitano ejerza los aspectos metropolitanos (macro) de la competencia municipal y los niveles municipales ejerzan los aspectos locales (micro) de las mismas competencias. En la materia, por tanto, no hay “sujeción” de un nivel a otro, en el sentido de subordinación jerárquica y sólo podría hablarse de primacía normativa del nivel metropolitano. En consecuencia, no es sino desafortunada la expresión utilizada en la sentencia N° 1563 citada de la Sala Constitucional, cuando señala que habría “sujeción” de los Alcaldes Municipales al Alcalde Metropolitano, en el siguiente párrafo:

Para determinar las competencias del Distrito Metropolitano de Caracas, la Sala puntualiza que por mandato constitucional, existe un gobierno municipal de dos niveles, uno macro para toda la extensión territorial y uno micro para cada uno de los municipios que conforman al Distrito.

En el nivel macro, es el Alcalde Metropolitano la primera autoridad civil, política y administrativa del Distrito, mientras que en el nivel micro y en lo que sean competentes, los Alcaldes de cada Municipio son la primera autoridad civil, política y administrativa de ellos.

En consecuencia, existe en el nivel macro una sujeción de los Alcaldes de los municipios integrados al Alcalde Metropolitano, pero éste no puede intervenir en el nivel micro, en lo que sea competencia exclusiva de los municipios que conforman el Distrito (pág. 38 de 61).

El Alcalde Metropolitano no es ningún “Alcalde Mayor” al cual se encuentren “subordinados” (sujetos) los Alcaldes Municipales; y además, no se puede hablar de materias de la competencia municipal “exclusiva” de alguno de los dos niveles de gobierno. Ambos son gobierno municipal, y como tales tienen el gobierno y la administración de las materias de la competencia municipal, cada nivel en los aspectos que le corresponden: los aspectos “macro”, de carácter metropolitano para el nivel metropolitano; y los aspectos “micro”, locales, para los Municipios.

B. *El Régimen de Gobierno Municipal del Distrito Metropolitano de Caracas*

a. *La creación del Distrito Metropolitano de Caracas mediante Ley Especial*

En ejecución del mandato establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, conforme al artículo 18 de la Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente sancionó la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas de 8-3-2000⁵⁷². En todo caso, por el hecho de que haya sido dictada por la Asamblea Nacional Constituyente, dicha ley no adquirió ningún rango distinto al de la ley y mucho menos algún rango constitucional.

Esto lo ha aclarado la Sala Constitucional en la citada sentencia N° 1563 de 13-12-00, donde ha dejado sentado el carácter de la Ley Especial, como ley “de rango inferior a la Constitución” (pág. 29 de 61), a la cual, sin embargo, le atribuyó la naturaleza, el carácter y las características de “ley orgánica, así no se le haya dado tal denominación” (pág. 30 de 61), en virtud de que en ella se regulan materias que están contenidas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En todo caso, debe advertirse, que se trata de la Ley Especial que regula el Distrito Metropolitano de Caracas, que es la exigida en el artículo 18 de la Constitución, para regular, conforme a los principios generales establecidos en la Constitución para los Distritos Metropolitanos (art. 171), la unidad político-territorial de la ciudad de Caracas que integra en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los Municipios Libertador del Distrito Capital y Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo del Estado Miranda.

Por tanto, la Ley Especial no es, en absoluto, la Ley del Distrito Capital a que hacen referencia los artículos 156,10 y 187,1 de la Constitución, constituyendo un lamentable error de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, el haber hecho referencia a una supuesta “Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Capital”, cuando de lo que se trataba era de la Ley Especial sobre el Distrito Metropolitano de Caracas. Sin embargo, la remisión expresa que hace la Disposición Transitoria Primera a la Ley Especial “prevista en el artículo 18 de la Constitución” despeja toda duda, pues esta norma no regula ley alguna del “Distrito Capital” sino de la unidad político territorial de la ciudad de Caracas que integre los Municipios tanto del Distrito Capital como del Estado Miranda en los cuales la ciudad tiene su asiento, en un sistema de gobierno a dos niveles.

En todo caso, esta confusión quedó aclarada en la oportunidad de la primera discusión del “Proyecto de Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Capital” en

572 G.O. N° 36.906 de 8-3-2000.

la Asamblea Nacional Constituyente, sesión del 25-01-2000, lo que condujo a que en la segunda discusión, sesión del 28-01-2000, se hubiera modificado el título de la ley por el de Ley sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas⁵⁷³. Esos debates, lamentablemente no fueron tomados en cuenta por la Sala Constitucional en su sentencia N° 1563 del 13-12-00 al haber afirmado que la Asamblea Nacional Constituyente, de acuerdo con la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, antes de dictar la Ley sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, debió dictar la Ley sobre el Régimen del Distrito Capital (pág. 29 de 61).

En todo caso, se debe señalar que con base en lo establecido en el artículo 18 de la Constitución, entonces, el artículo 1° de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, establece que:

Artículo 1°. Esta Ley tiene por objeto regular la creación del Distrito Metropolitano de Caracas como unidad político territorial de la ciudad de Caracas, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y establecer las bases de su régimen de gobierno, organización, funcionamiento, administración, competencia y recursos. El Distrito Metropolitano de Caracas goza de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y la ley, y su representación la ejercerán los órganos que determine la ley.

A tal efecto, el artículo 2° de la Ley Especial determinó el ámbito territorial del Distrito Metropolitano de Caracas así:

Artículo 2°. Los límites del Distrito Metropolitano de Caracas, son los del Municipio Libertador del Distrito Capital, el cual sustituye al Distrito Federal y de los Municipios Sucre, Baruta, Chacao y El Hatillo del Estado Miranda. Cualquier controversia que pudiera surgir sobre los mismos será decidida por el Tribunal Supremo de Justicia de conformidad con la Constitución y las leyes de la República, en cualquier caso preservando la integridad territorial del Estado Miranda.

Sobre la necesaria posible subdivisión del Municipio Libertador del Distrito Capital en otros Municipio, el artículo 38 de la Ley Especial estableció que corresponde a la Asamblea Nacional “en el lapso no mayor de un (1) año a partir de su instalación” dictar las medidas para la reorganización político territorial del Municipio Libertador, de conformidad con los principios de descentralización y participación contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La Ley del Distrito Capital prevista en la Constitución (art. 156,10), por tanto, en realidad sólo podría tener por objeto la división político territorial del Distrito en Municipios, no siendo necesario dictarla a ningún otro efecto como lo ha exhortado la Sala Constitucional en la sentencia N° 1563 citada del 13-12-00, considerándola como “una urgente necesidad” (pág. 30 de 61).

Por otra parte, en cuanto a la integración de nuevas entidades territoriales al Distrito Metropolitano de Caracas, ello debe ser aprobado por la Asamblea Nacional, mediante acuerdo (art. 29 de la Ley Especial).

573 Véase Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente* (Diario de Debates), Noviembre-1999-Enero 2000, Caracas, 2000.

b. *El sistema de gobierno municipal a dos niveles en el Distrito Metropolitano de Caracas*

Conforme al mencionado artículo 18 de la Constitución, el artículo 3° de la Ley Especial dispuso que el Distrito Metropolitano de Caracas se organiza en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, así:

1. El Nivel Metropolitano, formado por un órgano ejecutivo y un órgano Legislativo, cuya jurisdicción comprende la totalidad territorial Metropolitana de Caracas;
2. El Nivel Municipal formado por un órgano ejecutivo y un órgano legislativo en cada municipio integrante del Distrito Metropolitano de Caracas, con jurisdicción municipal.

En el Distrito Metropolitano de Caracas, el gobierno y la administración corresponden al Alcalde Metropolitano; y la función legislativa corresponde al Cabildo Metropolitano (art. 4). Por su parte, conforme a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en cada uno de los Municipios que integran el Distrito Metropolitano, el Poder Ejecutivo lo ejerce el Alcalde Municipal; y el Poder Legislativo lo ejerce el Concejo Municipal, con sus respectivas competencias, de conformidad con lo establecido en la Constitución y leyes de la República (art. 5).

En el nivel metropolitano, el Alcalde Metropolitano es la primera autoridad civil, política y administrativa del Distrito Metropolitano de Caracas, así como los Alcaldes Municipales lo son en cada uno de los Municipios que lo integran (art. 8).

En cuanto al Cabildo Metropolitano, conforme al artículo 11 de la Ley Especial, es el órgano legislativo del Distrito Metropolitano de Caracas, integrado por los Concejales Metropolitanos elegidos en la oportunidad y en el número determinados por la legislación electoral aplicable.

Se regula, además, en la Ley Especial, al Consejo de Gobierno del Distrito Metropolitano de Caracas como órgano superior de consulta y asesoría del Alcalde Metropolitano, integrado por los Alcaldes de los Municipios que conforman el Distrito Metropolitano de Caracas (art. 10). Dicho Consejo de Gobierno, lo preside el Alcalde Metropolitano y se reúne a convocatoria suya (arts. 9 y 10). Se reguló así, en la ley, la figura que se había creado en los Reglamentos de la Ley Orgánica de Descentralización de 1993⁵⁷⁴.

Tanto el nivel metropolitano como el nivel municipal en el Distrito Metropolitano de Caracas, son *gobiernos municipales* y, por tanto, sus competencias son estrictamente municipales.

Por ello, el artículo 28 de la Ley Especial, establece que las disposiciones de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el tiempo de su vigencia, así como la legislación prevista en el numeral 7 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución, regirán para el Distrito Metropolitano de Caracas en cuanto sean aplicables.

Precisamente por este carácter *municipal* del sistema, el artículo 19 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano otorga al mismo “las competencias municipales atribuidas a los Municipios en el artículo 178 de la Constitución”. Con tal declaratoria no se produjo ningún “contrasentido con la organización

574 Véase el Reglamento N° 6, *cit.*, nota 18.

municipal” como lo afirmó la Sala Constitucional en la sentencia N° 1563 del 13-12-00 (pág. 42 de 61), pues el Distrito Metropolitano como lo dijo la misma Sala en la misma sentencia N° 1563, es “una entidad estrictamente municipal” (pág. 32 de 61) que organiza un sistema de gobierno municipal a dos niveles, Distrital y Municipal, ambos formando parte del “Poder Municipal” y con las competencias establecidas en la Constitución para los Municipios (art. 178). Siendo los dos niveles de carácter municipal, la ley lo que tenía que hacer era “distribuir” el ámbito de las competencias municipales en los dos niveles, pero sin pretender atribuir a alguno de los dos niveles competencias municipales exclusivas.

Por otra parte, las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas conforme al artículo 27 de la Ley Especial, deben velar por la estricta observancia de la normativa constitucional que consagra el proceso de descentralización como principal estrategia del desarrollo y, en tal sentido deben estimular la cooperación institucional y la armonización en relación de los dos niveles de Gobierno Metropolitano y entre éstos y el Gobierno Nacional y el del Estado Miranda.

El artículo 18 de la Constitución, además, exige que la Ley debía garantizar el carácter democrático y participativo del gobierno municipal en los dos niveles (art. 18). De allí que el artículo 6 de la Ley Especial, en general, disponga que:

Artículo 6º. El Alcalde Metropolitano de Caracas, los Concejales Metropolitanos, los Alcaldes Municipales y los miembros de los Concejos Municipales serán electos por votación popular, universal, directa y secreta en la misma oportunidad en que se lleven a cabo las elecciones municipales en todo el país. En las correspondientes al Alcalde Metropolitano participarán todos los electores residentes en los Municipios que integran el Distrito Metropolitano de Caracas. En las destinadas a elegir Alcaldes y Concejos Municipales participarán los electores correspondientes al municipio respectivo.

En particular, en cuanto a las condiciones de elegibilidad de los titulares de los órganos municipales en el Distrito Metropolitano, la Ley Especial dispone:

Artículo 7º. Para ser elegido Alcalde Metropolitano o de alguno de sus Municipios integrantes, Concejales del Cabildo Metropolitano o de los Concejos Municipales, se requiere ser venezolano, mayor de veintiún (21) años de edad, de estado seglar, no estar sometido a condena mediante sentencia definitivamente firme, residencia de no menos de cinco (5) años en el área del Distrito Metropolitano de Caracas y estar inscrito en el Registro Electoral Permanente del mismo. Deberá, además, cumplir los requisitos establecidos en la Constitución y leyes de la República.

Los Concejales Metropolitanos del Cabildo Metropolitano, por su parte se eligen por períodos de 4 años, pudiendo ser reelegidos para un período inmediato por una sola vez. (art. 4).

c. Las atribuciones de las autoridades metropolitanas

En cuanto a los órganos de las autoridades municipales metropolitanas, la Ley Especial definió las atribuciones tanto del Alcalde Metropolitano como del Cabildo Metropolitano.

a'. Las atribuciones del Alcalde Metropolitano

En cuanto al Alcalde Metropolitano, el artículo 8 de la Ley Especial, le atribuye las siguientes atribuciones:

1. Cumplir y velar por el cumplimiento de la Constitución de la República, las leyes nacionales y acuerdos y ordenanzas que dicte el Cabildo Metropolitano;
2. Administrar la Hacienda Pública Metropolitana;
3. Preservar el orden público y la seguridad de las personas y propiedades;
4. Presentar al Cabildo Metropolitano el Proyecto de Presupuesto de Ingresos y Gastos para cada Ejercicio Fiscal, conforme a la Ley;
5. Gerenciar y coordinar las competencias metropolitanas para unificar las áreas de servicios públicos de interés común y fijar las tasas y tarifas por los servicios;
6. Promulgar las ordenanzas dictadas por el Cabildo Metropolitano, dentro de los ocho (8) días de haberlas recibido. Cuando a su juicio existan razones para su revisión podrá devolverlas al Cabildo Metropolitano, dentro del mismo plazo, con una exposición razonada pidiendo su reconsideración. En estos casos, el Cabildo procederá a la revisión, pudiendo ratificar la ordenanza, modificarla o rechazarla por una mayoría de las tres cuartas partes de los presentes en una sola discusión, teniéndose por definitivamente firme lo que así decida;
7. Presidir el Consejo de Gobierno del Distrito Metropolitano de Caracas;
8. Organizar y dirigir los espacios u oficinas relativas al funcionamiento de la Alcaldía Metropolitana;
9. Ejercer la representación del Distrito Metropolitano de Caracas;
10. Concurrir a las sesiones del Cabildo Metropolitano con derecho a palabra cuando lo considere conveniente, también deberá hacerlo cuando sea invitado por este cuerpo.
11. Dictar los decretos previstos en el ordenamiento jurídico y los reglamentos que desarrollen las ordenanzas sin alterar el espíritu, propósito o razón y los reglamentos autónomos previstos en esta Ley;
12. Suscribir los contratos y concesiones de la competencia del nivel metropolitano;
13. Rendir cuenta anual de su gestión al Contralor del Distrito Metropolitano de Caracas;
14. Asumir las competencias que correspondían al Gobernador del Distrito Federal.

Además, corresponde al Alcalde Metropolitano, la coordinación de las Mancomunidades Metropolitanas que se establezcan entre los Municipios que integran el Distrito (art. 26).

b'. Las atribuciones del Cabildo Metropolitano

En cuanto al Cabildo Metropolitano, el artículo 12 de la Ley Especial, le asigna las siguientes atribuciones:

1. Dictar su Reglamento interno;
2. Sancionar ordenanzas y acuerdos sobre las materias de la competencia metropolitana;

3. Recibir Informe de la Gestión Anual del Alcalde Metropolitano;
4. Aprobar o rechazar los contratos que someta a su consideración el Alcalde Metropolitano, cuando lo exija la legislación aplicable;
5. Designar al Contralor Metropolitano, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 176 de la Constitución;
6. Considerar el Proyecto de Presupuesto de Ingresos y Gastos del Distrito Metropolitano de Caracas que deberá presentar el Alcalde Metropolitano, y pronunciarse sobre el mismo en la oportunidad y forma prevista en la legislación aplicable;
7. Las demás que le asignen el ordenamiento jurídico aplicable.

d. *Las otras autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas*

En la Ley Especial del Distrito Metropolitano de Caracas, además de las autoridades antes mencionadas, se regula la Contraloría Metropolitana y el Procurador Metropolitano.

a'. *La Contraloría Metropolitana*

Conforme al artículo 13 de la Ley Especial, la Contraloría Metropolitana debe ser dirigida por un Contralor designado de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República y en las leyes aplicables; el cual debe durar en sus funciones cuatro (4) años, pero puede ser destituido por faltas graves calificadas por el Poder Ciudadano Nacional (art. 15).

Le corresponde a la Contraloría Metropolitana el control, vigilancia y fiscalización de los bienes, ingresos y gastos del Distrito Metropolitano, así como las operaciones relativas a los mismos, conforme la Ley y a las ordenanzas aplicables (art. 14).

b'. *El Procurador Metropolitano*

El Procurador Metropolitano debe ser nombrado por el Cabildo Metropolitano, a propuesta del Alcalde, por la aprobación de la mayoría absoluta de sus miembros, en los primeros treinta (30) días posteriores a su instalación, al iniciarse el período Constitucional. Para ser Procurador Metropolitano se requiere ser venezolano, mayor de treinta (30) años y de profesión abogado.

La destitución del Procurador Metropolitano debe ser propuesta por el Alcalde, previa elaboración del expediente respectivo, por fallas graves en el ejercicio de sus funciones. Dicha destitución deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros del Cabildo Metropolitano (art. 16).

El artículo 17 de la Ley Especial le asigna al Procurador Metropolitano las siguientes competencias: sostener y defender, judicial y extrajudicialmente los derechos del Distrito Metropolitano de Caracas en todos los asuntos y negocios en las cuales tenga interés el Distrito Metropolitano de Caracas, conforme a las instrucciones del Alcalde Metropolitano. Además, está obligado a advertir a los funcionarios y empleados metropolitanos sobre las faltas que observe en el desempeño de sus funciones y solicitar su destitución en caso de reincidencia.

Para facilitar las funciones del Procurador Metropolitano, el artículo 18, de la Ley Especial señala que todo ciudadano que tenga información sobre alguna situación que afecte los derechos del Distrito Metropolitano de Caracas, que debe ser conocido prevenido o evitado por el Procurador Metropolitano lo debe comunicar, a éste, a fin de que proceda en consecuencia.

c'. Consejo Metropolitano de Planificación de Políticas Públicas

El artículo 33 de la Ley Especial creó el Consejo Metropolitano de Planificación de Políticas Públicas, presidido por el Alcalde Metropolitano e integrado por los Alcaldes de los Municipios que conforman el Distrito Metropolitano de Caracas, un Concejal de cada uno de estos municipios, un representante del Ejecutivo Nacional, un representante de la Gobernación del Estado Miranda, los Presidentes de las Juntas Parroquiales, por representantes de las organizaciones vecinales y otras de la sociedad organizada de conformidad con la Constitución y la ley.

Por otra parte, dispuso la Ley Especial que cuando se tratasen temas concernientes al Distrito Metropolitano de Caracas, los Consejos de Gobierno y Planificación tanto nacionales como del Estado Miranda deberán invitar al Alcalde Metropolitano de Caracas (art. 34); cuando se trate de la consideración de temas que afecten o sean de interés del Estado Miranda, el Cabildo Metropolitano y el Consejo de Gobierno Metropolitano, deben invitar con derecho a voz al Gobernador de esa entidad (art. 35).

C. La distribución del ámbito de competencias municipales en los dos niveles de gobierno municipal en el Distrito Metropolitano

a. Lo macro y lo micro en la distribución de competencias

Como se ha dicho, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley Especial, el Distrito Metropolitano de Caracas, es decir, los dos niveles de gobierno municipal que funcionan en el mismo, tienen las competencias establecidas en el artículo 178 de la Constitución de la República y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal para todos los Municipios.

Es decir, como lo precisa la sentencia N° 1563 de la Sala Constitucional de 13-12-00, en el Distrito Metropolitano de Caracas, “existe un gobierno municipal a dos niveles, uno “macro” para toda la extensión territorial y no “micro” para cada uno de los Municipios que conforman al Distrito” (pág. 38 de 61).

Por tanto, ambos niveles “macro” y “micro” son gobiernos municipales con competencias municipales, por lo que la distribución del ámbito de las mismas entre los dos niveles debe seguir el mismo criterio: lo “macro” de las competencias debe corresponder al Distrito Metropolitano y lo “micro” de las mismas competencias a los Municipios que lo integran.

Bajo ese ángulo es que, en nuestro criterio, tiene que analizarse el artículo 19 de la Ley Especial, cuando señala que el Nivel Metropolitano de Caracas tiene competencias en las siguientes materias:

1. El Acueducto Metropolitano de Caracas;
2. Distribución y venta de electricidad y gas doméstico;
3. Planificación y ordenación urbanística, ambiental, arquitectura civil y viviendas de interés social;
4. Vialidad urbana, circulación y ordenación del tránsito de vehículos en el área metropolitana;
5. Los servicios de transporte urbano intermunicipal de pasajeros del Distrito Metropolitano de Caracas;
6. Protección civil y seguridad de precaución y administración de emergencia o desastre y prestación de servicio del Cuerpo de Bomberos;
7. Institutos metropolitanos de créditos;
8. Servicios de policía de orden público en el ámbito metropolitano, así como de policía administrativa con fines de vigilancia y fiscalización en las materias de su competencia;
9. Promover y coordinar conjuntamente con los municipios del Distrito Capital el desarrollo de acciones que garanticen la salud pública en el marco de las políticas nacionales de salud;
10. La normativa para armonizar de las tasas y definir principios, parámetros y limitaciones para el ejercicio de la potestad fiscal de los municipios que integran el Distrito Metropolitano.
11. Tratamiento y disposición de residuos sólidos;
12. Parques y espacios abiertos de carácter metropolitano; y,
13. Las demás que le sean atribuidas por el poder nacional y que no estén expresamente señaladas como de la competencia nacional o municipal.

Además de las competencias antes indicadas, la Asamblea Nacional puede atribuir al Distrito Metropolitano de Caracas determinadas competencias nacionales con el fin de promover la descentralización política y administrativa (art. 32). Cuando la Asamblea Nacional legisle sobre materias relativas al Distrito Metropolitano de Caracas, debe “consultar a las autoridades del mismo” (art. 31).

De acuerdo con el mismo artículo 19 de la Ley Especial, las actuaciones metropolitanas se deben realizar en un marco de participación vecinal tomando en cuenta las opiniones e iniciativas de las autoridades de las entidades municipales integradas en el Área Metropolitana, en el proceso de definición de políticas, planes y proyectos, control y evaluación de los resultados de la gestión.

Ahora bien, en relación con el artículo 19 de la Ley Especial, debe señalarse, ante todo, que la identificación de competencias, que contiene, todas municipales, como correspondientes al nivel metropolitano, sólo tuvo por objeto identificar, con precisión, cuáles de todas las competencias municipales exigían su ejercicio (no excluyente) a nivel metropolitano, además del ejercicio a nivel local municipal. Por ello, en ningún caso puede identificarse esta enumeración como excluyente del nivel local municipal, y como una atribución de competencias exclusivas al nivel metropolitano, pues ello sería inconstitucional. Se trató, sólo, de indicar qué materias de la competencia municipal debían ser necesariamente compartidas o concurrentes entre los dos niveles de gobierno municipal.

En relación al alcance de estas competencias del nivel metropolitano, las cuales son por supuesto *concurrentes* con las del nivel municipal (todas son competen-

cias municipales), la Sala Constitucional se ha pronunciado en una forma totalmente incorrecta, en la sentencia N° 1563 del 13-12-00, antes citada, señalando que en virtud de la enumeración del antes citado artículo 19 de la Ley Especial, entonces:

por exclusión con las competencias anteriores expresamente señaladas, corresponde a los Municipios en particular, gobernar y administrar en lo concerniente a la vida local, en las siguientes áreas, que señala la Sala a título enunciativo, y que contempla tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Régimen Municipal:

1. Tránsito local y patrimonio histórico.
2. Sitios de recreación.
3. Ornato público.
4. Nomenclatura.
5. Transporte público urbano dentro del Municipio.
6. Espectáculos públicos.
7. Publicidad comercial.
8. Protección del ambiente.
9. Aseo urbano y domiciliario, comprendido la limpieza y recolección de basura y residuos, exceptuando el tratamiento y disposición de los residuos sólidos.
10. Parques, jardines y plazas, destinados por sus instalaciones a prestar servicios a la población del municipio.
11. Atención primaria en salud.
12. Servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad.
13. Educación preescolar.
14. Servicios de integración familiar de las personas con discapacidad, al desarrollo comunitario.
15. Actividades e instalaciones culturales y deportivas.
16. Cementerios y servicios funerarios.
17. Canalización de aguas servidas y alcantarillado
18. Justicia de Paz.
19. Servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y ejidos, y las actividades relativas a las materias de competencia municipal. (pág. 43 de 61).

El ejercicio que realizó la Sala Constitucional con este planteamiento, es completamente incongruente con los fundamentos de la sentencia misma y contradice el encabezamiento del mismo artículo 19 de la Ley Orgánica, por lo que en definitiva, es inconstitucional.

En efecto, los dos niveles de gobierno (“macro” y “micro”, para usar la terminología de la Sala) son *municipales*, y sus competencias son las *municipales* enumeradas en el artículo 178 de la Constitución. La enumeración que hizo el artículo 19 de la Ley Orgánica, fue un intento del legislador de precisar aspectos “macro” de las competencias municipales que correspondían al nivel metropolitano, sin que ello pudiera significar que se excluyeran las competencias “micro” en *las mismas materias* que corresponden a los Municipios.

En consecuencia, es totalmente equivocada la operación de “sustracción” o “resta” que arbitrariamente hizo la Sala Constitucional, de “quitarle” a los Municipios del Área Metropolitana de Caracas parte de sus competencias constitucionales (art. 178) y pretender crear una exclusión y una “materia” de competencia municipales exclusivas del nivel distrital metropolitano. La Sala debió sólo interpretar en las mismas competencias municipales, conforme a la enumeración del artículo 19, qué ámbito “macro” correspondía al nivel distrital metropolitano y qué ámbito “micro” correspondía al nivel municipal.

En consecuencia, estimamos que la Sala partió de una premisa falsa y, por tanto, errada, al analizar la distribución de competencias entre los dos niveles de gobierno municipal en el Distrito Metropolitano de Caracas. La enumeración del artículo 19 de la Ley especial nunca podría ser exclusiva ni excluyente sobre “la materia” de la competencia municipal de manera que se pudiera concluir, como lo hizo la Sala, que “por exclusión” de lo indicado en el artículo 19 (supuesta materia de la competencia municipal exclusiva del nivel distrital metropolitano) habría, por tanto, “otras” materias de la competencia municipal que serían “exclusivas” de los Municipios del Distrito.

La Sala se equivocó; lo que debía y podía hacer en este caso era precisar e interpretar, no qué “materias” de la competencia municipal correspondían a uno y otro nivel de gobierno (ambos municipales), en forma exclusiva, lo cual era y es contrario a la Constitución; sino qué aspecto “macro” de las competencias municipales correspondían al nivel metropolitano y qué aspecto “micro” de las mismas competencias municipales correspondían a los Municipios; pues como competencias municipales, las enumeradas en el artículo 178 de la Constitución son siempre *concurrentes* entre los dos niveles de gobierno.

En todo caso, teniendo en cuenta los aspectos resaltantes de la sentencia N° 1563 de la Sala Constitucional, en nuestro criterio, la siguiente sería la distribución de los ámbitos de las competencias municipales en los dos niveles de gobierno municipal en el Distrito Metropolitano de Caracas, conforme a la enumeración del artículo 178 de la Constitución y a la orientación del artículo 19 de la Ley Especial.

Seguimos, en este análisis, el orden enumerativo del artículo 178 de la Constitución, pero refiriéndonos única y exclusivamente a las materias de la competencia municipal incluidas en el artículo 19 de la Ley Especial.

b. *Ordenación territorial y urbanística*

En el artículo 178,1 de la Constitución se atribuye a los Municipios competencia exclusiva, “en cuanto concierne a la vida local”, en la materia de “ordenación territorial y urbanística”; y el artículo 19,3 de la Ley Especial, identifica como competencia del nivel metropolitano, un aspecto de dicha competencia, que es la “planificación y ordenación urbanística.

Ahora bien, conforme al artículo 128 de la Constitución, como ya se ha analizado, la ordenación del territorio es una política del “Estado” (en sus tres niveles territoriales), correspondiendo al Poder Nacional exclusivamente dictar la ley orgánica de la materia. El Poder Nacional también tiene competencia exclusiva para dictar la legislación sobre ordenación urbanística (art. 156,19), así como para el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo (art. 156,19).

En particular, además, corresponde a los Municipios, ejercer competencias exclusivas, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “ordenación territorial y urbanística” (art. 178,1). Esta es una competencia municipal de orden constitucional que no se le puede “quitar” a ningún Municipio y menos cuando se organiza un Distrito Metropolitano. En estos casos, como debe suceder en el de Caracas, lo que el legislador y su intérprete deben hacer es distribuir los ámbitos “macro” y “micro” de la misma materia, que corresponden al nivel distrital metropolitano y al nivel municipal.

En tal sentido, por el hecho de que la Ley Especial haya previsto para el nivel metropolitano, “la planificación y ordenación urbanística y la arquitectura civil” (art. 19,3), ello no significa que, en consecuencia, los Municipios del Área Metropolitana de Caracas hubieran perdido totalmente competencia en esas materias y le quede sólo el “ornato público”, por ejemplo, como lo indica la sentencia N° 1563 de la Sala Constitucional. Ello no sólo sería inconstitucional, sino contrario a la lógica metropolitana.

Cuando la Ley Especial atribuyó al nivel metropolitano la competencia en materia de “planificación y ordenación urbanística” y la “arquitectura civil” fue considerando que con relación a esa competencia municipal no sólo había aspectos “locales”, sino “metropolitanos”, de manera que el ejercicio de la competencia tenía y tiene que distribuirse en los dos niveles. Esa distribución debe realizarse, precisamente, distinguiendo los aspectos “macro” de los aspectos “micro” en la materia.

El Plan General de Ordenación Urbanística de toda la ciudad de Caracas, por supuesto, corresponde al nivel metropolitano, pero los planes de desarrollo urbano local y el detalle de la zonificación urbanística, conforme a las indicaciones del Plan General, tienen que corresponder al nivel municipal, es decir, a cada Municipio.

Ahora bien, en esta materia de la ordenación urbanística, la sentencia N° 1563 de la Sala Constitucional hizo las siguientes consideraciones:

Corresponde al nivel metropolitano la planificación y ordenación urbanística y ambiental del área territorial donde ejerce sus competencias. Esto presupone una ordenación legal referente a lo general del área, pero no impide una particular dictada por cada municipio en lo que es propio y que no choque con la general.

Tratándose de un territorio con problemas comunes, y donde el desarrollo de un sector puede perjudicar a otro en lo urbanístico, en lo ambiental o en lo vial, lo lógico es que una ordenanza del Cabildo Metropolitano cree los organismos de planificación necesarios, y las normas generales de planificación urbanística, ambiental, de vialidad, urbana, arquitectura civil y viviendas de interés social, que regirán todo el Distrito Metropolitano.

Mientras las ordenanzas no se promulguen, quedan vigentes las ordenanzas de cada Municipio, quienes no deberán modificarlas, hasta que los lineamientos generales en estas materias sean dictados por el Cabildo Metropolitano. Todo ello a su vez debe adaptarse a lo que la legislación y la política nacional sobre viviendas disponga, ya que es un principio que lo que es competencia del Poder Nacional, no puede colisionar con lo que es competencia del Poder Municipal. (pág. 47 de 61).

La Sala Constitucional, lamentablemente, no fue lo exacto que se requería fuera en esta materia. Reconoció que la competencia en la materia es una competencia compartida entre los dos niveles de gobierno municipal, e indicó correctamente que, en particular, corresponde al Concejo Metropolitano de Caracas, dictar me-

dante Ordenanza el régimen de distribución del ejercicio de la competencia, conforme a lo “macro” y lo “micro”, entre el nivel metropolitano y el nivel municipal.

Con razón señaló la sentencia N° 1563 que mientras se dicte la Ordenanza Metropolitana, continuaría vigente todo el sistema normativo municipal (Ordenanzas de Planificación Urbana Local y de Zonificación) pero en una afirmación sin asidero jurídico ni lógico-urbanístico, señaló que mientras no se dictara a Nivel Metropolitano el Plan General de Ordenación Urbanística de Caracas, los Municipios no podían modificar sus Ordenanzas. Esto no tiene sentido alguno desde el punto de vista del ejercicio de las competencias municipales ni desde el punto de vista urbanístico. Recuérdese, por ejemplo, que la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística vigente, al establecer el sistema jerarquizado y graduado de planes (nacionales, regionales, de ordenación urbanística, de desarrollo urbano local y especiales) indicó expresamente que la ausencia de uno de nivel superior, no impide que se aprueben los de nivel inferior.

Así, el artículo 18 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística indica que:

Artículo 18. La ausencia de planes de ámbito territorial superior no será impedimento para la formulación y ejercicio de planes de ordenación urbanística. En el caso de los planes desarrollo urbano local, los mismos podrán igualmente ser formulados y puestos en vigencia aún en ausencia de los planes de ordenación urbanística, siempre y cuando se ajusten a las normas y procedimientos técnicos previstos por el Ejecutivo Nacional.

En ambas circunstancias, una vez que los planes de ámbito territorial superior entren en vigencia, aquéllos que estén jerárquicamente supeditados a los mismos, deberán ajustarse y adaptarse a las previsiones correspondientes.

Esta norma y el principio que la integra están vigentes, no han sido derogados, y la “interpretación” que ha hecho la Sala Constitucional, por no ser de una norma constitucional, no es vinculante. En consecuencia, la mención que hace la sentencia N° 1563 de que las ordenanzas de planificación urbana local y de zonificación de los Municipios no pueden ser modificadas “hasta que los lineamientos generales en estas materias sean dictados por el Cabildo Metropolitano”, no es más que una apreciación errada del ordenamiento jurídico en esta materia, que no tiene carácter vinculante.

Ahora bien, conforme a la Constitución, tanto el nivel metropolitano como el nivel municipal en el Distrito Metropolitano de Caracas, tienen competencia municipal en materia de “ordenación territorial y urbanística” en cuanto concierne a la vida local (art. 178,1 Constitución).

En consecuencia, en esta materia, que es concurrente y compartida entre los dos niveles de gobierno municipal de Caracas, la asignación de competencia al Nivel Metropolitano en materia de “planificación y ordenación urbanística” (art. 19,3 Ley Especial), lo que persigue es precisar, expresamente, que la materia tiene un nivel “macro” (para toda la ciudad) que corresponde al nivel metropolitano y un nivel “micro” que corresponde a los Municipios.

En materia de planificación urbanística, la distribución de la competencia entre los dos niveles por la Ley Especial debe seguir la orientación de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, por lo que corresponde al nivel metropolitano el Plan de Ordenación Urbanística (art. 21 y siguientes LOOU) de toda la ciudad de Caracas (en lugar de al Ministerio de Infraestructura, antiguo Ministerio de Desarrollo Urbano)

y a los niveles municipales, los Planes de Desarrollo Urbano Local (arts. 34 y sigts. LOOU), con todas las implicaciones y diferencias que establece la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

c. *Arquitectura civil*

La materia “arquitectura civil” se atribuye en la Constitución a los Municipios como competencia exclusiva “en cuanto concierne a la vida local” (art. 178,1), y en la Ley Especial se identifica como una competencia del nivel metropolitano (art. 19,3).

Ahora bien, sobre esa materia en la ciudad de Caracas, conforme a lo antes argumentado, tanto el Nivel Metropolitano como el Nivel Municipal tienen competencias, y lo que debe distinguir la Ordenanza respectiva que dicte el Cabildo Metropolitano son los aspectos “macro” que corresponderían al Nivel Metropolitano, de los aspectos “micro” que corresponden a los Municipios.

La arquitectura civil, conforme a la tradición legal municipal, es la disciplina que regula las normas básicas de diseño de las edificaciones en cuanto a alturas, fachadas, retiros, densidades, y otros elementos. Sin duda, para la ordenación urbanística de una ciudad metropolitana puede haber aspectos “macro” de arquitectura civil para establecer criterios generales uniformes, pero en general, se tratará de aspectos “micro” que debe ser definido por cada Municipio, de acuerdo con sus características y peculiaridades dentro de la ciudad. Sólo los aspectos “macro” serían los que caerían dentro de las competencias del Cabildo Metropolitano, y ello debe determinarse en la Ordenanza metropolitana respectiva.

d. *Viviendas de interés social*

El ordinal 1º del artículo 178 de la Constitución atribuye a los Municipios competencia exclusiva “en cuanto concierne a la vida local” en materia de “vivienda de interés social”; y el artículo 19, ord. 3 de la Ley Especial identifica la misma materia como competencia del Nivel Metropolitano.

Como se ha dicho, esto último no excluye la competencia de los Municipios en la materia, y lo que hay que precisar en el Distrito Metropolitano de Caracas, es cuáles aspectos “macro” de esa materia corresponden a las autoridades del nivel metropolitano y cuáles a los Municipios del Área Metropolitana de Caracas. Uno y otro nivel tienen competencias en la materia, por lo que el Cabildo Metropolitano es la entidad que debe distribuir el ejercicio de esa competencia por los dos niveles.

e. *Parques y recreación*

El mismo ordinal 1º del artículo 178 de la Constitución atribuye a los Municipios competencia exclusiva “en cuanto concierne a la vida local”, en materia de “parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación”. Esta es una competencia municipal que se ejerce en el Área Metropolitana de Caracas por los dos niveles de gobierno municipal, en sus aspectos “macro” y “micro”, respectivamente. Por ello, el artículo 19, ordinal 12 de la Ley Especial identifica como competencia del Nivel Metropolitano “Parques y espacios abiertos de *carácter metropolitano*”, y no podía ser de otra forma.

Como más o menos lo comenta la sentencia N° 1563 citada de la Sala Constitucional,

No se trata de cualquier tipo de parque o espacio abierto. Es necesario puntualizar que parque es diferente a instalación deportiva, y que se refiere a un terreno destinado a jardines y arbolado para recreo y ornato, así como el lugar donde se exponen plantas (jardines botánicos), animales (parques zoológicos), o peces (acuarios).

Pero lo importante de los parques es que ellos son metropolitanos, lo que significa que por su capacidad y contenido estético, cultural o de otra naturaleza, resultan atractivos para la población del Distrito a fines de recreación, esparcimiento, o adquisición de conocimiento técnicos o científicos. Por lo tanto, parques que no reúnen tales características, como lugares de menor capacidad o atractivos, serán parques municipales administrados por los propios municipios. Con la voz espacios abiertos que utiliza el numeral 12 citado, considera la Sala que se refiere a lugares de diversión o recreo en descampado, el cual sí tiene capacidad suficiente para atraer una masa de personas, adquiere el carácter de metropolitano, ya que sirve a la metrópolis. Es sobre estos espacios que tiene competencia el Distrito Metropolitano, así se encuentren en otros municipios, y que puede administrarlos si son propiedad de cualquiera de los municipios que integran al Distrito (pág. 53 de 61).

f. *Vialidad urbana*

La Constitución atribuye a los Municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “vialidad urbana” (art. 178,2); y esa misma competencia la identifica la Ley Especial como del nivel metropolitano (art. 19,4). Ello no significa, por supuesto, que pueda pretenderse que los Municipios del Área Metropolitana hayan dejado de tener competencia en la materia; lo que significa es que en materia de vialidad urbana debe distinguirse la que es de carácter metropolitano, intermunicipal o que permite trasladarse en toda el área (*p.e.* Autopistas Metropolitanas), de la que es puramente local, intramunicipal. Allí está también lo “macro” y lo “micro” que debe distinguirse en la materia para la distribución de la competencia.

g. *Circulación y ordenación del tránsito de vehículos*

El artículo 178, ordinal 2 de la Constitución, atribuye a los Municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas en vías municipales”; y el artículo 19, ordinal 4 de la Ley Especial, identifica como competencia del Nivel Metropolitano, la “circulación y ordenación del tránsito de vehículos en el Área Metropolitana”.

La competencia es municipal, pero la distribución entre el nivel metropolitano y el municipal es lo que deben hacer las Ordenanzas del Cabildo Metropolitano. Habrá aspectos que se deben regular a nivel de toda el Área Metropolitana (por ejemplo, días de circulación de vehículos u horas de circulación de vehículos de carga) pero habrá aspectos que deben ser regulados a nivel local municipal (horas de descarga, por ejemplo, o instalación de parquímetros)⁵⁷⁵.

575 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Aspectos institucionales del transporte y tránsito en el Área Metropolitana de Caracas*, Caracas, 1971.

Sobre esto, la sentencia N° 1563 de la Sala Constitucional trae comentarios, algunos ambiguos y otros confusos, como los siguientes:

La ordenación del tránsito de vehículos en el Área Metropolitana es tarea del Distrito, debido a la interconexión que tienen las vías de los municipios integrados.

Tal ordenación tiene un sector normativo y otro ejecutivo. Ambos sectores corresponden a las autoridades competentes del Distrito Metropolitano.

Los artículos 4 y 51 de la Ley de Tránsito Terrestre, atribuyen competencia a los Municipios, para ordenar el tránsito de vehículos y personas en las vías urbanas (ordinal 6 del artículo 36 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal); y como la sola función normativa no basta, los servicios en materia de transporte y tránsito terrestre que por su naturaleza no sean de la competencia del Poder Nacional, podrán ser transferidas a los Municipios, y por ende, al Distrito Metropolitano de Caracas (pág. 49 de 61).

En otra parte de la sentencia N° 1563, al referirse a la policía de circulación y tránsito, la sentencia N° 1563 de la Sala Constitucional señala:

Entre sus funciones están el control y vigilancia del tránsito terrestre en el área metropolitana, ya que conforme el artículo 49 de la Ley de Tránsito Terrestre, a las policías municipales les puede corresponder el control y vigilancia del tránsito en sus demarcaciones territoriales. Siendo competencia del Distrito Metropolitano, la vialidad urbana, y la circulación y ordenación del tránsito de vehículos en el área metropolitana, corresponde a las policías municipales ser autoridad administrativa de tránsito terrestre, exclusivamente para el control y vigilancia del mismo. Las ordenanzas que dicte el Cabildo Metropolitano regularán el funcionamiento de dichas policías (pág. 50 de 61).

h. *El transporte urbano*

La Constitución atribuye a los Municipios competencia exclusiva, “en cuanto concierne a la vida local”, en materia de “servicios de transporte público urbano de pasajeros” (art. 178,2). De esta indicación resulta que no son de la competencia municipal los servicios de transporte *extra urbanos*, es decir, que salen de una ciudad hacia otra, que competen al Poder Nacional.

Ahora bien, en relación con los servicios de transporte urbano, la Ley Especial precisó que corresponden al nivel metropolitano, “los servicios de transporte urbano intermunicipal de pasajeros del Distrito Metropolitano” (art. 19,5).

Conforme a lo anterior, por tanto, corresponden al nivel metropolitano los servicios de transporte urbano *intermunicipal*, es decir, entre los Municipios del Área Metropolitana; por lo que corresponde a los Municipios del Área Metropolitana, los servicios de transporte urbano *intramunicipal*, en cada Municipio.

Sobre esta competencia, la Sala Constitucional, en unos confusos párrafos, señaló lo siguiente:

Al Distrito Metropolitano también competen los servicios de transporte urbano intermunicipal de pasajeros.

¿Qué es lo que le compete? Para dar respuesta a tal pregunta, la Sala debe puntualizar que los Municipios -y por ende el Distrito Metropolitano de Caracas- gobiernan y administran los bienes municipales o locales. Dentro de sus territorios ordenan (legalmente) y promocionan el desarrollo económico y social; dotan (construyen) y prestan los

servicios públicos domiciliarios, por sí mismos o mediante concesión; legislan en las áreas señaladas en los ocho numerales del artículo 178 de la Constitución vigente, y promueven la participación de la comunidad, ya que se trata del mejoramiento de sus condiciones de vida; y además, aplican la política inquilinaria conforme a la ley.

Dentro de la dotación y prestación de servicios, el municipio puede incidir en las áreas a que se refiere el artículo 178, construyendo las instalaciones necesarias para los servicios públicos, pero ello no quiere decir que el Ejecutivo Nacional, o los particulares están obligados a ceder las construcciones, instalaciones y servicios ya existentes, para que los preste el Municipio.

En este orden de ideas, los Municipios pueden -según la Ley Orgánica de Régimen Municipal- prestar directamente servicios de transporte urbano de pasajeros, pueden legislar sobre ellos, pero en materia de transporte urbano intermunicipal, dentro de dos o más municipios de un Distrito Metropolitano, es el Cabildo Metropolitano quien puede legislar, derogando la normativa municipal existente, y quien puede crear una policía de transporte y de circulación exclusiva del Distrito Metropolitano.

Según el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Reforma del Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos y Fundaciones del Estado (publicado en la Gaceta Oficial N° 5.395 Extraordinario del 25 de octubre de 1999), se adscribió al Ministerio de Infraestructura la compañía Anónima Metro de Caracas (CAMETRO); por lo tanto, la República debe ser el propietario de las acciones de dicha compañía anónima y sólo mediante el procedimiento señalado en el Capítulo II de este fallo, relativo a las posibilidades de transferencia, podría el Distrito Metropolitano acceder a dicho sistema de transporte.

Ahora bien, los permisos para la instalación de dichos sistemas, y su expansión, nuevas estaciones, etc., son de la competencia del Distrito Metropolitano, quien deberá legislar al respecto sin menoscabo de las competencias del Alcalde. (pág. 46 de 61 y 47 de 61).

En otra parte de la sentencia N° 1563 (VIII. Transporte Urbano), la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

A continuación pasa la Sala a interpretar, conforme a lo solicitado en la Interpretación N° 4 del escrito que origina esta causa, el alcance de la competencia referida al servicio de transporte urbano intermunicipal de pasajeros del Distrito Metropolitano de Caracas.

Como antes se dijo, se trata de una competencia municipal contemplada en el ordinal 7° del artículo 36 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (7°: Servicio de Transporte Público Urbano y de Pasajeros).

Tal competencia significa que el transporte público urbano de pasajeros puede ser normatizado por las municipalidades respectivas, e incluso pueden prestarlos con las unidades de transporte que consideren convenientes (de superficie o subterráneas). Ello no obsta para que ese transporte, mediante concesiones, sea prestado por empresas privadas, conforme a lo que las ordenanzas municipales pauten.

Entre las competencias del Distrito Metropolitano se encuentra la materia de servicios de transporte intermunicipal de pasajeros en el Distrito Metropolitano de Caracas. Luego, los organismos de este Distrito, regulan el transporte urbano que se practique entre los diversos municipios, y así como se regula tal transporte de pasajeros, igualmente el Distrito debe organizar y normar el transporte urbano de pasajeros que de sus límites territoriales salen, ya que ello es parte el transporte intermunicipal.

La Sala reitera, que el transporte intermunicipal puede ser prestado por el Distrito Metropolitano, pero el que prestaban entes particulares o entes nacionales, conforme a la ley, no puede serles negado, y como antes se apuntó, no surge de la Ley Especial sobre

el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, transferencia *ope legis* de los servicios nacionales al Distrito en lo que corresponden a las competencias atribuidas por el artículo 19 *eiusdem*.

La Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte, no ha sido derogada, ni se opone a la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas; y como lo expresa el artículo 4 de aquella ley, el servicio público de los sistemas metropolitanos de transporte lo presta la Administración Pública Nacional, quien además fija las tarifas (artículo 6 de la mencionada ley). También corresponde a la Administración Nacional ejercer las funciones de seguridad en las áreas del Metro (al cual se refiere la ley), las que puede delegar en un órgano policial preexistente, como la Policía Metropolitana, por ejemplo, de acuerdo al artículo 14 *eiusdem*.

Como a estos sistemas de transporte no le es aplicable la Ley de Ferrocarriles, ella tampoco es aplicable al transporte intermunicipal mediante sistemas rápidos que utilicen trenes sobre vías de uso exclusivo, que circulan en el ámbito del área metropolitana y sus alrededores.

Como la planificación y ordenación urbanística corresponde al Distrito Metropolitano, en lo que atañe a su territorio, la construcción de nuevas vías para trenes de transporte, así como estaciones y otros servicios, toca al Distrito Metropolitano aprobarlo, de acuerdo a los planes de ordenación urbanística y de vialidad urbana y ordenación del tránsito de vehículos del área metropolitana, ya que el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, no distingue sobre la clase de vialidad, si es o no subterránea...

...Los transportes metropolitanos mediante trenes, los cuales son distintos a los ferrocarriles nacionales, no son de la competencia exclusiva del Poder Público Nacional, y por ello pueden ser transferidos a los Distritos Metropolitanos (págs. 47 de 61, 48 de 61 y 49 de 61).

De estos párrafos se destaca la afirmación de la Sala, totalmente contraria a la Constitución, que atribuye al nivel Metropolitano la regulación del transporte intermunicipal, no sólo entre los Municipios del Distrito Metropolitano, que es donde sólo tiene competencia, sino “el que sale de sus límites territoriales” es decir, el de carácter *extra urbano*, que compete al Poder Nacional.

Todas las consideraciones sobre si las empresas que prestan los servicios deben o no transferir sus bienes a las autoridades metropolitanas no tienen sentido alguno, pues esas empresas operan concesiones de servicios públicos. Lo que se transfiere a la autoridad metropolitana es la regulación de las concesiones, como ente concesionario, y nada más.

i. *Protección del ambiente*

La Constitución atribuye a los Municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental” (art. 178,4). Por su parte, la Ley Especial identifica como competencia del nivel metropolitano la “planificación y ordenación... ambiental” (art. 19,3).

En esta materia, por tanto, los Municipios siguen teniendo su competencia constitucional en la materia, y lo que se refiere al nivel metropolitano es un aspecto “macro” de la misma, que se concreta en la “planificación” y ordenación ambiental” de carácter Metropolitanas.

j. *Tratamiento de residuos sólidos*

El artículo 178, ordinal 4° de la Constitución atribuye a los Municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos”. Es una competencia municipal que en Caracas se ejerce por los dos niveles de gobierno.

Para contribuir a definir lo que corresponde al nivel “macro”, la Ley Especial indicó como competencia del nivel metropolitano “el tratamiento y disposición de residuos sólidos” (art. 19,11), por lo que la limpieza y recolección continúan en el nivel municipal.

Por ello, la Sala Constitucional, en esta materia, señaló en la antes citada sentencia N° 1563:

en lo particular, el tratamiento de residuos sólidos es competencia del Distrito Metropolitano, por lo que en sus límites puede legislar sobre ellos y construir o dar en concesiones las plantas para su manejo.

Los residuos sólidos y su transporte son el resultado por lo recolectado por el aseo urbano domiciliario, que corresponde a los Municipios que integran al Distrito Metropolitano, mientras que su tratamiento y disposición serán dirigidos y legislados por el Distrito Metropolitano (pág. 54 de 61).

k. *Protección civil*

El artículo 178, ordinal 4 de la Constitución atribuye a los Municipios competencia en materia de “protección civil” y el artículo 332 considera a los servicios de seguridad ciudadana, entre ellos la administración de emergencias de carácter civil y de desastres, como materia de competencia concurrente entre el Poder Nacional, el Poder Estadal y el Poder Municipal.

Ahora bien, la Ley Especial identificó como del Nivel Metropolitano la competencia en materia de “protección civil y seguridad de precaución y administración de emergencias o desastres y prestación de servicio de cuerpo de bomberos” (art. 19,6).

En esta materia, de nuevo, la competencia municipal debe distribuirse entre los dos niveles, conforme a los aspectos “macro” o “micro” de la misma, de manera que correspondan al Nivel Metropolitano los servicios que sean de ese carácter metropolitano, correspondiendo a los Municipios, los locales. Corresponde al Cabildo Metropolitano, mediante Ordenanza, la distribución de la competencia municipal entre los dos niveles de gobierno municipal.

l. *Salud*

Los Municipios tienen competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, conforme a la Constitución, en materia de “salubridad y atención primaria en salud” (art. 178,5). En el Distrito Metropolitano, esa competencia corresponde a los dos niveles de gobierno, debiendo el Cabildo Metropolitano distribuir entre los aspectos “macro” de carácter metropolitano y los de ámbito “micro” local-municipal.

En todo caso, el artículo 19, ordinal 9 sólo indicó como de carácter “macro” la competencia del nivel metropolitano para

promover y coordinar conjuntamente con los Municipios del Distrito Metropolitano, el desarrollo de acciones que garanticen la salud pública en el marco de las políticas nacionales de salud.

m. Los servicios públicos domiciliarios

En el artículo 178, ordinal 6 de la Constitución se atribuye a los Municipios competencia exclusiva en cuanto concierne a la vida local, en materia de “servicios de agua potable”, “electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas”. En general, estos servicios en un gran centro poblado como el Valle de Caracas, terminaron prestándose uniformemente, como tenía que ser, por una sola empresa o entidad concesionaria: la C.A. La Electricidad de Caracas, para la electricidad y CORPOVEN, para el gas. En cuanto al abastecimiento de agua, correspondió la prestación al Instituto Nacional de Obras Sanitarias (INOS), como ente concesionario municipal, y los servicios luego pasaron a las empresas hidrológicas que derivaron del INOS.

En la ciudad de Caracas, por tanto, las concesiones municipales y las necesidades de abastecimiento de la ciudad llevaron al desarrollo de un sistema de acueducto metropolitano que se surte, básicamente, con aguas provenientes de otras cuencas y otros municipios del Estado Miranda, por ejemplo. Por tanto, el regularse el Distrito Metropolitano, era lógica la identificación, como competencia del nivel metropolitano en materia de “servicio de agua potable”, “del Acueducto Metropolitano de Caracas”, como lo indica el artículo 19, ordinal 1° de la Ley Especial. Ese es el nivel “macro” en la materia, por lo que la concesión del servicio que presta Hidrocapital, como empresa concesionaria, pasa a ser una concesión metropolitana, cuya regulación y otorgamiento corresponde al Nivel Metropolitano. Ello no excluye que la distribución del agua potable a nivel local, sea gestionada por los Municipios.

El mismo razonamiento debe hacerse respecto de los otros servicios públicos domiciliarios indicados en el ordinal 2° del artículo 19 de la Ley Especial, como “distribución y venta de electricidad y gas doméstico”.

Ahora bien, sobre esto la sentencia N° 1563 de la Sala Constitucional, también con unas consideraciones bastantes confusas, señaló lo siguiente:

Es de la competencia del poder público municipal, el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, los de electricidad, agua potable y gas (artículos 178 de la Constitución de 1999 y 38 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal).

El poder público nacional está conformado por el Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral (artículo 136 de la Carta Fundamental), por lo que de dicho poder se encuentra separado el Municipal.

En lo referente al régimen general de los servicios públicos domiciliarios, éste lo establece el poder nacional (numeral 29 del artículo 156 constitucional), y a nivel municipal, dentro del régimen general, corresponde a los Municipios y en particular al Distrito Metropolitano, lo concerniente al Acueducto Metropolitano de Caracas a la distribución y venta de electricidad y gas doméstico, y los servicios de transporte urbano intermunicipal de pasajeros.

¿Significa ello que las empresas que explotan el acueducto de Caracas y las empresas destinadas a distribuir y vender electricidad y gas doméstico, o a transportar pasajeros, deben ser municipales y corresponde al Municipio producir lo distribuible y prestar el servicio?

La Constitución de 1999, entre los derechos económicos, ha prohibido a los particulares los monopolios y ha limitado de manera general (para el Estado y los particulares) la posición de dominio (artículo 113), por lo que mal puede entenderse que los municipios en general, y el Distrito Metropolitano en particular, tengan como meta el monopolizar la producción de agua potable, energía eléctrica o gas, o la distribución y venta de dichos rubros, o del transporte urbano. De allí que los Municipios puedan construir o adquirir acueductos, redes de distribución de electricidad o gas en sus territorios, establecer servicios de transporte y claro está, el Distrito Metropolitano puede hacerlo, pero permitiendo la libre competencia, principio económico contenido en los artículos 112 y 113 de la Carta Magna.

Ahora bien, debido al numeral 1 del artículo 19 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas ¿está obligada Hidrocapital a enajenar gratuitamente sus acciones, o sus bienes correspondientes al acueducto de Caracas, al Distrito Metropolitano? No encuentra la Sala disposición alguna que ordene al poseedor del acueducto a cederlo al Distrito Metropolitano, y sólo en el caso que las instalaciones del acueducto fueran del Municipio Libertador o de los municipios que conforman el Distrito Metropolitano, y éste solicitara entrar en posesión de ellas para prestar el servicio, Hidrocapital tendría que cederlas, previos los arreglos que fueren menester. Diferente es la situación si Hidrocapital transfiriere al Distrito Metropolitano el acueducto, de acuerdo a lo señalado en este fallo (págs. 45 de 61 y 46 de 61).

Con estos razonamientos, la Sala Constitucional, de nuevo, parece ignorar el régimen de las concesiones de servicio público. Con la distribución de competencias municipales entre los dos niveles de gobierno municipal de Caracas, lo único que cambia es el ente concedente: la autoridad concedente pasa a ser el nivel distrital metropolitano en lugar de ser sólo el nivel municipal; pero ello no implica que debe siquiera pensarse en un traslado de la propiedad de las empresas concesionarias.

No se olvide que Hidrocapital es una empresa pública nacional que presta el servicio, como sucesora del INOS, que era el concesionario municipal. No era que el Poder Nacional prestase el servicio en ejercicio de sus propias competencias, por lo que es totalmente incomprensible el razonamiento de la Sala Constitucional en la sentencia N° 1563 citada cuando afirma:

Para prestar los servicios de su competencia, el Distrito Metropolitano ha recibido las dependencias, instalaciones y bienes que correspondían al Distrito Federal, de acuerdo a la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas, pero hay servicios públicos en el área del Distrito que vienen siendo prestados por entes del Poder Público Nacional, y que pueden ser regulados por el Distrito Metropolitano, pero ello no significa que como resultado de la Ley Especial sobre el Régimen Metropolitano de Caracas, los bienes nacionales y las instalaciones propiedad de la Nación, aptos o necesarias para prestar el servicio, se transfieran de pleno derecho al Distrito Metropolitano.

Durante la vigencia de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, se promulgó la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y en su artículo 36, en los ordinales 1° y 7° se atribuyó a las municipalidades, la materia de acueductos, cloacas, drenajes, y tratamiento de aguas residuales; así mismo el servicio de transporte público urbano de pasajeros. Ello no significó entonces, ni puede significar ahora, que los servicios en

esas áreas prestadas por el poder nacional se transfirieron de pleno derecho al Municipio, sino que éste los regulaba y siendo de su competencia hasta podía competir con el Poder Nacional en dichas materias.

Aquella situación, en criterio de esta Sala no ha variado, y la competencia en esas áreas las puede prestar directamente el Distrito Metropolitano con sus recursos propios, o puede ser prestado por el Poder Nacional, regido por la normativa municipal, sin que esté obligado a transferir los bienes con que presta el servicio al Distrito Metropolitano o a Municipio alguno (págs. 39 de 61 y 40 de 61).

En otra parte de la sentencia N° 1563, sobre esta materia de los servicios públicos domiciliarios, la Sala Constitucional agregó:

a) Los servicios públicos de prestación de electricidad y gas en el Distrito Metropolitano de Caracas, podrán ser prestados directamente por el Distrito, o mediante otras formas de delegación o contratos de concesiones; todo de conformidad con los artículos 41 y 42 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Mientras el Cabildo Metropolitano no legisle sobre estas materias, las ordenanzas correspondientes a los diversos municipios que lo integran siguen vigentes sobre dichos servicios.

Es necesario para esta Sala resaltar, que por el hecho que se haya creado el Distrito Metropolitano de la ciudad de Caracas, no han quedado derogadas las leyes (ordenanzas) vigentes en los distintos municipios que lo conforman, por la simple razón que la ley se deroga por otra ley, y por ello es la labor legislativa del Cabildo Metropolitano la que irá desarrollando a nivel del Distrito Metropolitano de Caracas, las competencias que le atribuyó el artículo 19 de la Ley que lo rige.

No tiene que esperar el Cabildo Metropolitano a que el Poder Nacional sancione leyes sobre estos servicios. Las ordenanzas que dicte el Cabildo no pueden ir contra las leyes nacionales vigentes (págs. 51 de 61 y 52 de 61).

n. *Servicios de policía*

La Constitución atribuye a los Municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable” (art. 178,7) y en materia de “servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal” (art. 178,5).

La policía municipal, por tanto, es una competencia que corresponde a los dos niveles de gobierno municipal en el Distrito Metropolitano. A los efectos de la distribución de la competencia en los aspectos “macro” y “micro”, el artículo 19 ordinal 8 de la Ley Especial identificó como competencia del nivel metropolitano: “Servicios de policía de orden público en el ámbito metropolitano, así como de policía administrativa con fines de vigilancia y fiscalización en las materias de su competencia”.

Por tanto, en la materia, corresponde al nivel Metropolitano la policía de orden público “en el ámbito metropolitano”, lo que no implica la extinción de los servicios de policía en el ámbito municipal local; y la policía administrativa en relación con los bienes y actividades del nivel metropolitano, lo que no implica la extinción de los servicios de policía administrativa en relación con los bienes y actividades de cada Municipio.

Sobre este tema, la sentencia N° 1563 de la Sala Constitucional también disertó, igualmente en forma algo confusa, así:

Con relación a la Interpretación N° 5 letra D) solicitada, referente a cuáles son las facultades del Alcalde Metropolitano en materia policial, la Sala debe hacer los siguientes señalamientos:

Por aplicación del artículo 332 de la Constitución de 1999, deberá crearse una Policía Nacional que dependerá del poder ejecutivo. Esta policía, al igual que otros órganos de seguridad ciudadana previstos en dicho artículo, concurrirán con los Estados y los Municipios en los términos establecidos en la ley.

Tomando en cuenta que por mandato del artículo 178 Constitucional, es de la competencia municipal los servicios de policía municipal, cuya organización y ramas de actividades les será atribuida por las leyes estatales, y que puedan existir policías estatales, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 164 de la vigente Constitución, en materia de policía surge una superposición de cuerpos para una misma área territorial.

No tiene dudas la Sala, que la Policía Nacional a ser creada, puede obrar en los Distritos Metropolitanos, debido a su carácter nacional, mas no la Policía Estatal, cuando un Distrito Metropolitano, como el de la ciudad de Caracas, esté formado por entes político-territoriales correspondientes a dos entidades diferentes, ya que si la finalidad de los Distritos Metropolitanos es la armonía de los servicios de la metrópolis, resulta un contrasentido que en un territorio, funcionen policías locales con direcciones distintas, que hasta podrán ser opuestas. Por ello, considera la Sala que los Distritos Metropolitanos con territorios en diversas entidades político-territoriales, escapan (sic) de la previsión del numeral 6 del artículo 164 de la Constitución de 1999, ya que las leyes estatales no podrán determinar las ramas del servicio policial atribuidas a la competencia municipal, y cuáles en el mismo territorio del Estado corresponderán a las policías estatales, ya que ello chocaría o pudiera contradecir con lo que los Cabildos Metropolitanos han decidido para ordenar la metrópolis.

En el Distrito Metropolitano de Caracas, es el Alcalde Metropolitano el encargado de preservar el orden público y la seguridad de las personas y propiedades, tal como se lo impone el numeral 3 del artículo 8 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, y al tener tal atribución, el Alcalde es de pleno derecho de quien depende el servicio de policía metropolitana. Estos servicios se prestan mediante la policía de orden público y la policía administrativa.

A pesar de que la noción de policía de orden público puede tener un significado múltiplo, a juicio de esta Sala, se trata de una policía, cuya finalidad es mantener el orden y evitar el caos, pero igualmente -como parte de ese orden- preservar la seguridad de las personas y propiedades, por lo que es básicamente una policía preventiva de vigilancia urbana, así las leyes le puedan atribuir otras funciones.

En contraste, la policía administrativa, va a vigilar y a fiscalizar el cumplimiento de las ordenanzas municipales, y de todo lo que sea competencia del Distrito Metropolitano. Se trata de una policía que vigila y fiscaliza las plazas, los espectáculos públicos, el metro, las vías, los servicios de transporte urbano, etc., en lo que compete al Distrito Metropolitano. Se trata también de un servicio de policía municipal, uniformado o no, que puede realizar funciones de policía fiscal...

Ahora bien, la existencia de una policía distrital, tanto de prevención de orden público, como administrativa, no atenta contra la existencia de servicios de policía correspondientes a cada municipio destinados a actuar dentro de ellos.

Estos últimos son policías destinadas (*sic*) a prevenir el delito y proteger a los vecinos, por lo que la misión de mantener el orden público, por su envergadura, debe corresponder a una sola fuerza, que es la Distrital.

Sin embargo, el Cabildo Metropolitano en definitiva, será quien legisle sobre la organización de la policía preventiva o de la administrativa para todo el Distrito Metropolitano, teniendo en cuenta que en cuanto a las policías administrativas, cada Municipio podrá establecer su propio servicio, y dirigirla, cónsono con sus necesidades y realidades.

Mientras las ordenanzas sobre policía del Distrito Metropolitano no se dicten, cada cuerpo policial de los municipios seguirá siendo dirigido orgánica y funcionalmente por el respectivo Alcalde, aunque coordinados por el Alcalde Metropolitano. Dentro de esa coordinación podrá desplazar policías del Municipio Libertador del Distrito Capital a otros Municipios, o pedir ayuda a éstos en materia policial.

Hasta que no se dicten las ordenanzas sobre vialidad urbana y circulación de vehículos del área metropolitana, a cada Municipio corresponde dirigir su propia policía de tránsito, cuyas funciones pueden coincidir con las de la policía preventiva, y a cada municipio corresponde también el ingreso del producto de las multas que impongan por infracciones tipificadas en las respectivas ordenanzas, las cuales no existen a nivel del Distrito Metropolitano.

Todas estas policías son órganos de consulta civil, y así se declara.

Podrá el Ejecutivo Nacional, como director de los sistemas metropolitanos de transporte, y conforme a la ley que los rige, transferir a las policías municipales funciones de los cuerpos de seguridad de dichos servicios, a tenor de lo previsto en el artículo 14 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte (págs. 49 de 61; 50 de 61 y 51 de 61).

ñ. *Otras competencias*

Nos hemos referido anteriormente a las materias de la competencia exclusiva municipal, en cuanto concierne a la vida local, establecidas en el artículo 178 de la Constitución, que el artículo 19 de la Ley Especial identifica como de nivel metropolitano en sus aspectos “macro” y, por tanto, compartida o concurrente con las que continúan ejerciendo por los Municipios, en los aspectos “micro”.

El artículo 19 ordinal 7 menciona otra competencia como de nivel metropolitano y se refiere a los “Institutos metropolitanos de Crédito”, lo que por supuesto no excluye la posibilidad de que existan Institutos Municipales de Crédito, en cada Municipio del Área Metropolitana, conforme a la competencia prevista en el artículo 36, ordinal 14 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Las otras materias de la competencia municipal indicadas en el artículo 178 de la Constitución, no mencionadas en el artículo 19 de la Ley Especial, sin embargo, también podrían ser susceptibles de distribuirse entre los dos niveles de gobierno municipal del Área Metropolitana de Caracas, en los aspectos “macro” (carácter metropolitano) y “micro” (carácter local municipal), que puedan distinguirse en ellas. Esas otras materias enumeradas en el artículo 178 de la Constitución excluidas las ya analizadas enumeradas en el artículo 19 de la Ley Especial, son las siguientes:

1. Ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la promoción de la participación y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad.
2. Los servicios de alcantarillado, canalizaciones y disposiciones de aguas servidas.
3. Patrimonio histórico
4. Turismo local
5. Nomenclatura y ornato público
6. Espectáculos públicos
7. Publicidad comercial, en cuanto concierne a los fines específicos municipales
8. Servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad
9. Educación preescolar
10. Servicios de integración familiar de las personas con discapacidades al desarrollo comunitario
11. Actividades e instalaciones culturales
12. Actividades deportivas
13. Cementerios y servicios funerarios
14. Justicia de paz

En todo caso, en todas las materias de la competencia municipal como lo ha señalado la Sala Constitucional en la citada sentencia N° 1563:

Sobre las áreas correspondientes al nivel metropolitano de Caracas, legislará el Cabildo Metropolitano, lo que debe hacer con carácter de urgencia, y mientras esto no suceda, cada Municipio continuará gobernando y administrando esas áreas, conforme lo que el Consejo de Gobierno del Distrito Metropolitano vaya asesorando y consultando (pág. 44 de 61).

D. El régimen territorial de los Municipios del Área Metropolitana de Caracas

Como lo establece el artículo 164 de la Constitución, corresponde a los Estados “la organización de sus Municipios y demás entidades locales y su división político territorial, conforme a esta Constitución y a la Ley”.

Por tanto, sin duda alguna, el Estado Miranda es competente para determinar a través de la Ley de división político territorial del Estado el régimen territorial de los Municipios del Estado. Es incomprensible, por inconstitucional, por tanto, lo expresado por la Sala Constitucional en su antes citada sentencia N° 1563, así:

Pero la Sala quiere asentar un criterio. El Distrito Metropolitano se constituyó para solucionar problemas de desarrollo de la ciudad, que se va conformando por sus conurbamientos, a fin que tal desarrollo sea armónico e integral. Cuando esto sucede, y de allí la necesidad de una ley orgánica que los rija, la organización interna de los municipios y de sus entidades locales, deja de ser competencia del poder estatal, y este no puede modificar la división político-territorial de los municipios afectados al Distrito (pág. 52 de 61).

Este criterio es totalmente inconstitucional; no se puede pretender despojar al Estado Miranda de sus competencias constitucionales.

En cuanto al Municipio Libertador, ya hemos señalado, el mismo debe ser dividido en varios Municipios, para darle coherencia a la división municipal en el Distrito Metropolitano, lo que corresponde a la Asamblea Nacional al dictar la Ley del Distrito Capital.

4. *El régimen especial de distrito municipal para los Municipios del Alto Apure*

El ordinal 3° de la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución, en la cual, como en otras, en realidad, no se prevé ningún “régimen transitorio” para la entrada en vigencia de la Constitución, sino que lo que define, en el tiempo, es un programa legislativo para el desarrollo del Texto fundamental; se estableció que la Asamblea Nacional debía aprobar “dentro de los primeros seis meses siguientes a su instalación”:

Una Ley especial para establecer las condiciones y características de un régimen especial para los Municipios José Antonio Páez y Rómulo Gallegos del Estado Apure....

Se trató, por tanto, de una previsión que obligaba a la Asamblea Nacional a establecer, mediante “Ley especial”, un “régimen especial” para dos Municipios del Estado Apure, por lo que no era concebible que pudiera pretenderse, mediante esa Ley especial, establecerse con el territorio de los dos Municipios mencionados, alguna entidad político territorial distinta, o fuera del Estado Apure. El régimen especial se refiere a dos Municipios del Estado Apure, que conforme a dicha Disposición deben seguir perteneciendo al Estado Apure, como entidad político territorial.

En consecuencia, el régimen especial que conforme a la Disposición Transitoria Tercera la Asamblea Nacional se debía regular “para los Municipios José Antonio Páez y Rómulo Gallegos”, no podía ser otro que un *régimen especial de carácter municipal*. A tal efecto, la Asamblea Nacional dictó en 2001 la *Ley Especial que crea el Distrito del Alto Apure*⁵⁷⁶ integrando territorialmente los Municipios José Antonio Páez y Rómulo Gallegos de dicho Estado (art. 2), y estableciendo un sistema de gobierno municipal a dos niveles el carácter democrático de la misma, y debe responder a la naturaleza propia del gobierno local (art. 169). Por ello, el régimen debe ser de un gobierno municipal democrático (art. 4) a dos niveles: el Municipal de los Municipios Páez y Gallegos y el distrital (art. 8). El gobierno distrital está a cargo de un Alcalde Distrital como órgano ejecutivo, y de un Cabildo Distrital, como órgano legislativo, con jurisdicción en todo el territorio del Distrito Alto Apure (art. 8,1).

V. APRECIACIÓN FINAL SOBRE LA CONTRADICCIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE FEDERALISMO Y CENTRALISMO

Como hemos dicho anteriormente, uno de los grandes cambios políticos que debió propugnar la nueva Constitución de 1999, era transformar definitivamente la Federación Centralizada que hemos tenido durante los últimos cien años, por una Federación Descentralizada, con una efectiva distribución territorial del poder hacia

576 G.O. N° 37326 de 16-11-01.

los Estados y Municipios. En tal sentido debió apuntar la reforma constitucional, no sólo al concebirse la forma del Estado como un Estado Federal Descentralizado (art. 4), sino al preverse a la descentralización política de la Federación como una política nacional de carácter estratégico (art. 158).

Sin embargo, el resultado final del esquema constitucional de distribución territorial del Poder, no significó avance sustancial alguno respecto del proceso de descentralización que se venía desarrollando durante la última década en el país, al amparo de la Constitución de 1961⁵⁷⁷; y más bien, en muchos aspectos ha significado un retroceso institucional. Por ello, la denominación de “Estado Federal Descentralizado”, en definitiva, no pasa de ser el mismo *desideratum* inserto en la Constitución de 1961, hacia el cual se puede ir, pero que no se consolidó en el Texto Constitucional⁵⁷⁸.

En este caso, incluso, el régimen se concibe en forma contradictoria, pues institucionalmente se limita en forma amplia la autonomía de los Estados y Municipios, al remitirse su regulación a la Ley, y se lesiona la igualdad de los Estados, al eliminarse el Senado y, con ello, la posibilidad de la participación política igualitaria de los Estados en la conducción de las políticas nacionales.

En efecto, en la Constitución se estableció una organización unicameral de la Asamblea Nacional (art. 186) que no sólo rompe una tradición que se remonta a 1811, sino que es contradictoria con la forma federal del Estado, que exige una Cámara Legislativa con representación igualitaria de los Estados, cualquiera que sea su población, y que sirva de contrapeso a la Cámara de Representación popular según la población del país. La “eliminación” del Senado o Cámara Federal es, por tanto, un atentado contra la descentralización política efectiva, al extinguir el instrumento para la igualación de los Estados en el tratamiento de los asuntos nacionales en la Asamblea Nacional; y, además, un retroceso tanto en el proceso de formación de las leyes nacionales, como en el ejercicio de los poderes de control parlamentario sobre el Ejecutivo.

Por otra parte, la autonomía de los entes territoriales, Estados y Municipios, exige su garantía constitucional, en el sentido de que no puede ser limitada por ley nacional posterior. De ello se trata al establecerse una distribución constitucional del Poder en el territorio. En la Constitución, sin embargo, la regulación del funcionamiento y la organización de los Consejos Legislativos Estadales se remite a la ley nacional (art. 162), lo cual, además de contradictorio con la atribución de los Estados de dictarse su Constitución para organizar sus poderes públicos (art. 164, ord. 1), es una intromisión inaceptable del Poder Nacional en el régimen de los Estados.

En cuanto a los Municipios, la autonomía municipal tradicionalmente garantizada en la propia Constitución, también se encuentra interferida, al señalarse que los Municipios gozan de la misma, no sólo “dentro de los límites” establecidos en la Constitución, sino en la ley (art. 168), con lo cual el principio descentralizador básico, que es la autonomía, queda minimizado.

577 Véase, en general, Allan R. Brewer-Carías, *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993*, Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización, Caracas, 1993.

578 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999” en *La Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2000, pp. 63 a 88.

En cuanto a la distribución de competencias del Poder Público, los Estados materialmente carecen de materias que globalmente sean de la competencia exclusiva de los mismos, a pesar de que el artículo 164 hable, precisamente, de “competencias exclusivas”. Las pocas indicadas en el artículo 164, en realidad, son materias de competencia parcial de los Estados en algunos casos concurrentes con el Poder Nacional o con el Poder Municipal.

En materia de competencias concurrentes, indudablemente que los Estados podrían y deberían asumir un conjunto de ellas, lo cual podrían hacer mediante ley estatal, salvo que las mismas estén siendo ejercidas en su totalidad por el Poder Nacional, en cuyo caso debería producirse una transferencia de competencias conforme al artículo 157 de la Constitución.

Pero en cuanto a estas materias objeto de competencias concurrentes, no sólo la Constitución exige que sean reguladas mediante *leyes de bases* dictadas por el Poder Nacional (Asamblea Nacional), lo que implica la posibilidad de su condicionamiento por ese nivel (art. 165), sino que, en general, casi todas las materias de competencias concurrentes, en una forma u otra, están sujetas a lo que disponga la ley nacional. Consideramos, sin embargo, que los Estados, independientemente de que se dicten las leyes de base, tienen competencia para desarrollar legislativamente las materias de su competencia concurrente, siempre que no afecten el ejercicio de las competencias por los otros Poderes.

Por otra parte, en cuanto a la distribución de competencias entre los entes territoriales, el proceso de descentralización exigía, ante todo, la asignación efectiva de competencias tributarias a los Estados, sobre todo en materia de impuestos al consumo, como sucede en casi todas las Federaciones. Los avances que el Proyecto de Constitución tenía en esta materia, fueron abandonados en la primera discusión, y en la segunda discusión se le quitaron a los Estados todas las competencias tributarias que se le habían asignado, con lo que se retrocedió aún más respecto del esquema que existía en la Constitución de 1961.

Así, puede decirse que la Constitución de 1999 terminó de vaciar totalmente a los Estados de competencias tributarias. En efecto, conforme a la competencia residual a favor de los Estados prevista en la Constitución de 1961 (art. 17,7), podía sostenerse que existía una competencia tributaria originaria de los Estados en materia de impuestos al consumo, salvo si el Poder Nacional, mediante ley, los creaba como contribuciones nacionales (art. 136,8)⁵⁷⁹. Esto desapareció en la Constitución de 1999, estableciendo, como en general lo había hecho la Constitución 1953 (art. 60,29), una competencia residual a favor del Poder Nacional, contraria al principio federal, en materia de impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por la Constitución o por la ley (art. 156,12). En consecuencia, los Estados sólo tienen competencias en materia de papel sellado, timbres y estampillas como se había establecido en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, y nada más.

De resto, los Estados podrían llegar a tener otras competencias tributarias pero dependiendo totalmente del Poder Nacional, el cual tendría que asignárselas mediante ley (art. 167,5).

579 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Público: Nacional, Estatal y Municipal*, Tomo II, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., pp. 383 y ss.

En esta forma, los Estados siguen dependientes del Situado Constitucional, el cual puede incluso disminuirse, además de que se le fijó un tope máximo (20% de los ingresos nacionales) que en la Constitución de 1961 no tenía (sólo había un mínimo); y si bien se crea en la Constitución el Consejo Federal de Gobierno (art. 185) como órgano intergubernamental, su organización por ley nacional puede conducir a su control por los órganos nacionales.

Todo lo anterior muestra un cuadro poco alentador para el reforzamiento de los Estados, pues ello depende de que la descentralización política sea asumida como una política nacional. Lamentablemente, en la práctica, lo que se aprecia es lo contrario: una tendencia centralista en las ejecutorias de los órganos nacionales del gobierno que no permiten fundamentar el proceso en decisiones nacionales.

Los Estados, sin embargo, a través de sus órganos, pueden y deben tomar iniciativas y decisiones para actualizar la Federación Descentralizada. Por ejemplo, no sólo deben organizar sus Poderes Públicos en sus respectivas Constituciones, incluidos los Consejos Legislativos Estadales sin esperar que se dicte la legislación nacional prevista en la Constitución, sino que deben exigir el cumplimiento de las normas constitucionales que garantizan la participación previa de los Estados en el proceso de elaboración de leyes nacionales que los afecten. No debe olvidarse, que los Consejos Legislativos Estadales tienen la iniciativa de leyes relativas a los Estados (art. 204,8); y que el artículo 206 de la Constitución exige, imperativamente, que los Estados sean consultados por la Asamblea Nacional, a través de los Consejos Legislativos, cuando se legisle en materias relativas a los Estados (art. 206). Además, la Constitución dispone que la ley, que debería ser una ley estatal, debe establecer los mecanismos de consulta a la sociedad civil y demás instituciones de cada Estado, por parte del Consejo, en las materias de legislación nacional relativas a los Estados.

En definitiva, en gran parte, el futuro del proceso de descentralización y, consecuentemente, de democratización, está en manos de los propios Estados y de sus instituciones.

Conforme a lo anterior, en líneas generales, el esquema de Federación Centralizada de la Constitución de 1961 no logró ser totalmente superado en la nueva Constitución, y si bien se habla de descentralización, sigue siendo un desideratum, no actualizado.

La gran reforma del sistema político, necesaria e indispensable para perfeccionar la democracia, en todo caso, era desmontar el centralismo del Estado y distribuir el Poder Público en el territorio; única vía para hacer realidad la participación política. Ello, sólo, justificaba el proceso constituyente; pero su decisión se pospuso y con ello, se perdió la gran oportunidad de comenzar a sustituir el Estado Centralizado por un Estado Descentralizado. La Asamblea Constituyente, para superar la crisis política, debió diseñar la transformación del Estado, descentralizando el poder y sentar las bases para acercarlo efectivamente al ciudadano. Al no hacerlo, ni transformó el Estado ni dispuso lo necesario para hacer efectiva la participación, quedando, como tarea pendiente, el perfeccionamiento de la democracia.

SEXTA PARTE

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA: LA SEPARACIÓN ORGÁNICA DE PODERES Y SUS LIMITANTES

I. LA ORGANIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO NACIONAL

La Constitución en su artículo 136, además de organizar al Estado conforme al principio de la distribución vertical del Poder Público (Nacional, Estadal y Municipal), establece el régimen del Poder Público Nacional conforme al principio de la *separación orgánica de poderes*, rompiendo con la tradicional división tripartita del Poder (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y agregando dos más (Ciudadano y Electoral)⁵⁸⁰ en la siguiente forma:

El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

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

En principio, la separación de poderes debería originar un esquema de pesos y contrapesos, de manera que cada Poder fuera independiente en relación con el otro, particularmente en un sistema presidencial de gobierno. Sin embargo, de la relación entre los cinco poderes se puede apreciar un desbalance general, al atribuirse a la Asamblea General la potestad de remover a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 265), al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo (art. 279); y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 296).

580 Véase en general, sobre la organización del Poder Nacional, Cecilia Sosa Gómez, “La organización política del estado venezolano: El Poder Público Nacional”, *Revista de Derecho Público*, Nº 82 (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 71-83; C. Kiriadis Iongui, “Notas sobre la estructura orgánica del Estado venezolano en la Constitución de 1999”, en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I, Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 1031-1082; e Hildegard Rondón de Sansó, “Las transformaciones fundamentales en la organización y dinámica del Estado derivadas de la Constitución de 1999”, en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I, Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 619-643.

En consecuencia, con estas atribuciones estamos en presencia de una primacía de la Asamblea Nacional (Poder Legislativo) sobre el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, cuyos órganos, en definitiva, dependen de la voluntad del legislador.

Por otra parte, en la relación entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Poder Legislativo, la Constitución optó por continuar con el sistema presidencial de gobierno, aún cuando se le hayan incrustado algunos elementos del parlamentarismo como ya había sucedido en la Constitución de 1961⁵⁸¹.

Sin embargo, en la Constitución de 1999, el presidencialismo se ha exacerbado por la extensión del período constitucional del Presidente de la República, con reelección inmediata; y por la pérdida de balance o contrapeso de los dos poderes, entre otros aspectos por la eliminación del bicameralismo.

En efecto, el modelo presidencial escogido se combina con los siguientes cuatro factores: en *primer lugar*, la extensión del período presidencial a seis años; en *segundo lugar*, la reelección inmediata del Presidente de la República (art. 230), lo que atenta contra el principio de la alternabilidad republicana al permitir un largo período de gobierno de 12 años; en *tercer lugar*, lo complicado del referendo revocatorio del mandato (art. 72), lo que lo hace prácticamente inaplicable; y en *cuarto lugar*, la eliminación del principio de la elección del Presidente por mayoría absoluta y doble vuelta, que estaba en el Proyecto aprobado en primera discusión. Ello se eliminó en segunda discusión, conservándose la elección por mayoría relativa (art. 228), que prevé la Constitución de 1961, y, por tanto, de gobiernos electos con una minoría de votos, que hace al sistema ingobernable.

Con este modelo presidencialista, al que se agrega la posibilidad de disolución de la Asamblea por el Presidente de la República, aún cuando en casos excepcionales de tres votos de censura parlamentaria al Vicepresidente Ejecutivo (art. 240), se exagera el presidencialismo que no encuentra contrapeso en el bicameralismo, el cual se eliminó, sino más bien refuerzo en otras reformas, como la regularización de las leyes habilitantes o de delegación legislativa a los efectos de emisión de Decretos-Leyes y no sólo en materia económica y financiera (art. 203), lo que podría significar un atentado a la garantía constitucional de la reserva legal.

Otro elemento que debe mencionarse en la relación entre los Poderes del Estado, es la atribución dada al Tribunal Supremo de Justicia para decretar, sin mayores precisiones “la destitución del Presidente de la República” (art. 233).

581 Véase en general, Julio C. Fernández Toro, “El nuevo paradigma del ejercicio del Gobierno. El sistema de gobierno en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 4 (enero-julio). Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 189-246; Véase Donato Lupidii, “El sistema presidencial y la Constitución venezolana de 1999”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I. Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 819-835; Miguel A. Gómez Ortiz, “El régimen presidencial en Venezuela”, 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 II, pp. 299-336.

II. EL PODER LEGISLATIVO NACIONAL: LA ASAMBLEA NACIONAL

1. *La organización unicameral*

El Poder Legislativo Nacional se ejerce por la Asamblea Nacional como cuerpo unicameral⁵⁸². El Capítulo I del Título V de la Constitución de 1999 cambia así, radicalmente, la tradición bicameral que caracterizaba a los órganos del Poder Legislativo Nacional desde 1811, y establece una sola Cámara Legislativa lo que, por lo demás, es contradictorio con la forma federal del Estado. En una Cámara Federal o Senado, en realidad, es que tiene sentido la disposición del artículo 159 que declara a los Estados como entidades políticas *iguales*. Esa igualdad sólo puede ser garantizada en una Cámara Federal, donde haya igual representación de cada uno de los Estados, independientemente de su población, para participar igualitariamente en la definición de las políticas nacionales.

Con la eliminación del Senado y el establecimiento de una Asamblea Nacional Unicameral, en esta forma, se establece una contradicción institucional entre el Federalismo y la descentralización política⁵⁸³

La Sala Electoral del Tribunal Supremo ha destacado esta innovación constitucional, al señalar en su sentencia N° 17 de 14-3-2000, lo siguiente:

Debe observarse que con la entrada en vigencia del nuevo texto fundamental se modificó sustancialmente el régimen institucional de los Poderes Públicos del Estado, y en tal sentido, entre otras modificaciones, se creó la Asamblea Nacional en sustitución al Congreso de la República, al establecer en el Título V denominado de la Organización del Poder Público Nacional, Capítulo 1, del Poder Legislativo, en las Disposiciones Generales contenidas en la Sección Primera, artículo 186...

La norma transcrita es parte de esa nueva configuración que informa el ordenamiento constitucional y las instituciones políticas de la República y, regula, en específico, lo referente a la constitución y sistema de elección de los miembros de dicha Asamblea Nacional.

Ella configura un sistema de organización legislativo, *unicameral*, que supone la reducción de su estructura a la integración de un menor número de miembros, así como a la necesidad de optimizar la eficiencia en el proceso de formación de las leyes respecto a la existente en el sistema anterior (Parlamento Bicameral)⁵⁸⁴.

582 Véase en general, sobre el Poder Legislativo, Véase Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia, 2002, pp. 351 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 135 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 177 y ss.

583 Véase nuestro voto salvado sobre este tema 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, pp. 196 a 198. Véase en general, María M. Matheus Inciarte y María Elena Romero Ríos, "Estado Federal y unicameralidad en el nuevo orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela", en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 637-676.

584 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 98.

2. *Composición y duración*

De acuerdo con el artículo 186 de la Constitución, la Asamblea Nacional está integrada por diputados elegidos en cada entidad federal, es decir, en los Estados y el Distrito Capital por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del 1,1% de la población total del país.

Cada entidad federal tiene derecho a elegir, además, tres diputados adicionales a los antes señalados.

Los pueblos indígenas de la República tienen derecho a elegir tres diputados de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres (art. 125).

En todo caso, cada diputado tendrá un suplente escogido en el mismo proceso.

En cuanto al período constitucional de los diputados y, por tanto, de la Asamblea, el artículo 192 dispone que durarán 5 años en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser reelegidos por dos períodos consecutivos como máximo.

En todo caso, debe observarse que la nueva Constitución eliminó, por tanto, la figura de los “diputados adicionales” que admitía la Ley Orgánica del Sufragio, respecto de lo cual, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en la citada sentencia N° 17 del 14 de marzo de 2000, indicó que es el propio artículo 136 el que establece los elementos integradores del Poder Legislativo Nacional, “a saber: a) Representantes de las entidades federales (3 Diputados por cada Estado), b) Representantes por cada Estado en un número determinado por la base poblacional (1,1% y, c) Representantes de los pueblos indígenas (3 Diputados)”;

Lo dispuesto en el artículo 186 permite concluir a esta Sala, en su labor de intérprete, que el constituyente acogió para la constitución de la Asamblea Nacional un criterio de integración cerrado, por lo que la conformación de este órgano está determinada por un número fijo de representantes que, sólo podrá verse modificado por el aumento o disminución que pueda experimentar la población del país.

Ahora bien, establecido lo anterior, pasa esta Sala a analizar si el artículo 21 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es compatible con las citadas disposiciones constitucionales y los principios que las orientan, es decir, si la situación que regula tiene cabida en la nueva concepción que propugna el sistema de elección de los Diputados a la Asamblea Nacional, derivado del *numerus clausus* de sus integrantes o, si por el contrario, no se adecua a tales previsiones...

De lo expuesto se desprende que la situación que regula el artículo 21, objeto del presente recurso, sólo era aplicable bajo la vigencia de la Constitución de 1961, que remitía al legislador, a diferencia de la actual, la determinación y regulación de las bases a ser consideradas para la selección de cargos de elección popular, destacándose entre ellos el Parlamento, que se corresponde con la diferencia derivada de la unicameralidad, con la Asamblea Nacional, establecida en el artículo 186 constitucional.

Bajo el nuevo esquema institucional así concebido, el sistema de integración de la Asamblea Nacional no permite la institución de los diputados adicionales, pues el nuevo orden -se insiste- no diseña una Asamblea Nacional con un *numerus apertus* sino que por el contrario, la intención ha sido crear un claustro legislativo. Es evidente, entonces, que el artículo 21 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política ha quedado derogado, por no corresponderse con la Ley Fundamental. Así se declara⁵⁸⁵.

3. Régimen de los diputados

A. Representación

Los diputados son representantes del pueblo y de los Estados en su conjunto, no sujetos a mandatos ni instrucciones, sino sólo a su conciencia. Su voto en la Asamblea Nacional es personal (art. 201).

Con esta norma, en principio, habrían quedado proscritas las fracciones parlamentarias de carácter partidista o grupal; lo cual, no sólo no ha sucedido (salvo el cambio de nombre por “bloques de opinión”) sino que en los años de vigencia de la Constitución se han manifestado con un control más férreo sobre los diputados.

B. Condiciones de elegibilidad y de inelegibilidad

Conforme al artículo 188, las condiciones para ser elegido diputado a la Asamblea Nacional son las siguientes:

1. Ser venezolano o venezolana, por nacimiento, o por naturalización con quince años de residencia en territorio venezolano.
2. Ser mayor de veintiún años de edad.
3. Haber residido cuatro años consecutivos en la entidad correspondiente antes de la fecha de la elección.

En cuanto a las condiciones de inelegibilidad el artículo 189 dispone que no podrán ser elegidos diputados

1. El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras, el Secretario o Secretaria de la Presidencia de la República y los Presidentes o Presidentas y Directores o Directoras de los institutos autónomos y empresas del Estado, hasta tres meses después de la separación absoluta de sus cargos.
2. Los Gobernadores y Secretarios de gobierno, de los Estados y el Distrito Capital, hasta tres meses después de la separación absoluta de sus cargos.
3. Los funcionarios o funcionarias municipales, estatales o nacionales, de institutos autónomos o empresas del Estado, cuando la elección tenga lugar en la jurisdicción en la cual actúa, salvo si se trata de un cargo accidental, asistencial, docente o académico.

Por otra parte, la Constitución permite que la ley orgánica pueda establecer condiciones de inelegibilidad de otros funcionarios o funcionarias, con lo que la materia dejó de ser de reserva constitucional como era en la Constitución de 1961 (art. 140).

C. La dedicación exclusiva, la rendición de cuentas y la revocatoria del mandato

El principio general en esta materia está establecido en el artículo 197 de la Constitución cuando establece que los diputados a la Asamblea Nacional están

obligados a cumplir sus labores a *dedicación exclusiva*, en beneficio de los intereses del pueblo y a mantener una vinculación permanente con sus electores, atendiendo sus opiniones y sugerencias y manteniéndolos informados acerca de su gestión y la de la Asamblea.

Además, deben dar cuenta anualmente de su gestión a los electores y estarán sometidos al referendo revocatorio del mandato en los términos previstos en la Constitución (art. 72) y en la ley sobre la materia.

En los casos de revocatoria del mandato, conforme al artículo 198, el diputado a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuere revocado, no puede optar a cargos de elección popular en el siguiente período.

D. *Las incompatibilidades*

Los diputados a la Asamblea Nacional, conforme al artículo 190, no pueden ser propietarios o administradores o directores de empresas que contraten con personas jurídicas estatales, ni pueden gestionar causas particulares de interés lucrativo con las mismas. Durante las votaciones sobre causas en las cuales surjan conflictos de intereses económicos, los integrantes de la Asamblea Nacional que estén involucrados en dichos conflictos, deben abstenerse.

Por otra parte, los diputados a la Asamblea Nacional no pueden aceptar o ejercer cargos públicos sin perder su investidura, salvo en actividades docentes, académicas, accidentales o asistenciales, siempre que no supongan dedicación exclusiva (art. 191). Se eliminó así, la posibilidad de que los diputados pudieran ser designados Ministros, por ejemplo, sin que ello les ocasionara la pérdida de la investidura como lo establecía el artículo 141 de la Constitución de 1961.

E. *La irresponsabilidad*

Los diputados a la Asamblea Nacional no son responsables por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones y sólo responden ante los electores y el cuerpo legislativo de acuerdo con la Constitución y los reglamentos (art. 199).

F. *La inmunidad*

Los diputados a la Asamblea Nacional gozan de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo (art. 200).

De los presuntos delitos que cometan los integrantes de la Asamblea Nacional conoce, en forma privativa, el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que puede ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario, la autoridad competente lo debe poner bajo custodia en su residencia y debe comunicar inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

Los funcionarios públicos que violen la inmunidad de los integrantes de la Asamblea Nacional, incurrir en responsabilidad penal y deben ser castigados de conformidad con la ley.

Sobre la inmunidad parlamentaria como excepción al principio de la igualdad, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 31 de mayo de 2000, expresó el siguiente criterio:

La inmunidad o fuero parlamentario, que no es sino un obstáculo procesal a la detención o procesamiento o imputación de determinadas personas, tal como lo estableció el legislador, en este caso referido a quien ejerce la función parlamentaria impone la consagración de beneficios que colocan al representante popular en situación privilegiada al comparársela a la de cualquier ciudadano. Ahora bien, estos privilegios no le son concedidos al parlamentario a título personal, sino que los poseen en cuanto son miembros de los cuerpos legislativos, en representación de la voluntad popular, y su fundamento no sólo va dirigido a la protección de la función, sino que su inviolabilidad existe en razón de la protección del interés del Estado, su institucionalidad y en beneficio de la colectividad y no de la persona en particular, por lo que la inmunidad de proceder en contra de la persona del parlamentario, no significa impunidad penal, quedando así sometido a la misma ley sustantiva penal que los demás habitantes, sólo que su procesamiento puede instaurarse cuando previamente se ha realizado una tramitación que tiene como único objeto autorizar que se forme causa en su contra, aplicándosele en su integridad, de ser procedente el ordenamiento jurídico que encuadra la actividad de todos los demás componentes de la sociedad, y deberán responder de todos los actos realizados en razón de que detentar un cargo de elección popular no significa situarse en una posición que separe y aisle al titular del resto...

Así pues, estima este Tribunal Supremo de Justicia en Pleno tanto la inmunidad y su necesario trámite de realizar el antejuicio de mérito como mecanismo adjetivo de protección respecto de aquellos funcionarios a los efectos señala el texto constitucional, constituyen sin lugar a dudas excepciones al principio de igualdad, frente a la ley y que sólo se justifican y surten sus efectos debido a la naturaleza de la función desplegada durante el tiempo que ejerzan los aludidos cargos. Así se declara⁵⁸⁶.

4. *La competencia de la Asamblea*

El artículo 187 de la Constitución atribuye a la Asamblea un conjunto de competencias que en la Constitución anterior estaban atribuidas al Congreso, a la Cámara de Diputados y al Senado. Dichas competencias son las siguientes:

A. *En materia constitucional*

2. Proponer enmiendas y reformas a la Constitución, en los términos establecidos en esta Constitución (arts. 341, 343 y 344).

B. *En materia legislativa*

1. Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.
5. Decretar amnistías

586 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 150 y 151.

6. Discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público (arts. 314, 317 y 312).
18. Aprobar por ley los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional, salvo las excepciones consagradas en esta Constitución (art. 154).

C. *En materia de control político*

10. Dar voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y a los Ministros o Ministras. La moción de censura sólo podrá ser discutida dos días después de presentada a la Asamblea, la cual podrá decidir, por las tres quintas partes de los diputados o diputadas, que el voto de censura implica la destitución del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva o el Ministro o Ministra.
11. Autorizar el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país.
16. Velar por los intereses y autonomía de los Estados
17. Autorizar la salida del Presidente o Presidenta de la República del territorio nacional cuando su ausencia se prolongue por un lapso superior a cinco días consecutivos (art. 235).

Además, decidir en los casos de falta absoluta y temporal del Presidente de la República (arts. 233 y 234), autorizar el enjuiciamiento del Presidente de la República (art. 266, ord. 2) y conocer de los Decretos de Estado de Excepción (arts. 338 y 339).

D. *En materia de nombramiento de funcionarios públicos*

13. Autorizar a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros (art. 149).
14. Autorizar el nombramiento del Procurador o Procuradora General de la República y de los Jefes o Jefas de Misiones Diplomáticas Permanentes.

E. *En materia de remoción de altos funcionarios públicos*

La Asamblea Nacional tiene competencia para remover a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 265), al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo (art. 279); y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 296), atribuciones que, sin duda, constituyen una contradicción con el principio de la autonomía del Poder Judicial, del Poder Ciudadano y del Poder Electoral.

F. *En materia de control administrativo*

3. Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y la ley. Los elementos comprobatorios obtenidos en el ejercicio de esta función, tendrán valor probatorio, en las condiciones que la ley establezca.

7. Autorizar los créditos adicionales al presupuesto (art. 314).
8. Aprobar las líneas generales del plan de desarrollo económico y social de la Nación, que serán presentadas por el Ejecutivo Nacional en el transcurso del tercer trimestre del primer año de cada período constitucional (art. 236, ord. 18).
Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley⁵⁸⁷. Autorizar los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela (art. 150).
12. Autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las excepciones que establezca la ley.
Acordar los honores del Panteón Nacional a venezolanos y venezolanas ilustres, que hayan prestado servicios eminentes a la República, después de transcurridos veinticinco años de su fallecimiento. Esta decisión podrá tomarse por recomendación del Presidente o Presidenta de la República, de las dos terceras partes de los Gobernadores o Gobernadoras de Estado o de los rectores o rectoras de las Universidades Nacionales en pleno.

G. *En materias de orden interno*

4. Organizar y promover la participación ciudadana en los asuntos de su competencia.
19. Dictar su reglamento y aplicar las sanciones que en él se establezcan.
20. Calificar a sus integrantes y conocer de su renuncia. La separación temporal de un diputado o diputada sólo podrá acordarse por el voto de las dos terceras partes de los diputados y las diputadas presentes.
21. Organizar su servicio de seguridad interna
22. Acordar y ejecutar su presupuesto de gastos, tomando en cuenta las limitaciones financieras del país.
23. Ejecutar las resoluciones concernientes a su funcionamiento y organización administrativa.
24. Todas las demás que le señalen esta Constitución y la ley.

Entre estas materias de orden interno, está la regulación del funcionariado de la Asamblea⁵⁸⁸.

5. *La organización de la Asamblea*

A. *La directiva*

La Junta Directiva de la Asamblea Nacional está compuesta por un Presidente y dos Vicepresidentes, elegidos de su seno; y un Secretario y un Subsecretario designados de fuera de su seno, por un período de un año. El reglamento debe esta-

587 Debe señalarse, sin embargo, que el artículo 150 habla de aprobar, que es un acto posterior y no de autorizar, que es un acto previo.

588 Véase el Estatuto Funcionario de la Asamblea Nacional en G.O. N° 37.598 del 2^o de diciembre de 2002.

blecer las formas de suplir las faltas temporales y absolutas de los miembros de la directiva (art. 194).

Tanto el Presidente como el Vicepresidente de la Asamblea deben ser venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad (art. 41).

B. *Las Comisiones Permanentes*

El artículo 193 exige que la Asamblea Nacional nombre Comisiones Permanentes, ordinarias y especiales.

En cuanto a las Comisiones Permanentes, en un número no mayor de quince, deben estar referidas a los sectores de actividad. La Asamblea Nacional puede crearlas o suprimirlas con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes.

Igualmente la Asamblea puede crear Comisiones con carácter temporal para investigación y estudio, todo ello de conformidad con su reglamento.

C. *La Comisión Delegada*

Durante el receso de la Asamblea, debe funcionar la Comisión Delegada integrada por el Presidente, los Vicepresidentes y los Presidentes de las Comisiones Permanentes (art. 195).

Las atribuciones de la Comisión Delegada, enumeradas en el artículo 196, son las siguientes:

1. Convocar la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, cuando así lo exija la importancia de algún asunto.
2. Autorizar al Presidente o Presidenta de la República para salir del territorio nacional.
3. Autorizar al Ejecutivo Nacional para decretar créditos adicionales.
4. Designar Comisiones temporales integradas por integrantes de la Asamblea.
5. Ejercer las funciones de investigación atribuidas a la Asamblea.
6. Autorizar al Ejecutivo Nacional por el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes para crear, modificar o suspender servicios públicos en caso de urgencia comprobada.
7. Las demás que establezcan la Constitución y la ley.

6. *Las sesiones de la Asamblea y el quórum*

El primer período de las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional debe comenzar, sin convocatoria previa, el cinco de enero de cada año o el día posterior más inmediato posible y durará hasta el quince de agosto.

El segundo período debe comenzar el quince de septiembre o el día posterior más inmediato posible y terminará el quince de diciembre (art. 219).

Por otra parte, la Asamblea Nacional se puede reunir en sesiones extraordinarias para tratar las materias expresadas en la convocatoria y las que les fueren conexas. También puede considerar las que fueren declaradas de urgencia por la mayoría de sus integrantes (art. 220).

En todo caso, los requisitos y procedimientos para la instalación y demás sesiones de la Asamblea Nacional, y para el funcionamiento de sus Comisiones, serán determinados por el reglamento.

En ningún caso, el quórum puede ser inferior a la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional (art. 221).

7. *El régimen constitucional de las leyes*

A. *La noción de ley y sus clases*

a. *Las leyes y los Códigos*

De acuerdo con el artículo 202, ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Se trata de una definición netamente formal, al igual que la denominación de Códigos que adopta la Constitución, como las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia.

b. *Las leyes orgánicas*

Fue la Constitución de 1961 la que reguló por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico constitucional la figura de las leyes orgánicas, distinguiendo dos categorías: las que así se denominaban en el mismo texto constitucional y las que fueran investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas la discusión del respectivo proyecto de ley (art. 163).

Este concepto fue variado en la Constitución de 1999⁵⁸⁹, en cuyo artículo 203 también se las regula, pero distinguiéndose cuatro categorías de leyes orgánicas:

En primer lugar, las que así denomina la Constitución, las cuales son las siguientes: Ley Orgánica de Fronteras (art. 15), Ley Orgánica de División Territorial (art. 16), Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional (art. 41), Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (art. 86), Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (art. 128), Ley Orgánica que establece los límites a los emolumentos de los funcionarios públicos (art. 147), Ley Orgánica de Régimen Municipal (art. 169), Ley Orgánica que regule los Distritos Metropolitanos (arts. 171, 172), Ley Orgánica que regule la inelegibilidad de funcionarios (art. 189), Ley Orgánica de reserva al Estado de actividades, industria o servicios (art. 302), Ley Orgánica del Consejo de Defensa de la Nación (art. 323), Ley Orgánica que regule el recurso de revisión de las sentencias de amparo y de control difuso de la constitucionalidad (art. 336), Ley Orgánica de los Estados de Excepción (art. 338 y Disposición Transitoria Tercera, 2), Ley Orgánica sobre refugiados y asilados (Disposición Transitoria Cuarta, 2), Ley Orgánica sobre Defensa Pública (Disposición Transitoria Cuarta, 5), Ley Orgánica de Educación (Disposición Transitoria Sexta), Ley Orgánica de Pueblos Indígenas (Disposición Transitoria Séptima), Ley Orgánica del Trabajo (Disposición

589 Véase en general José Peña Solís, "La nueva concepción de las leyes orgánicas en la Constitución de 1999", en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 1, Caracas, 2000, pp. 73-111; Milagros López Betancourt, "Una aproximación a las Leyes Orgánicas en Venezuela", *Libro Homenaje a Enrique Tejera París, Temas sobre la Constitución de 1999*, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIJN), Caracas, 2001, pp. 109 a 157.

Transitoria Cuarta, 3), y Ley Orgánica Procesal del Trabajo (Disposición Transitoria Cuarta, 4) y Código Orgánico Tributario (Disposición Transitoria Quinta).

En *segundo lugar*, también son leyes orgánicas las que se dicten para organizar los poderes públicos como son: Ley Orgánica de la Administración Pública -Poder Ejecutivo-, (art. 236, ord. 20); Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (art. 247), Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (art. 262); Ley Orgánica del Poder Electoral (art. 292 y Disposición Transitoria Octava); Ley Orgánica del Poder Ciudadano, comprendidas la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República -Ministerio Público-, y Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (Disposición Transitoria Novena); Ley Orgánica de Régimen Municipal -Poder Municipal- (art. 169 y Disposición Transitoria Primera) y Ley Orgánica que regule los Consejos Legislativos Estadales (art. 162).

En *tercer lugar*, también son leyes orgánicas, aquellas destinadas a “desarrollar los derechos constitucionales”, lo que abre un inmenso campo para tal categoría, ya que ello implica que todas las leyes que se dicten para desarrollar el contenido de los artículos 19 a 129 deben ser leyes orgánicas.

En *cuarto lugar*, también son leyes orgánicas “las que sirvan de marco normativo a otras leyes”. Tal es el caso, por ejemplo, del Código Orgánico Tributario que debe servir de marco a las leyes tributarias específicas o de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario que debe servir de marco normativo a las leyes anuales o plurianuales de presupuesto, o la Ley Orgánica de Crédito Público la cual debe servir de marco normativo a las leyes específicas de operaciones de crédito público.

El sentido de la reforma constitucional en esta materia se analizó en la sentencia N° 1971 de 16 de octubre de 2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al señalar que consistió en:

(i) suprimir la libertad que el derogado Texto Constitucional de 1961 confería en su artículo 163 al Órgano Legislativo Nacional para que invistiera, con el voto favorable de una mayoría calificada y, supuestamente, según su apreciación de la importancia del ámbito regulado, a determinados textos legales con el carácter de preceptos orgánicos, junto a los así calificados en forma expresa por la Norma Constitucional, y (ii) adoptar un criterio material para delimitar los supuestos en que la actual Asamblea Nacional puede, mediante una mayoría calificada, atribuir el carácter orgánico a determinadas normas legales, todo ello en atención a la función que dichas disposiciones ocupan en el ordenamiento jurídico, a saber, la de regular una materia específica, vinculada con derechos constitucionales, la organización de las ramas del Poder Público o con la producción de otras normas, en forma preferente a la ley ordinaria que pueda ser dictada respecto de esa misma materia por el Órgano Legislativo Nacional, todo ello a fin de impedir la modificación constante de dicho régimen y no concertada de dichas normas orgánicas, en perjuicio de la estabilidad de las instituciones o del efectivo ejercicio de los derechos protegidos constitucionalmente⁵⁹⁰.

Ahora bien, sobre las cuatro categorías mencionadas de leyes orgánicas previstas en la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N°

590 Citada en la sentencia N° 34 de 26-01-2004 (Caso: *Interpretación artículo 203 de la Constitución*).

537 de 12 de junio de 2000, estableció los criterios de la distinción en la siguiente forma:

La clasificación constitucional utiliza criterios de división lógica distintos, pues las categorías 1ª y 4ª obedecen a un criterio técnico-formal, es decir a la prescripción de su denominación constitucional o la calificación por la Asamblea Nacional Constituyente de su carácter de ley marco o cuadro; mientras que las categorías 2ª y 3ª obedecen a un principio material relativo a la organicidad del poder público y al desarrollo de los derechos constitucionales.

En el fondo, la categoría 4ª implica una investidura parlamentaria, pues la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no precisa pautas para su sanción, y a diferencia de la categoría 1ª, la constitucionalidad de la calificación de orgánica de las leyes incluidas en este rubro, requiere el pronunciamiento de la Sala Constitucional para que tal calificación sea jurídicamente válida.

Desde luego que el pronunciamiento de la Sala Constitucional es necesario para cualquiera de las categorías señaladas, excepto para las leyes orgánicas por denominación constitucional, pues el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refiere "a las leyes que la Asamblea Nacional Constituyente haya calificado de orgánicas", lo que significa que son todas las incluidas en las categorías 2ª, 3ª y 4ª.

La calificación de la Asamblea Nacional Constituyente depende, por tanto, del objeto de la regulación (criterio material) para las categorías 2ª y 3ª, y del carácter técnico-formal de la ley marco o cuadro para la categoría 4ª. En esta última categoría, el carácter técnico-formal se vincula con el carácter general de la Ley Orgánica respecto de la especificidad de la Ley o leyes ordinarias subordinadas. Ello permitiría establecer, en cada caso, y tomando en cuenta los criterios exigidos para las categorías 1ª, 2ª y 3ª, las condiciones materiales de su organicidad⁵⁹¹.

En particular, en relación con la categoría de leyes orgánicas así denominadas en la Constitución, la Sala Constitucional en sentencia N° 1723 de 31 de julio de 2002, ha señalado que la misma está reservada a materias de especial trascendencia, tales como:

a) las relativas al funcionamiento de los órganos de más alto rango de las diferentes ramas en que se divide el Poder Público [Fuerza Armada Nacional (art. 41), Distritos Metropolitanos (art. 172), Administración Pública Nacional (art. 236.20.), Procuraduría General de la República (art. 247), *Tribunal Supremo de Justicia* (art. 262), Poder Ciudadano (art. 273), Poder Electoral (art. 292) y Consejo de Defensa de la Nación (art. 323)]; b) a la organización del territorio y la armonización interterritorial: [fronteras (art. 15), división político-territorial (art. 16), ordenación del territorio (art. 128), organización municipal (art. 169), límites a los emolumentos de los funcionarios públicos (art. 147)] c) a la industria y finanzas públicas [actividad petrolera (art. 302), crédito público (art. 312), administración económica y financiera del Estado (art. 313)]; d) desarrollo de los derechos constitucionales [los comprendidos en el Título III de la Constitución, lo relativo a los refugiados (Disposición Transitoria Cuarta)]; y e) protección del orden constitucional [jurisdicción constitucional (art. 336.11), estados de excepción (art. 338)]⁵⁹².

591 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 141 y 142.

592 Citada en la sentencia N° 34 de 26-01-04 (Caso: *Interpretación artículo 203 de la Constitución*).

La Sala Constitucional incluso, y a pesar de la enumeración constitucional, ha razonado sobre la naturaleza de las leyes orgánicas señalando en sentencia N° 2573 de 16 de octubre de 2002, que “la calificación de una ley como orgánica tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, una significación importante, que viene determinada por su influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes en relación con un área específica, por ello, la inclusión de la expresión orgánica en su denominación revela mucho más que un nombre, pues con éste se alude al carácter o naturaleza relevante de una determinada norma dentro de aquel sistema”; agregando en sentencia N° 1723 de 31 de julio de 2002, que la naturaleza orgánica de la ley también surge del contraste con las leyes ordinarias, pues las orgánicas “están asociadas a determinadas materias o cumplen un determinado fin técnico”⁵⁹³.

Ahora bien, como consecuencia de esta naturaleza y del rango e importancia que tienen en el ordenamiento jurídico, el 203 de la Constitución establece una exigencia formal de mayoría calificada para que los proyectos de leyes orgánicas no calificadas como tales directamente en la Constitución pueda comenzar a ser discutida. La norma, en efecto, dispone que todo proyecto de ley orgánica, salvo aquél que la propia Constitución así califica, debe ser previamente admitido por la Asamblea Nacional, “por el voto de las dos terceras partes de los integrantes presentes” antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley, agregando que esta votación calificada también debe aplicarse “para la modificación de las leyes orgánicas”.

Sobre la diferencia de tratamiento en cuanto a la mayoría calificada para que pueda ser admitida la discusión de un proyecto de ley orgánica, la Sala Constitucional en sentencia N° 34 de 26 de enero de 2004 (Caso: *Interpretación del artículo 203 de la Constitución*), la ha justificado así:

Tal previsión del constituyente (de excluir el requisito agravado de admisión por el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional del procedimiento de discusión y sanción de las leyes orgánicas por calificación constitucional), en criterio de esta Sala, se justifica por el hecho de que en los casos de leyes orgánicas investidas con tal carácter por la propia Norma Constitucional no es necesario lograr el acuerdo o consenso político de los miembros del Órgano Legislativo Nacional en la etapa de admisión del respectivo proyecto de ley (que, lógicamente, es previa a la sanción del respectivo proyecto), dado que el mismo se entiende adoptado por el órgano depositario del poder constituyente que reside en el pueblo, al momento de sancionar el propio Texto Constitucional. Cosa distinta ocurre con las demás normas o leyes orgánicas cuyo carácter derive de la investidura que la Asamblea Nacional (al considerarla subsumible en algunos de los supuestos del artículo 203 constitucional) le confiera al momento de decidir su admisión, ya que en tales casos sí es menester el acuerdo o consenso político, expresado por el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara, al momento de admitir el proyecto de ley en particular, siendo en tal exigencia -la mayoría calificada exigida para la admisión de las leyes orgánicas no calificadas como tales por la Constitución- donde radica el cambio entre el procedimiento agravado establecido en el artículo 163 de la Constitución de 1961 y el establecido en el artículo 203 de la Constitución de 1999⁵⁹⁴.

593 *Idem*.

594 *Idem*.

En todo caso, sobre estas exigencias constitucionales en relación con la mayoría calificada para la admisión de los proyectos, la Sala Constitucional ha señalado en la citada decisión N° 1723 de 31 de julio de 2002, que:

Las diferencias anotadas no son producto de un capricho del constituyente, y que, por el contrario, tienen su fundamento en atendibles *razones de orden político-constitucional* que, sean cuales fueren, justifican su cumplimiento riguroso, esto es, que los requisitos establecidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para darle carácter orgánico a un proyecto de ley deben necesariamente estar presentes de forma cabal, concurrente, pues, si fuere de otro modo, se dejaría sin contenido las normas que los establecen y no se daría cumplimiento a los objetivos del constituyente al erigir tales dificultades y al relacionar dichos instrumentos normativos con materias o fines determinados de especial impacto, por ejemplo, en el ejercicio de los derechos constitucionales o en las relaciones de los particulares con el Estado, según el caso, las cuales requieren de mayores niveles de discusión, participación, deliberación y consensos, así como de mayor estabilidad y permanencia en el tiempo, que las dirigidas a normar ámbitos donde, al no estar comprometidas relaciones o situaciones jurídicas tan delicadas, es necesario mayor flexibilidad y rapidez para su progresiva y oportuna modificación o reforma⁵⁹⁵.

Pero como se dijo, la norma del artículo 203 de la Constitución, después de establecer la mayoría calificada mencionada para la admisión de los proyectos de leyes orgánicas no calificadas como tales en el texto constitucional, establece que “Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas”, en este caso, sin distinguir de cual de las cuatro categorías de leyes orgánicas se trata, por lo que tal exigencia se aplica a todas las categorías mencionadas. Es decir, conforme a esa norma, todo proyecto de reforma de una ley orgánica, incluso de las calificadas como tales en la Constitución, requiere que el proyecto sea admitido para discusión con el voto de las dos terceras partes de los diputados presentes en la sesión respectiva.

Sin embargo, en enero de 2004, con motivo de la interpretación de la norma del artículo 203 de la Constitución que habían solicitado en 2003 un grupo de diputados durante la discusión sobre la posible sanción de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (derogatoria de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), la Sala Constitucional en sentencia N° 34 del 26 de enero de 2004, llegó a la conclusión contraria a la que resulta de la interpretación de la norma, en el sentido que la exigencia de la mayoría calificada para iniciar la discusión de proyectos de reforma de leyes orgánicas no regía en los casos de leyes orgánicas así denominadas en la Constitución. La Sala, en efecto, partió de la consideración de que la Constitución “no establece en su primer aparte en forma expresa que para *sancionar* una ley orgánica que pretenda o no modificar total o parcialmente (que implicaría derogación) una ley orgánica vigente, se requerirá el voto favorable de una mayoría calificada de dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, ya que sólo establece, como se indicó *supra*, una mayoría calificada para la admisión del proyecto de ley orgánica, excepto cuando tal rango sea consecuencia de una calificación de la propia Constitución”. Después de afirmado lo anterior, la Sala consideró que pudiera existir duda en cuanto al sentido que debía atribuirse a la

595 *Idem*.

mencionada frase final del segundo párrafo del 203 de acuerdo con la cual “*Esta votación calificada* (de dos terceras partes) *se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas*”, resolviendo el asunto “con fundamento en el análisis político-constitucional contenido” en la sentencia, así:

Cuando el acápite contenido en el primer aparte del artículo 203 de la Constitución de 1999 establece en forma expresa que la mayoría calificada de las dos terceras (2/3) partes “*se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas*”, quiere decir, en observancia del principio del paralelismo de las formas, que dicha mayoría calificada de las dos terceras (2/3) partes debe también ser cumplida por la Asamblea Nacional al momento de *admitir* un proyecto de ley orgánica, no calificado con tal rango por la Constitución, que pretenda modificar total o parcialmente una ley orgánica vigente. En otras palabras, que todo proyecto de reforma total o parcial de una ley orgánica investida con tal rango por el Órgano Legislativo Nacional en virtud de la pretensión que se tiene de regular con ella algún derecho constitucional, de organizar algún poder público o de que sirva de marco normativo a otras leyes, debe ser admitido por la Asamblea Nacional con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley...

Con base en los argumentos expuestos, 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 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 decide⁵⁹⁶.

596 El Magistrado Antonio J. García García en su Voto Salvado a esta sentencia N° 34 expuso los siguientes criterios:

“Nótese que el Constituyente no realizó distinción alguna en cuanto a las distintas “categorías” de leyes orgánicas a los efectos de su modificación. Por el contrario, pretendió que la regulación para su modificación fuese siempre igual, sino lo hubiese dicho expresamente. Así pues, señala expresamente que también se requiere de una votación calificada para la modificación de las leyes orgánicas. Adviértase entonces que el fallo del que se disiente pretende establecer una diferenciación que el constituyente no hizo, y no quiso hacer, al no establecer un régimen diferente para modificar las “*distintas categorías de leyes orgánicas*” como si se tratase de distintas cosas que debían ser reguladas de manera diferente...”

“La conclusión a que arriba el fallo del que se disiente conduce a la errónea idea de que se podría modificar una ley orgánica, legítimamente aprobada como tal, bajo el régimen de la Constitución de 1961, por una votación de la mitad más uno de los diputados presentes en una sesión, o lo que es lo mismo un artículo de una ley orgánica –de cualquiera de las “categorías” de la Constitución de 1999- aprobada bajo el vigente régimen constitucional puede ser modificado por esa misma votación, es decir, con el voto favorable de la mitad más uno de los diputados presentes en una sesión. De donde se sigue que en definitiva carecería de importancia la fundamentación teórica que inspiran la creación y existencia de las leyes

Esta interpretación no tenía ni tiene base constitucional alguna, y la única lamentable explicación que se le pudo dar a la sentencia fue permitir que la Asamblea Nacional pudiera sancionar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sin cumplirse el requisito constitucional de mayoría calificada para iniciar su discusión, y así abrir el camino para aumentar el número magistrados de dicho tribunal y controlarlo aún más desde el punto de vista político por la mayoría circunstancial que dominaba la Asamblea⁵⁹⁷.

Por otra parte, otra innovación constitucional en la regulación de las leyes orgánicas es la previsión del control constitucional *a priori* de las mismas al disponer, el mismo artículo 203 de la Constitución, que las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánica deben ser remitidas, antes de su promulgación, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional debe decidir la cuestión, en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. En todo caso, si la Sala Constitucional declara que no es orgánica la ley perderá este carácter. Sobre esta atribución de la Sala se insistirá en la *Décima Primera Parte* de este libro.

orgánicas según se expusiera en el apartado I del fallo, cuyo basamento, según se expresó, se comparte íntegramente”.

597 Por ello, el Magistrado Antonio J. García García en su mencionado Voto Salvado a la sentencia de la Sala Constitucional N° 34 del 26-01-04, haya agregado lo siguiente:

“Señala expresamente el fallo del que se disiente que *“...pudiera existir duda en cuanto al sentido que debe atribuirse al acápite incluido en el mismo primer aparte de la norma examinada (artículo 203)...”* Por el contrario, la norma es precisa, ¿de dónde se infiere que puede haber dudas de algo que es inequívoco?, la única duda que puede haber no puede ser sino infundada, con el ánimo de modificar o sustituirse en lo que expresa la Constitución.

“Lamenta el magistrado disidente que los argumentos esgrimidos en el fallo estén colocados de tal modo que hagan presumir una solución preconcebida, como si los mismos estuviesen dispuestos de modo de justificar, de manera aparente, una solución que se obtuvo de antemano y no al revés, de modo que los argumentos condujeran a una conclusión válida y verdadera, como resultado lógico de las premisas expuestas.

“Con humildad puede aceptarse como válido lo expuesto por los miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que, mediante comunicado publicado en el diario “El Universal”, el 18 de agosto de 2003, suscrito por Gustavo Planchart Manrique, Alfredo Morles Hernández, Gonzalo Pérez Luciani, Boris Bunimov Parra, Carlos Leáñez Sievert, Tatiana de Maekelt, José Luis Aguilar Gorrondona, Alberto Arteaga Sánchez, Allan R. Brewer Carías, Josefina Calcaño de Temeltas, Tomás E. Carrillo Batalla, Luis Cova Arria, Ramón Escobar Salón, Enrique Lagrange, Francisco López Herrera, José Melich Orsini, Luis Ignacio Mendoza, Isidro Morales Paul, José Muci-Abraham, Pedro Nikken, José S. Núñez Aristimuño, José Andrés Octavio, James Otis Rodner, Emilio Pittier Sucre, Jesús Ramón Quintero, Aristides Rengel Romberg, Gabriel Ruan Santos, manifestaron su opinión en relación con el proyecto de “Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, advirtiendo acerca de los vicios de inconstitucionalidad que afectaban a dicho proyecto y el propósito que lo inspiraba. En este sentido, expresaron lo siguiente:

“El referido proyecto derogaría la vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y dejaría vigente parte de la ley que pretende derogar. Se trata así de una derogatoria parcial; en todo caso al ser derogatoria de una ley orgánica ya existente y, más aún, cuando deja vigente parte de ésta, se trata de una modificación de la ley orgánica actual. La discusión de la modificación de una ley orgánica debe ser admitida por las dos terceras partes de los diputados presentes en la sesión. La asamblea no procedió así, sino por mayoría simple”.

c. *Las leyes de delegación legislativas (leyes habilitantes)*

La Constitución de 1999, reguló expresa y ampliamente la posibilidad de delegación legislativa de la Asamblea Nacional al Presidente de la República, al establecer el mismo artículo 203 de la Constitución el concepto de *leyes habilitantes* como las sancionadas por la Asamblea Nacional por las 3/5 partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y el marco de las materias que se delegan al Presidente de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio⁵⁹⁸.

Se consagró, así, formalmente la posibilidad de delegación legislativa al Presidente de la República, lo cual constituye una novedad constitucional en el país, particularmente porque al no establecerse límites de contenido, podría conducir a la violación de la garantía constitucional de la reserva legal, tal y como se analiza más adelante en esta *Sexta Parte*.

d. *Las leyes de bases*

Por último, en el Proyecto de Constitución también se definía un concepto de "leyes de base"; el cual se eliminó, pero quedó referido en artículos aislados, como el artículo 165 que habla de "leyes de bases" que son las que deben regular las materias de competencias concurrentes entre el Poder Nacional y el Poder Estatal, las cuales además, pueden ser objeto de regulación en "leyes de desarrollo" aprobadas por los Consejos Legislativos de los Estados⁵⁹⁹.

B. *El procedimiento de formación de las leyes*

a. *La iniciativa legislativa*

En el procedimiento de formación de las leyes⁶⁰⁰, tal y como lo enumera el artículo 204 de la Constitución, la iniciativa para la discusión de las leyes ante la Asamblea corresponde:

1. Al Poder Ejecutivo Nacional
2. A la Comisión Delegada y a las Comisiones Permanentes
3. A los 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.

598 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.

599 *Idem*.

600 Alberto González Fuenmayor, "La formación de las leyes en la Constitución de 1999", en *Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia LEX NOVA*, N° 238, Maracaibo, 2001, pp. 31-40.

7. A los electores en un número no menor del 0,1% de los inscritos en el registro electoral permanente.
8. Al Consejo Legislativo estatal, cuando se trate de leyes relativas a los Estados.

b. *Las discusiones*

a' *Oportunidad*

En el caso de proyectos de ley presentados por los ciudadanos la discusión debe iniciarse a más tardar en el período de sesiones ordinarias siguiente al que se haya presentado. El artículo 205 establece que si el debate no se inicia dentro de dicho lapso, el proyecto se debe someter a referendo aprobatorio de conformidad con la ley.

b' *Número de discusiones*

Para convertirse en ley, todo proyecto debe recibir dos discusiones, en días diferentes, siguiendo las reglas establecidas en la Constitución y en los reglamentos respectivos. Aprobado el proyecto, el Presidente de la Asamblea Nacional debe declarar sancionada la ley (art. 207).

Primera discusión: El artículo 208 dispone que en la primera discusión se debe considerar la exposición de motivos y se deben evaluar sus objetivos, alcance y viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la ley. Además debe discutirse el articulado.

Aprobado en primera discusión, el proyecto será remitido a la Comisión directamente relacionada con la materia objeto de la ley y en caso de que el proyecto de ley esté relacionado con varias Comisiones Permanentes, se designará una comisión mixta para realizar el estudio y presentar el informe.

Las Comisiones que estudien proyectos de ley presentarán el informe correspondiente en un plazo no mayor de 30 días consecutivos.

Segunda discusión: Una vez recibido el informe de la Comisión correspondiente, se debe dar inicio a la segunda discusión del proyecto de ley, la cual se debe realizar artículo por artículo.

Si en esta discusión se aprobare sin modificaciones, quedará sancionada la ley. En caso contrario, si sufre modificaciones, se debe devolver a la Comisión respectiva para que ésta las incluya en un plazo no mayor de quince días continuos. Leída la nueva versión del proyecto de ley en la plenaria de la Asamblea Nacional, ésta debe decidir por mayoría de votos lo que fuere procedente respecto a los artículos en que hubiere discrepancia y de los que tuvieren conexión con éstos. Resuelta la discrepancia, el Presidente debe declarar sancionada la ley. (art. 209).

c' *Discusiones pendientes*

Cuando al término de un período de sesiones quede pendiente la discusión de un proyecto de ley, puede continuarse en las sesiones siguientes o en sesiones extraordinarias (art. 210).

c. *Las consultas obligatorias y el derecho a la participación*

El artículo 211 establece en forma general que durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, deben consultar a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos.

En particular, además, conforme al artículo 206, los Estados deben ser consultados por la Asamblea Nacional, a través de los Consejos Legislativo, cuando se legisle en materias relativas a los mismos. La ley debe establecer los mecanismos de consulta a la sociedad civil y demás instituciones de los Estados, por parte de los Consejos en dichas materias.

d. *Los derechos de palabra*

En la discusión de las leyes, como lo dispone el artículo 211, tienen derecho de palabra los Ministros en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el representante del Poder Ciudadano designado por el Consejo Moral Republicano; los integrantes del Poder Electoral; los Estados, a través de un representante designado por el Consejo Legislativo y los representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el reglamento de la Asamblea Nacional.

e. *Formalidades*

El texto de las leyes debe estar precedido de la fórmula "La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, decreta": (art. 212). Además, una vez sancionada la ley, se debe extender por duplicado con la redacción final que haya resultado de las discusiones, y ambos ejemplares deben ser firmados por el Presidente, los dos Vicepresidentes y el Secretario de la Asamblea Nacional, con la fecha de su aprobación definitiva. Uno de los ejemplares de la ley debe ser enviado por el Presidente de la Asamblea Nacional, al Presidente de la República a los fines de su promulgación.

f. *La promulgación*

a' *La oportunidad y veto presidencial*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 214, el Presidente de la República debe promulgar la ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido.

Dentro de este lapso el Presidente puede seguir dos caminos,

En *primer lugar*, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o parte de ella.

La Asamblea Nacional debe decidir acerca de los aspectos planteados por el Presidente de la República, por mayoría absoluta de los diputados presentes y debe

remitirle la ley para la promulgación. En este caso, el Presidente de la República debe proceder a promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones.

En *segundo lugar*, cuando el Presidente de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional, debe solicitar el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma; debiendo decidir la Sala en el término de 15 días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente de la República.

Si el Tribunal niega la inconstitucionalidad invocada o no decidiese en el lapso anterior, el Presidente de la República debe promulgar la ley dentro de los 5 días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso.

Ambos supuestos, conforme a la interpretación vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo son excluyentes, tal como lo razonó en la sentencia N° 2817 de 18 de noviembre de 2002:

El primero es que dentro de los diez días siguientes a aquél cuando el Presidente de la República recibió la ley de la Asamblea Nacional, con el fin de promulgarla, previo acuerdo del Consejo de Ministros, la devuelva a la Asamblea, a fin de que modifique alguna disposición de la ley, o levante la sanción a toda la ley o parte de ella. Tal petición será acompañada de una exposición motivada que contenga la razón de las modificaciones, las cuales pueden tener base constitucional o legal.

La Asamblea Nacional decidirá acerca de los aspectos planteados y remitirá la ley al Presidente para su promulgación, conforme a lo decidido.

El otro supuesto es que el Presidente considere que la ley recibida de la Asamblea, o alguno de sus artículos, sea inconstitucional, caso en que, en el mismo término de diez días a partir de la recepción de parte de la Asamblea Nacional, la enviará a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que decida sobre la inconstitucionalidad que fue invocada.

Si la decisión del Tribunal es la constitucionalidad de la ley o sus artículos, el Tribunal devolverá la ley a la Presidencia para su promulgación.

A juicio de esta Sala, se trata de dos procedimientos que, debido a que tienen un mismo lapso para incoarse y cuyo resultado puede ser en ambos la promulgación de la ley, resultan excluyentes.

Es claro, que si se acoge el primer supuesto, corrija o no la Asamblea Nacional los vicios que sean denunciados, la ley debe ser promulgada según la decisión de la Asamblea Nacional.

Si la decisión de la Asamblea Nacional sobre la ley objeto de este procedimiento resultara inconstitucional, el Ejecutivo, o cualquier interesado, puede incoar la acción de inconstitucionalidad ordinaria.

Si el Presidente opta por el otro control, cual es acudir a la Sala Constitucional para que examine la inconstitucionalidad de la ley o algunos de sus artículos, y la Sala decidiere en sentido positivo o negativo, el Ejecutivo obligatoriamente debe promulgar la ley, lo que significa que no puede acudir al primer supuesto, ya que la norma (artículo 214 constitucional) ordena -en este último supuesto- que la ley se promulgue dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal, sin excepción alguna, por lo que el Ejecutivo mal podría incumplir el mandato constitucional y enviar la Ley a la Asamblea Nacional.

Cumple así la Sala, con interpretar, con carácter vinculante, la aplicación del artículo 214 constitucional, por lo que se ordena la publicación de la presente decisión en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela⁶⁰¹.

b'. *La publicación*

La ley queda promulgada al publicarse con el correspondiente "Cúmplase" en la *Gaceta Oficial* de la República (art. 215).

Cuando el Presidente de la República no promulgare la ley en los términos señalados, el Presidente y los dos Vicepresidentes de la Asamblea Nacional deben proceder a su promulgación, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél incurra por su omisión (art. 216).

En cuanto a las leyes aprobatorias de tratados, acuerdos, o convenios internacionales la oportunidad en que deba ser promulgada la ley quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República (art. 217).

g. *El principio derogatorio y modificatorio*

Conforme al artículo 218, las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución (art. 74).

En todo caso, las leyes pueden ser reformadas total o parcialmente; en los casos en los que la ley sea objeto de reforma parcial, se debe publicar en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.

Las leyes, por otra parte, tienen poder derogatorio sobre los instrumentos normativos de rango inferior que las contradigan; pero como lo ha sostenido la Sala Político Administrativa, no toda derogación de una ley comporta necesariamente la derogación de los reglamentos dictados para desarrollarla⁶⁰².

C. *El régimen de la delegación legislativa y sus límites*

a. *Las leyes habilitantes*

Como se ha dicho, en la Constitución de 1999 se estableció por primera vez en el constitucionalismo venezolano, la figura de la delegación legislativa⁶⁰³, en el sentido de que si bien la Asamblea Nacional es competente para "legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las demás ramas del Poder Nacional" (art. 187,1); la misma Asamblea, mediante una *ley habilitante* puede delegar en el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, la potestad legislativa.

601 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 176-177.

602 Véase sentencia N° 1216 de 26-06-01 en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 242 y ss.

603. Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Nacional y el sistema democrático de gobierno*, Tomo III, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp. 40 y ss.

En dicha ley, que debe ser sancionada mediante una mayoría calificada de las 3/5 partes de los integrantes de la Asamblea, en todo caso, se deben establecer “las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan” al Presidente, y que éste, por tanto, puede regular mediante Decreto con rango y valor de ley⁶⁰⁴.

Como lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 1515 de 6 de diciembre de 2000:

Se ha solicitado la nulidad de las normas contenidas en los ordinales previstos en una “ley habilitante”, también llamada “autorizatoria”, figura ésta que se encontraba regulada en la norma prevista en el artículo 190, ordinal 8° de la Constitución de 1961, y que actualmente se encuentra establecida en el artículo 203, último aparte de la Constitución de 1999, donde se le da definitivamente la denominación de “habilitante”, sin limitar su alcance en cuanto al contenido y materia objeto de habilitación; asimismo, dicha figura es regulada por las disposiciones contenidas en el numeral 8 del artículo 236 del mismo Texto Constitucional, como una atribución del Presidente de la República para dictar Decretos con fuerza de ley, previa autorización para ello por una ley habilitante.

Al respecto cabe señalar, que las leyes habilitantes se han concebido como leyes cuya razón se justifica en el principio de colaboración entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo Nacional, constituye así, el traslado -de manera excepcional- de una potestad exclusiva del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, para que este último, por causa de interés público, legisle en torno a algunas materias específicas -generalmente económica o financiera- que estarán delimitadas por la ley habilitante de que se trate.

Es pertinente destacar, que este tipo de leyes habilitantes se caracterizan por su vigencia determinada, siendo el propio legislador quien incorpora al acto legislativo autorizatorio las circunstancias determinantes de su vigencia, por lo que, una vez transcurrido el lapso previsto en la ley -habiéndose dictado o no las normas (Decretos-Leyes) de las materias habilitadas-, la ley autorizatoria fenece. De modo tal, que la delegación se agota por el uso que de ella haga el Ejecutivo Nacional mediante la publicación de la norma para la cual fue habilitado, o bien, por el transcurso del tiempo establecido en la misma ley habilitante para que sean dictados los instrumentos normativos que se requieran. Por esta razón, normas como la impugnada, tienen una vigencia de carácter temporal, esto es, que transcurrido el plazo establecido en la propia ley para su existencia, éstas pierden su eficacia, encuadrando así dentro del supuesto denominado por algunos autores como leyes a término, puesto que la cesación de su vigencia es definida a priori⁶⁰⁵.

b. *Las materias cuya legislación es delegable*

Las materias que corresponden a la competencia del Poder Nacional y sobre las cuales puede versar la delegación legislativa, son las enumeradas en el artículo

604. Véase Eloisa Avellaneda Sisto, “El régimen de los Decretos-Leyes, con especial referencia a la Constitución de 1999”, en F. Parra Aranguren y A. Rodríguez G. (Editores), *Estudios de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 69 a 106; 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; 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)*, Volumen I, pp. 25-74.

605 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 103.

156 de la Constitución. La legislación relativa a esas materias, por tanto, podría ser delegada al Presidente de la República, pues constitucionalmente no habría límite alguno establecido. Por ello, esta delegación legislativa de la Asamblea Nacional en el Presidente de la República en Consejo de Ministros, no sólo es una innovación de la Constitución de 1999, sino que la misma no tiene precedentes en el constitucionalismo contemporáneo, por la amplitud como está concebida. Esta delegación, por otra parte, cambió el régimen de la Constitución de 1961 que se limitaba a autorizar al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materias económicas y financieras, exclusivamente, previa habilitación por el Congreso (arts. 190, ord. 8)⁶⁰⁶.

En la Constitución de 1999, en cambio, se ha regulado una amplísima posibilidad de delegación legislativa, sin limitación respecto de las materias que puede contener, lo cual podría resultar en un atentado inadmisibles contra el principio constitucional de la reserva legal. Sobre esta delegación legislativa, incluso, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, se ha pronunciado sin fijarle o buscarle límites, admitiendo, incluso, la delegación legislativa en materias que corresponden ser reguladas por leyes orgánicas, en la siguiente forma:

Puede apreciarse, en consecuencia, que, de acuerdo con el nuevo régimen constitucional, *no existe un límite material* en cuanto al objeto o contenido del decreto ley, de manera que, a través del mismo, pueden ser reguladas materias que, según el artículo 203 de la Constitución, corresponden a leyes orgánicas; así, *no existe limitación* en cuanto a la jerarquía del decreto ley que pueda dictarse con ocasión de una ley habilitante, por lo cual podría adoptar no sólo el rango de una ley ordinaria sino también de una ley orgánica.

Igualmente aprecia la Sala que el Presidente de la República puede entenderse facultado para dictar -dentro de los límites de las leyes habilitantes- Decretos con fuerza de ley Orgánica, ya que las leyes habilitantes son leyes orgánicas por su naturaleza, al estar contenidas en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual se encuentra íntegramente referido a las leyes orgánicas. Así, las leyes habilitantes son, por definición, leyes marco -lo que determina su carácter orgánico en virtud del referido artículo- ya que, al habilitar al Presidente de la República para que ejerza funciones legislativas en determinadas materias, le establece las directrices y parámetros de su actuación la que deberá ejercer dentro de lo establecido en esa ley; además, así son expresamente definidas las leyes habilitantes en el mencionado artículo al disponer que las mismas tienen por finalidad "*establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República...*"⁶⁰⁷.

c. *La limitación a la delegación derivada de la garantía de la reserva legal en materia de los derechos humanos*

Sin embargo, a pesar de la aparente ausencia de límites a la delegación legislativa, el régimen de los derechos constitucionales previstos en la Constitución, que

606. Sobre estos actos en la Constitución de 1961 véase Gerardo Fernández, *Los Decretos Leyes*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, UCAB, Caracas, 1992.

607. Véase sentencia N° 1716 de 19-09-01 (Caso: *Revisión constitucional del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares de 2001*), en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 419.

tiene prevelancia sobre cualquier otro, impone una limitación esencial la delegación legislativa, de manera que tal delegación no es posible en materias que impliquen limitación o restricción a los derechos y garantías constitucionales⁶⁰⁸.

En efecto, la más importante de las garantías constitucionales de los derechos constitucionales, tal y como resulta de toda la regulación contenida en los artículos 19 a 129 de la Constitución, es la de la “reserva legal⁶⁰⁹”, es decir, que sólo mediante ley es que pueden limitarse o restringirse los derechos garantizados en la Constitución. El texto constitucional, además, reserva dichas regulaciones a la ley nacional, es decir, la emanada de la Asamblea Nacional, teniendo ésta entre sus atribuciones, el “legislar en las materias de la competencia nacional” (art. 187,1), enumerando el artículo 156 de la Constitución, entre ellas, “la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales”.

Conforme a lo anterior, las regulaciones, restricciones y limitaciones a los derechos y garantías constitucionales sólo pueden ser establecidas mediante *ley formal*, y “ley”, conforme al artículo 202 de la Constitución, no es otra cosa que “el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador”; es decir, el acto normativo emanado del cuerpo que conforma la representación popular.

Es decir, las limitaciones o restricciones a los derechos y garantías constitucionales, de acuerdo con la garantía constitucional de la reserva legal, sólo puede ser establecidas por el órgano colegiado que represente al pueblo, es decir, por la Asamblea Nacional.

De lo anterior resulta que, frente a una delegación legislativa tan amplia como la que regula la Constitución, aparentemente sin límites expresos, sin embargo, los límites a la misma derivan de los propios principios constitucionales. De ello deriva que siendo la garantía constitucional de la reserva legal de la esencia del régimen constitucional del Estado de derecho, la delegación legislativa mediante leyes habilitantes al Presidente de la República para dictar decretos con rango y valor de Ley, no puede abarcar materias que se refieran al régimen de restricción o limitación a los derechos y garantías constitucionales⁶¹⁰.

En tal sentido, en el mismo artículo 156 de la Constitución que regula las materias de competencia nacional, se enumeran muchas que inciden directamente en el régimen de los derechos constitucionales enumerados y desarrollados en los capítulos de la Constitución (sobre la nacionalidad, y los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales, Título III, artículos 19 a 135) y que sólo podrían ser reguladas mediante ley formal emanadas de la Asamblea Nacional, y que son las siguientes: la naturalización, la admisión, la extradición y expulsión de extranjeros (ord. 4); los servicios de identi-

608 Véase Pedro Nikken, “Constitución venezolana de 1999: La habilitación para dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley restrictivos de los derechos humanos y su contradicción con el derecho internacional”, *Revista de Derecho Público*, N° 83 (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 5-19.

609. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Prólogo” a la obra de Daniel Zovatto G., *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, Caracas-San José 1990, pp. 24 y ss.

610 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.

ficación (ord. 5); la policía nacional (ord. 6); la seguridad, la defensa y desarrollo nacional (ord. 7); el régimen de la administración de riesgos y emergencias (ord. 9); la regulación del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales (ord. 10); el régimen del comercio exterior y la organización y régimen de las aduanas (ord. 15); la legislación sobre ordenación urbanística (ord. 19); el régimen y organización del sistema de seguridad social (ord. 22); la legislación en materia de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, turismo y ordenación del territorio (ord. 23); las políticas y los servicios nacionales de educación y salud (ord. 25); el régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre de carácter nacional (ord. 26); y, en general, como se dijo, la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; y además, la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de los pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general (ord. 32).

Ahora bien, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que en Venezuela tiene rango constitucional y es de aplicación prevalente en el derecho interno conforme al artículo 23 de la Constitución, establece que:

Artículo 30: Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino *conforme a leyes* que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la expresión “leyes” contenida en esta norma sólo puede referirse a los actos legales emanados de “los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente electos”⁶¹¹, y que, en el caso de Venezuela, es la Asamblea Nacional.

En consecuencia, las leyes habilitantes que dicte la Asamblea Nacional delegando la potestad legislativa en el Presidente de la República, constitucionalmente no pueden atribuir al Presidente potestad alguna para dictar normas que impliquen la restricción o limitación a los derechos y garantías constitucionales, pues de lo contrario se violaría el principio de la reserva legal que como garantía constitucional fundamental de tales derechos, está establecido en la Constitución.

d. *El control de constitucionalidad de las leyes de delegación legislativa*

La ley habilitante que se dicte por la Asamblea Nacional, conforme al artículo 203 de la Constitución, como cualquier ley, está sometida al control de constitucionalidad por parte de la Sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 336,1), que se ha instituido como Jurisdiccional Constitucional, la cual puede ejer-

611 *Opinión Consultiva* OC-6/67 de 9-3-86. Véase en *Revista IIDH*, N° 3, San José Costa Rica 1986, pp. 107 y ss.

cerlo a instancia de cualquier persona, mediante el ejercicio de una acción popular⁶¹².

Dichas leyes habilitantes, sin embargo, no tienen previsto un control preventivo de la constitucionalidad de sus normas, como sucede con las leyes orgánicas así declaradas por la Asamblea Nacional (art. 202). De ello resulta una inconsistencia constitucional: la Asamblea Nacional puede dictar leyes habilitantes que la Sala Constitucional ha calificado como leyes orgánicas y que no están sometidas a control preventivo por parte de la misma; pero los decretos con fuerza de “ley orgánica” que dicte el Presidente de la República en ejecución de esa ley habilitante, si están sujetos al control preventivo de la Sala Constitucional. Así lo ha indicado la Sala Constitucional en su sentencia N° 1716 de 19 de septiembre de 2001, señalando lo siguiente:

En este contexto, debe destacarse la particular característica que poseen las leyes habilitantes, ya que, a pesar de ser leyes marco (categoría 4), no requieren del control previo que ejerce esta Sala para determinar si las mismas tienen carácter orgánico; ello debido a que ha sido el propio Constituyente, en su artículo 203, quien las definió como tales, lo que significa que dichas leyes deban ser consideradas como orgánicas, aparte del quórum calificado que, para su sanción, prevé el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así, visto que el Presidente de la República puede dictar decretos con rango de leyes orgánicas, debe esta Sala determinar si los mismos están sujetos al control previo de la constitucionalidad de su carácter orgánico por parte de la Sala Constitucional.

En este sentido, observa la Sala que el decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares, fue dictado con base en la ley habilitante sancionada por la Asamblea Nacional, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.076 del 13 de noviembre de 2000, en la cual se delegó en el Presidente de la República la potestad de dictar actos con rango y fuerza de ley en las materias expresamente señaladas.

A este respecto, el artículo 203 hace referencia a que las “leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán sometidas antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico” (subrayado nuestro); ello en razón de que la formación (discusión y sanción) de leyes es una atribución que por su naturaleza le corresponde al órgano del Poder Legislativo. No obstante, si en virtud de una habilitación de la Asamblea Nacional se autoriza al Presidente para legislar, el resultado de dicha habilitación (legislación delegada) tiene que someterse al mismo control previo por parte de la Sala Constitucional.

En este sentido, el control asignado a esta Sala tiene que ver con la verificación previa de la constitucionalidad del carácter orgánico de la ley (control objetivo del acto estatal), independientemente del órgano (sujeto) que emite el acto estatal, siempre que esté constitucionalmente habilitado para ello (Asamblea Nacional o Presidente de la República en virtud de la habilitación legislativa).

Así, si bien el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares no fue dictado por la Asamblea Nacional, lo fue por delegación de ésta, razón por la cual esta Sala resulta competente para pronunciarse acerca de la constitucionalidad del carácter orgánico del mismo, y así se declara⁶¹³.

612. Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional*, Tomo VI, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., Caracas-San Cristóbal, 1996.

613. Véase sentencia N° 1716 de 19-09-01 (Caso: *Revisión constitucional del Decreto con fuerza*

8. *Los instrumentos parlamentarios de control político y administrativo*

Tal como lo precisa el artículo 222 de la Constitución, la Asamblea Nacional puede ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en la Constitución y en la ley y cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento.

En ejercicio del control parlamentario, la Asamblea pueda declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos⁶¹⁴ y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Por otra parte, tanto la Asamblea como sus Comisiones pueden realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento (art. 223).

Por último, debe destacarse que conforme al artículo 224, el ejercicio de la facultad de investigación no afecta las atribuciones de los demás poderes públicos. Sin embargo, en cuanto a los jueces, estos están obligados a evacuar las pruebas para las cuales reciban comisión de la Asamblea Nacional y de sus Comisiones⁶¹⁵.

9. *La obligación de comparecencia ante el Parlamento*

De acuerdo con el artículo 223 de la Constitución, todos los funcionarios públicos están obligados, 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 particulares; quedando a salvo los derechos y garantías que la Constitución consagra.

A los efectos de asegurar la aplicación de esta norma constitucional se ha dictado la Ley Sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones⁶¹⁶, con el objeto, precisamente, de establecer las normas que regirán la comparecencia de funcionarios públicos y los particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, así como las sanciones por el incumplimiento a las mismas art. 1.

En cuanto a la comparecencia de funcionarios públicos y los particulares, conforme al artículo 2 de la Ley, la misma, tiene por objeto conocer la actuación, y la recopilación de los documentos requeridos por la Asamblea Nacional o alguna de sus Comisiones, para el mejor desempeño de las investigaciones en las materias de su competencia.

de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares de 2001), en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 419-420.

614 Véase sobre esto Allan R. Brewer-Carías "Aspectos del control político sobre la Administración Pública" en *Revista de Control Fiscal*, N° 101, Contraloría General de la República, Caracas, 1981, pp. 107 a 130.

615 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Los poderes de investigación de los cuerpos legislativos y sus limitaciones, con particular referencia a los asuntos secretos", *Revista de Derecho Público*, N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 25 a 42.

616 Véase Ley Sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones (Ley N° 30). En *G.O.* N° 37.252 del 2 de agosto de 2001.

A tales efectos, entonces, la Asamblea Nacional, o sus Comisiones, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales puede acordar, conforme a su Reglamento, la comparecencia ante la plenaria, o ante sus Comisiones, de todos los funcionarios públicos, así como de los particulares “preservando los derechos fundamentales, garantías y principios constitucionales, a los fines del cumplimiento efectivo de las funciones de control y de investigación parlamentaria que sobre el Gobierno nacional, estatal y municipal, y sobre la administración descentralizada, le correspondan” (art. 3). Sin duda, esta disposición es inconstitucional en cuanto concierne a la supuesta potestad de la Asamblea Nacional, de poder realizar funciones de control y de investigación parlamentaria sobre los gobiernos estatales. La autonomía que consagra la Constitución a los Estados (art. 159) no puede ser limitada por ley salvo cuando la Constitución lo ha dispuesto expresamente, como en el caso de la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos estatales (art. 162). En cuanto a los municipios, sin embargo, como la Constitución lesionó fuertemente su autonomía al establecer que por ley podía limitarse (art. 168), la regulación de la Ley sobre Régimen de Comparecencia relativas a investigaciones de la Asamblea Nacional en relación con los gobiernos municipales, aún cuando absurda, se adaptaría a la Constitución.

La Ley confirma la obligación de comparecencia conforme al llamado efectuado por la Asamblea Nacional o sus Comisiones, a fin de que expongan sobre los motivos y razones objeto de la misma (art. 5), y agrega la potestad de la Asamblea Nacional o sus Comisiones de acudir a la sede del ente u organismo investigado, debiendo los funcionarios a quienes compete la dependencia, prestar la oportuna y debida atención a los representantes del Parlamento, suministrándoles la información o el aporte documental requerido. La negativa o excusa injustificada, o la obstaculización de la investigación, será sancionada con multa comprendida entre trescientas Unidades Tributarias (300 U.T.) y seiscientas Unidades Tributarias (600 U.T.), o arresto proporcional, por multa no satisfecha, a razón de un día de arresto por Unidad Tributaria, además de la pena accesoria de suspensión en ejercicio del cargo conforme al artículo 22 de la Ley (art. 6).

Por otra parte, la Ley precisa que cuando el interés nacional lo requiera, vista la gravedad de los motivos y las razones que hacen procedente la averiguación en los casos donde estén involucrados venezolanos o extranjeros residentes en el exterior, la Asamblea Nacional puede autorizar el traslado de Comisiones al país donde se encuentren éstos, a objeto de la instrucción del expediente respectivo (art. 7).

La Ley, además, regula con todo detalle, las formalidades para las citaciones (arts. 9 a 15), debiendo garantizarse el transcurso de un lapso de comparecencia de un mínimo de setenta y dos (72) horas (art. 8). En cuanto a la comparecencia para una interpelación, ésta debe referirse a cuestiones relativas al ejercicio de las funciones propias del compareciente y puede ser pública, reservada o secreta, a juicio de la Comisión correspondiente (art. 10). La Ley además dispone que la Asamblea puede citar a ciudadanos que gocen de inmunidad diplomática, o cuyo país de origen sea signatario de tratados o convenios internacionales suscritos por Venezuela, para coadyuvar voluntariamente en la averiguación, respondiendo por escrito sobre la materia objeto de la investigación (art. 17).

Cuando con motivo de la comparecencia de un funcionario público, persona natural o representantes de personas jurídicas, se determinen fundados indicios que

hagan presumir la existencia de ilícitos administrativos que comprometan el patrimonio público, conforme se establece en el artículo 19 de la Ley, “las actuaciones de la Asamblea Nacional o de la Comisión respectiva constituyen medios de prueba vinculantes, para que la Contraloría General de la República abra la averiguación correspondiente sobre la responsabilidad administrativa de las personas involucradas”. Si en esos casos se determinan fundados indicios de la comisión de ilícitos penales, también dispone el artículo 20 de la Ley que “las Actas de las comparecencias constituyen actuaciones preliminares similares a las exigidas en la fase preparatoria del juicio penal” las cuales administradas deben ser pasadas al Ministerio Público para que ejerza la acción correspondiente contra las personas involucradas.

La Ley, por último, establece todo un régimen de sanciones por el incumplimiento de la obligación constitucional de comparecencia. En general, en cuanto a los funcionarios públicos o los particulares que siendo citado para comparecer no asistan o se excusen sin motivo justificado, será sancionados por contumacia, con multa comprendida entre cien Unidades Tributarias (100 U.T.) y doscientas Unidades Tributarias (200 U.T.), o arresto proporcional, por multa no satisfecha, a razón de un día de arresto por Unidad Tributaria. La sentencia, dice el artículo 21 de la Ley “se publicará, a costa del sentenciado, en un diario de los de mayor circulación nacional”. De esta previsión podría presumirse que el arresto sólo puede acordarse por la autoridad judicial, ya que los jueces son los únicos que pueden dictar “sentencias”. Igualmente dispone la norma que quien fuese citado en calidad de testigo, experto, perito o intérprete, y habiendo comparecido rehuse sin razón legal sus disposiciones o el cumplimiento del oficio que ha motivado su citación, incurrirá en la misma pena (art. 21). Además, en cuanto a los funcionarios públicos de carrera además de la sanción antes mencionada, se les impondrá como pena accesoria la suspensión del empleo o cargo por un tiempo de dos (2) a tres (3) meses, sin goce de sueldo. En cambio, cuando se trate de funcionarios de libre nombramiento y remoción, la Asamblea Nacional le impondrá un voto de censura, con la obligación de proceder a la remoción inmediata del funcionario o funcionaria público por su órgano jerárquico (art. 22).

En cuanto a las personas que fueren emplazados a responder las preguntas por escrito u oralmente, y se nieguen a responderlas, no asistieren o no las remitan al acto en la fecha, hora y lugar fijados en la citación de comparecencia, o se excusen de hacerlo sin motivo justificado, la ley dispone que serán sancionadas con multa comprendida entre ciento cincuenta Unidades Tributarias (150 U.T.) y doscientas cincuenta Unidades Tributarias (250 U.T.), elevándose a trescientas Unidades Tributarias (300 U.T.) si el emplazado fuere un funcionario público (art. 23).

En todo caso, conforme al artículo 25 de la Ley, el enjuiciamiento por contumacia ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, sólo puede tener lugar mediante requerimiento de éstas al representante del Ministerio Público para que promueva lo conducente.

III. EL PODER EJECUTIVO NACIONAL

En un sistema presidencial de gobierno⁶¹⁷, y conforme al artículo 225 de la Constitución, el Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros y demás funcionarios que determinen la Constitución y la ley.

1 *La organización constitucional del Poder Ejecutivo*

A. *El Presidente de la República*

a. *Carácter: Jefe del Estado y del Gobierno*

Dado el sistema presidencial de gobierno que se conserva en la Constitución, el artículo 226 dispone que el Presidente de la República es a la vez el Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno.

b. *Elección*

a'. *Condiciones de elegibilidad y de inelegibilidad*

Para ser elegido Presidente de la República se requiere ser venezolano por nacimiento, no poseer otra nacionalidad, mayor de treinta años, de estado seglar y no estar sometido a condena mediante sentencia definitivamente firme y cumplir con los demás requisitos establecidos en la Constitución (art. 227).

Sin embargo, no puede ser elegido Presidente de la República quien esté en ejercicio del cargo de Vicepresidente Ejecutivo, o Gobernador y Alcalde en el día de su postulación o en cualquier momento entre esta fecha y la de la elección (art. 229).

b'. *Elección popular por mayoría relativa*

La elección del Presidente de la República se debe siempre realizar por votación universal, directa y secreta, en conformidad con la ley.

617 Véase en general, sobre el sistema presidencia y el Poder Ejecutivo, véase Donato Lupidii, "El sistema presidencial y la Constitución venezolana de 1999", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 819-835; Véase Alfredo Arismendi A., "El fortalecimiento del Poder Ejecutivo Nacional en la Constitución venezolana de 1999", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 837-865; Ricardo Combellas, "El Poder Ejecutivo en la Constitución de 1999", en *Revista UGMA Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Gran Mariscal de Ayacucho*, N° 1 (mayo-agosto). Barcelona-Venezuela, 2002, pp. 9-24; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 407 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 153 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 205 y ss.

Se debe proclamar electo el candidato que hubiere obtenido la mayoría de votos válidos. Así lo dispone el artículo 228 de la Constitución, el cual siguió el mismo principio de la elección por mayoría relativa del Presidente de la República que establecía el artículo 183 de la Constitución de 1961. Respaldamos la propuesta para que en la nueva Constitución se estableciera el principio de la mayoría absoluta y la doble vuelta en la elección presidencial, lo cual se eliminó en la segunda discusión del Proyecto⁶¹⁸.

c. *El período constitucional y reelección*

De acuerdo con el artículo 230, el período del Presidente de la República es de 6 años, pudiendo ser reelegido de inmediato y por una sola vez, para un período adicional.

Estimamos que no era conveniente regular la reelección inmediata extendiendo a la vez el período constitucional del Presidente de los 5 años que establecía la Constitución de 1961 (art. 135) a 6 años; por ello propusimos que el período fuese de 4 años para que hubiera reelección⁶¹⁹.

d. *La toma de posesión*

El candidato elegido como Presidente de la República debe tomar posesión del cargo el diez de enero del primer año de su período constitucional, mediante juramento ante la Asamblea Nacional. Si por cualquier motivo sobrevenido el Presidente de la República no pudiese tomar posesión ante la Asamblea Nacional, lo debe hacer ante el Tribunal Supremo de Justicia. (art. 231).

e. *La responsabilidad y obligaciones generales*

El Presidente de la República es responsable de sus actos y del cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo. Está especialmente 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 (art. 232).

En ningún caso la declaración de los estados de excepción modifica el principio de su responsabilidad, ni la del Vicepresidente Ejecutivo, ni la de los Ministros de conformidad con la Constitución y la ley (art. 232).

f. *Las faltas del Presidente*

a'. *Las faltas absolutas*

El artículo 233 de la Constitución considera como faltas absolutas del Presidente de la República: la muerte, su renuncia, la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, la incapacidad física o mental permanente, certi-

618 Véase nuestro voto salvado en Allan R. Brewer-Carías. *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 191 y 195.

619 Véase nuestro voto salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 199 y 289.

ficada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado éste por la Asamblea Nacional, así como la revocatoria popular de su mandato.

En los casos en los cuales se produzca la falta absoluta del Presidente electo o antes de tomar posesión, se debe proceder a realizar una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los 30 días consecutivos siguientes. En este caso, mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente se debe encargar de la Presidencia de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional.

Cuando la falta absoluta del Presidente de la República se produzca durante los primeros 4 años del período constitucional, se debe proceder a una nueva elección universal y directa dentro de los 30 días consecutivos siguientes. En este caso, mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente, se debe encargar de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente debe completar el período constitucional correspondiente.

En todo caso, si la falta absoluta se produce durante los últimos 2 años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo debe asumir la Presidencia de la República hasta completar el mismo.

Mas adelante, en esta *Sexta Parte*, se insiste en el análisis de las faltas absolutas, al analizar las formas de terminación del mandato del Presidente de la República.

b'. *Las faltas temporales*

En cuanto a las faltas temporales del Presidente de la República, el artículo 234 dispone que deben ser suplidas por el Vicepresidente Ejecutivo hasta por 90 días, prorrogables por decisión de la Asamblea Nacional por 90 días más.

Si una falta temporal se prolonga por más de 90 días consecutivos, la Asamblea Nacional debe decidir por mayoría de sus integrantes si debe considerarse que hay falta absoluta.

c'. *Las ausencias del territorio nacional*

Las ausencias del territorio nacional por parte del Presidente de la República sólo requieren autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada, cuando se prolongue por un lapso superior a 5 días consecutivos (art. 235).

g. *La Memoria y cuenta*

Dentro de los 10 primeros días siguientes a la instalación de la Asamblea Nacional, en sesiones ordinarias, el Presidente de la República personalmente debe presentar, cada año, a la Asamblea un mensaje en que debe dar cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior (art. 237).

B. *El Vicepresidente Ejecutivo*

a. *Carácter*

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999 es la creación de la figura del Vicepresidente Ejecutivo, como órgano directo y colaborador inmediato del Presidente de la República en su condición de Jefe del Ejecutivo Nacional (art. 238).

El Vicepresidente Ejecutivo debe reunir las mismas condiciones exigidas para ser Presidente de la República, y no puede tener ningún parentesco de consanguinidad ni de afinidad con éste.

Esta figura, tal como está concebida, no cambia el carácter presidencial del sistema de gobierno, como resulta de sus atribuciones⁶²⁰.

b. *Las atribuciones del Vicepresidente*

El artículo 239 precisa las siguientes atribuciones del Vicepresidente Ejecutivo:

1. Colaborar con el Presidente o Presidenta de la República en la dirección de la acción del Gobierno.
2. Coordinar la Administración Pública Nacional de conformidad con las instrucciones del Presidente o Presidenta de la República.
3. Proponer al Presidente o Presidenta de la República el nombramiento y la remoción de los Ministros o Ministras.
4. Presidir, previa autorización del Presidente o Presidenta de la República, el Consejo de Ministros.
5. Coordinar las relaciones del Ejecutivo Nacional con la Asamblea Nacional.
6. Presidir el Consejo Federal de Gobierno
7. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios o funcionarias nacionales cuya designación no esté atribuida a otra autoridad.
8. Suplir las faltas temporales del Presidente de la República.
9. Ejercer las atribuciones que le delegue el Presidente de la República.
10. Las demás que le señalen esa Constitución y la ley.

c. *La responsabilidad del Vicepresidente*

Tal como lo indica expresamente el artículo 241, el Vicepresidente Ejecutivo es responsable de sus actos de conformidad con la Constitución y la ley.

d. *El voto de censura al Vicepresidente y sus efectos*

Conforme al artículo 240, la aprobación de una moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo, por una votación no menor de las 3/5 partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, implica su remoción.

620 Véase los comentarios críticos en torno a esta reforma en Carlos Ayala Corao, *El Régimen Presidencial en América Latina y los Planteamientos para su Reforma*, Caracas, 1992.

En estos casos, el funcionario removido no puede optar al cargo de Vicepresidente Ejecutivo o de Ministro por el resto del período presidencial.

Por otra parte, la remoción del Vicepresidente Ejecutivo en tres oportunidades dentro de un mismo período constitucional, como consecuencia de la aprobación de mociones de censura, faculta al Presidente de la República para disolver la Asamblea Nacional.

Esta es la única posibilidad que tiene el Presidente de la República de disolver la Asamblea, la cual se puede considerar como de difícil materialización, salvo que la propia Asamblea así lo provoque aprobando el tercer voto de censura. En todo caso, el decreto de disolución conlleva la convocatoria de elecciones para una nueva legislatura dentro de los 60 días siguientes a su disolución.

En todo caso, la Asamblea no puede ser disuelta en el último año de su período constitucional.

C. *Los Ministros*

a. *Carácter*

Los Ministros son órganos directos del Presidente de la República, y reunidos conjuntamente con este y con el Vicepresidente Ejecutivo, integran el Consejo de Ministros (art. 242).

b. *Los ministros de Estado*

Los Ministros, en general, son los titulares de los Despachos Ministeriales que resulten de la organización de los Ministerios. Sin embargo, conforme al artículo 243, el Presidente de la República también puede nombrar Ministros de Estado, los cuales, además de participar en el Consejo de Ministros, deben asesorar al Presidente de la República y al Vicepresidente Ejecutivo en los asuntos que les fueren asignados.

c. *Las condiciones para ser Ministro*

Para ser Ministro se requiere poseer la nacionalidad venezolana y ser mayor de veinticinco años, con las excepciones establecidas en la Constitución (art. 244).

En cuanto a los Ministros de los Despachos relacionados con la Seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas y educación, el artículo 41 de la Constitución exige la nacionalidad venezolana por nacimiento y no tener otra nacionalidad.

d. *La responsabilidad*

Los Ministros son responsables de sus actos de conformidad con la Constitución y la ley (art. 244).

e. *El derecho de palabra en la Asamblea*

Los Ministros tienen derecho de palabra en la Asamblea Nacional y en sus Comisiones (art. 211). Además, pueden tomar parte en los debates de la Asamblea Nacional, sin derecho al voto (art. 245).

f. *La memoria*

Conforme al artículo 244, los Ministros deben presentar ante la Asamblea Nacional, dentro de los primeros 60 días de cada año, una memoria razonada y suficiente sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior, de conformidad con la ley.

g. *La moción de censura*

El artículo 246 de la Constitución establece que la aprobación de una moción de censura a un Ministro por una votación no menor de las 3/5 partes de los integrantes presentes de la Asamblea Nacional, implica su remoción.

En este caso, el funcionario removido no puede optar al cargo de Ministro ni de Vicepresidente Ejecutivo por el resto del período presidencial.

D. *El Consejo de Ministros*

Como se señaló, los Ministros reunidos con el Presidente y con el Vicepresidente integran el Consejo de Ministros (art. 242).

Las reuniones del Consejo de Ministros las preside el Presidente de la República pero puede autorizar al Vicepresidente Ejecutivo para que las presida cuando no pueda asistir a ellas. En todo caso, las decisiones tomadas deben ser ratificadas por el Presidente de la República.

Conforme al mismo artículo 242 de la Constitución, de las decisiones del Consejo de Ministros son solidariamente responsables el Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros que hubieren concurrido, salvo aquellos que hayan hecho constar su voto adverso o negativo. Por supuesto que dicha responsabilidad solidaria también comprende al Presidente de la República cuando presida el cuerpo.

El Procurador General de la República debe asistir al Consejo de Ministros, pero con sólo derecho a voz (art. 250).

Conforme al artículo 236 de la Constitución el Presidente de la República debe ejercer, en Consejo de Ministros, las atribuciones señaladas en los numerales 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 18, 20, 21, 22 y las que la atribuya la ley para ser ejercida en igual forma.

E. *La Procuraduría General de la República*

a. *Carácter*

La Procuraduría General de la República se define en la Constitución, como un órgano del Poder Ejecutivo Nacional que asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República (art. 247). En particular, la Constitución exige que la Procuraduría debe ser consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional. Corresponde a la ley orgánica determinar la organización, competencia y funcionamiento de la Procuraduría, a cuyo en 2001 se dictó el Decreto N° 1.556, con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República⁶²¹.

621 G.O. N° 5.554 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

b. *Funcionarios*

La Procuraduría General de la República esta a cargo y bajo la dirección del Procurador General de la República, con la colaboración de los demás funcionarios que determine su ley orgánica (art. 248).

Para ser Procurador General de la República se requiere reunir las mismas condiciones exigidas para ser Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia (art. 263).

El nombramiento del Procurador General de la República corresponde al Presidente de la República (art. 236, ord. 15), con la autorización de la Asamblea Nacional (art. 187, ord. 14).

F. *El Consejo de Estado*

Otra innovación de la Constitución de 1999 es la creación del Consejo de Estado como órgano superior de consulta del Gobierno y la Administración Pública Nacional (art. 251).

Tiene a su cargo recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos a los que el Presidente o Presidenta de la República reconozca de especial trascendencia y requiera su opinión. Corresponde a la ley respectiva determinar sus funciones y atribuciones⁶²².

El Consejo de Estado lo preside el Vicepresidente Ejecutivo y esta conformado, además, por cinco personas designadas por el Presidente de la República; un representante designado por la Asamblea Nacional; un representante designado por el Tribunal Supremo de Justicia y un Gobernador designado por el conjunto de mandatarios estatales (art. 252).

2. *Las atribuciones del Presidente de la República y los principales actos ejecutivos*

De acuerdo con el artículo 236 de la Constitución, son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República, además de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes (ord. 1), dictar una serie de actos, tanto de gobierno como administrativos, además de otros de orden normativo.

Todos los actos del Presidente de la República, con excepción de los señalados en los ordinales 3 y 5 del artículo 236, deben ser refrendados para su validez por el Vicepresidente Ejecutivo y el Ministro o los Ministros respectivos.

A. *Los actos de gobierno*

a. *La enumeración constitucional*

Pueden considerarse como actos de gobierno, en general, los previstos en los siguientes ordinales del artículo 236:

622 Véase nuestro voto salvado sobre este tema en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, p. 199.

2. Dirigir la acción del Gobierno.
4. Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.
5. Dirigir la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente.
6. Ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o coronela o capitán o capitana de navío, y nombrarlos o nombrarlas para los cargos que les son privativos.
9. Convocar a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias
19. Conceder indultos.
21. Disolver la Asamblea Nacional en caso de que se produzcan tres votos de censura contra el Vicepresidente (arts. 236,21 y 240).

Las facultades establecidas en los ordinales 7, 9 y 21 deben ejercerse en Consejo de Ministros.

b. *Los actos de gobierno como actos de ejecución directa de la Constitución*

El Presidente de la República conforme a las atribuciones anteriores, puede dictar actos de igual rango que la Ley, pero desvinculados de ésta por ser emanados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, los cuales en Venezuela se denominan “actos de gobierno”⁶²³.

Estos actos de gobierno, que son dictados en el ejercicio de la función de gobierno, y que, por tanto, no son actos administrativos⁶²⁴, emanan del Presidente de la República en ejercicio de atribuciones que la Constitución le asigna directamente. Por tal razón, el legislador no puede regular el ejercicio de la función de gobierno por parte del Poder Ejecutivo. No se trata, por tanto, de actos de carácter sublegal, sino de igual rango que la ley, aún cuando no tengan “valor” de ley por no tener poder derogatorio respecto de las mismas.

Sobre estos actos de gobierno, la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, en sentencia de 11-03-93 señaló:

Es ampliamente conocida en el ámbito constitucional la teoría del “acto de gobierno”, “gubernativo” o “acto político”, conforme a la cual, en su formulación clásica, el Presidente de la República como cabeza del Ejecutivo y Jefe de Estado (artículo 181 de la Constitución) ejerce, además de funciones propiamente administrativas, otras de contenido distinto, atinentes a la “oportunidad política” o actos que por su naturaleza, intrínsecamente ligada a la conducción y subsistencia del Estado, no son en la misma medida enjuiciables. Se institucionalizaba así, la figura intimidante de la “razón de Estado” como justificación a toda cuestión de la cual el Gobierno no tuviera que rendir debida cuenta.

623. 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)*, Volumen I, pp. 25-74; y Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, 1975, pp. 378 y 391.

624. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 26, 108 y 323 y ss.

Semejante construcción sustentada en la tesis de la llamada “soberanía suprema”, cuyo nacimiento teórico ubican distintos autores en la época posterior a la caída del régimen napoleónico, pronto empezó a ser revisada con criterios cada vez más estrictos que llevaron a una categorización jurisprudencial de los actos de esa naturaleza excluidos del control jurisdiccional, también cada vez más reducida.

En Venezuela, la falta de una disposición expresa al respecto en el Texto Fundamental, ha sentado este Alto Tribunal, como nota identificadora de esa especie jurídica, aquellos actos que, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, son de índole eminentemente política. (*Vid.* SPA del 21-11-88, Caso: *Jorge Olavarria*).

Dentro de este contexto, concuerdan autores y jurisprudencia nacional y extranjera en mantener dentro de esa clasificación, entre otros, el indulto, los actos relativos a la conducción de las relaciones entre el Gobierno y países extranjeros...⁶²⁵

En el mismo sentido, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 21-11-88 precisó la noción del acto de gobierno, como un acto ejecutivo dictado en ejecución directa de la Constitución y no de la ley ordinaria, distinguiéndolos así de los actos administrativos, en la forma siguiente:

Permanecen todavía incólumes los principios sentados por la Corte -a los que se refieren los apoderados del Consejo, pero aplicándolos inexactamente al caso de autos- respecto de los “actos de gobierno”, especie jurídica que, en razón de su *superior jerarquía, derivada del hecho de que son producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución y no de la ley ordinaria*, ha sido excluida hasta ahora, por la propia Corte, de la totalidad del control jurisdiccional de constitucionalidad, “en atención -como ella misma ha expresado- a que *por su propia esencia* son actos de *índole eminentemente política* o actos de gobierno, o de índole *discrecional*; situaciones en que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional”.

Los principios jurisprudenciales alegados por los defensores de la actuación del Consejo en la Resolución recurrida, permanecen, en efecto, aún vigentes (a más de la comentada decisión del 29-04-65, en Corte Plena, véase la de 28-06-83: CENADICA, dictada en SPA); mas, no son aplicables al caso de autos como ellos lo pretenden, sino -insiste la Sala- sólo a las *actuaciones emanadas de la cúspide del Poder Ejecutivo en función de gobierno, es decir, a los denominados por la doctrina “actos de gobierno”, emitidos justa y precisamente en ejecución directa e inmediata de la Constitución*; y no a los producidos, como los de autos, por una administración -la electoral en el caso- que ejecutó, de manera directa e inmediata, normas de rango inferior al de la Carta Magna, a saber: las de la Ley Orgánica del Sufragio. Así se declara⁶²⁶.

En esta forma, la noción del acto de gobierno en Venezuela ha sido delineada con base en un criterio estrictamente formal: se trata de los actos dictados por el Presidente de la República, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, en ejercicio de la función de gobierno⁶²⁷. A ello ha agregado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 880 de 1 de agosto de 2000, lo siguiente:

625. Véase *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 155 y ss.

626. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 36, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, pp. 62 y ss.

627. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 26, 108 y 323 y ss. y *Derecho Administrativo*, Tomo I, *cit.*, pp. 391 y ss.

Sobre este último aspecto, debe aclarar este Máximo Tribunal de Justicia que, como señala la doctrina patria "... la noción de acto de gobierno en Venezuela, ha sido delimitada sobre la base de un criterio estrictamente formal: se trata de actos dictados por el Presidente de la República, en ejecución directa de la Constitución, en ejercicio de la función de gobierno". (vid. Allan R. Brewer-Carías: *El control de la constitucionalidad de los Actos Estatales*, Colección Estudios Jurídicos N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, p. 113). Dichos actos, de indudable naturaleza política, no obstante, pueden ser impugnados no sólo por la vía de la acción de amparo constitucional, sino mediante el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha reconocido esta Sala en anterior oportunidad, al señalar, con fundamento en el artículo 334 del Texto Fundamental, que "... en ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos realizados en ejecución directa de la Constitución...". Así igualmente se declara⁶²⁸.

No se trata, por tanto, de actos administrativos que siempre son de rango sublegal, ni de actos en cuyo dictado el Presidente deba someterse a normas legislativas. Como actos dictados en ejercicio de atribuciones constitucionales por el Presidente de la República, el Poder Legislativo no puede regular la forma o manera de sus dictados, pues incurriría en una usurpación de funciones.

c. *El control constitucional de los actos de gobierno*

Los actos de gobierno, por tanto, si bien no son actos que estén sometidos a la ley en sentido formal, pues la función de gobierno no puede ser regulada por el legislador, por supuesto que son actos sometidos a la Constitución, en virtud de que son dictados por el Presidente de la República en ejercicio de competencias constitucionales. Como actos sometidos a la Constitución, también están sometidos al control de la constitucionalidad que ejerce el Tribunal Supremo de Justicia⁶²⁹ en Sala Constitucional, la cual puede declarar su nulidad, por inconstitucionalidad, con carácter absoluto, es decir, con *erga omnes* (Art 334).

Por tanto, los actos de gobierno como actos de naturaleza política pueden ser objeto de control por la Jurisdicción Constitucional, y bastaría un solo ejemplo, para darse cuenta de la necesidad del control: el caso, por ejemplo, de la fijación del contingente de las Fuerzas Armadas Nacionales, por el Presidente de la República, estableciendo un cupo por razas, lo que violaría el artículo 21 de la Constitución, por lo que sería a todas luces inconstitucional y anulable. Entre los motivos de impugnación, de los actos de gobierno, por tanto y por supuesto, estaría la violación directa de la Constitución.

Debe señalarse, en todo caso, que en la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de 29-04-65, dictada con motivo de la impugnación de la

628 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 92.

629. Véase Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus tribunales nacionales", *Revista de Derecho Público*, N° 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pp. 65-68.

Ley aprobatoria del Tratado de Extradición con los Estados Unidos, la Corte había sentado el criterio siguiente:

En lo relativo a los actos que el Presidente de la República está facultado para realizar en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, un atento examen de las mismas conduce a la conclusión de que determinadas actuaciones presidenciales, en cualquiera de los dos caracteres de Jefe del Ejecutivo Nacional o Jefe del Estado venezolano asignados a aquél por el artículo 181 de la Constitución, están excluidos del control jurisdiccional de constitucionalidad en atención a que por su propia esencia son actos de índole discrecional; situaciones en que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional.

Entre tales actos encuéntrase según el artículo 190 de la Constitución Nacional los siguientes: Fijar el contingente de las Fuerzas Armadas Nacionales; convocar el Congreso a sesiones extraordinarias y reunir en Convención a algunos o a todos los Gobernadores de las entidades federales.

Con base en las excepciones que se han indicado en lo relativo al control jurisdiccional sobre la constitucionalidad intrínseca de los actos del Poder Público, puede sentarse la conclusión de que este control no ha sido establecido en forma rígida o absoluta, pues están, sustraídas a su dominio diversas situaciones tanto en el orden legislativo, como en el judicial y en el ejecutivo⁶³⁰.

Esta decisión, como se ha dicho, ahora totalmente superada, originó la doctrina de supuestos actos excluidos de control aún cuando no en sí mismos, sino en los aspectos de los mismos que pudieran ser controlados⁶³¹. En todo caso, la interpretación doctrinal sobre la exclusión del control de constitucionalidad "intrínseca" de los actos de gobierno, que sólo podía referirse a los motivos del acto, como acto discrecional, pero no a los aspectos relativos a la competencia o a la forma, no fue acogida totalmente de inmediato, al punto que en una sentencia de 21-11-88, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia al conocer de la impugnación de un acto del Consejo Supremo Electoral, afirmó al distinguirlo de los actos de gobierno, que en relación con éstos que:

Permanecen todavía incólumes los principios sentados por la Corte -a los que se refieren los apoderados del Consejo, pero aplicándolos inexactamente al caso de autos- respecto de los "actos de gobierno", especie jurídica que, en razón de su superior jerarquía, derivada del hecho de que son producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución y no de la ley ordinaria, ha sido excluida hasta ahora, por la propia Corte, de la totalidad del control jurisdiccional de constitucionalidad, "en atención -como ella misma ha expresado- a que por su propia esencia son actos de índole eminentemente política o actos de gobierno, o de índole discrecional; situaciones en que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional"⁶³².

630. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Caracas, 1977, p. 83.

631. Véase Luis H. Farías Mata, "La doctrina de los actos excluidos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal", en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Instituto de Derecho Público, UCV, Vol. I, (1968-1969), Caracas, 1971, pp. 329 a 331.

632. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 36, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, pp. 62 y ss.

La discusión sobre el control de constitucionalidad de los actos de gobierno, en todo caso, fue definitivamente cancelada por la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena en sentencia de 11-03-93 (Caso: *Gruber Odreman*), al decidir sobre la impugnación por inconstitucionalidad de los decretos de suspensión de garantía y su ejecución, de noviembre de 1992 dictados luego de la sublevación militar del día 27 de ese mes. La Corte entró directamente al tema preguntándose lo siguiente:

Ahora bien, ¿cabe dentro del marco constitucional venezolano sostener la no enjuiciabilidad de actuaciones de la Administración, de rango ejecutivo o legislativo, en razón de su contenido político?

Para llegar a una respuesta adecuada, se hace imperativo, en primer término, acudir a la construcción que sobre el tema ha hecho esta Corte a través de decisiones donde se pone en evidencia, una vez más, la nunca suficientemente entendida relación de causalidad existente entre el avance del sistema de control jurisdiccional sobre los actos del Poder Público y el desarrollo institucional democrático de un país.

En efecto, no es esta la primera ocasión que se presenta a la Corte de discernir sobre la teoría de los actos exentos de control pues, no pocas veces, ha ido su Sala Político-Administrativa extendiendo pausada pero invariablemente, su ámbito de control -como órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa- a toda la actividad del Poder Público; y así igualmente, en cuanto al control constitucional directo, este Alto Tribunal en Pleno ha traspasado barreras conceptuales antes defendidas por la preeminencia de un Estado todopoderoso, criterio hoy francamente superado⁶³³.

Para fundamentar este criterio, la Corte acudió a su doctrina original sentada en 1962 sobre la universalidad del control de constitucionalidad y citando la sentencia de 15-03-62 (dictada con motivo de la acción de nulidad de la ley aprobatoria del contrato con el Banco de Venezuela, como auxiliar de tesorería) señaló:

Tal amplitud de criterio, mantenida casi invariablemente por esta Suprema Corte, se ha puesto ya de manifiesto en actos conocidos como típicamente gubernativos, como es el caso, aunque en materia contencioso-administrativa y no constitucional, de la sentencia de fecha 31 de octubre de 1972 (Caso: *Manuel Elpidio Páez Almeida*, SPA).

3. Con arreglo a lo anterior, es indispensable para esta Corte que las actuaciones de la rama ejecutiva del Poder Público, a tenor del artículo 117 de la Constitución que consagra el principio de legalidad ("La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio"), están sujetas, por imperio de la Carta Fundamental, a la ley en su sentido más amplio y por ende, a revisión judicial: constitucional en aplicación del artículo 215, ordinal 6 *ejusdem* y contencioso-administrativo, por previsión del artículo 206 *ibidem*.

Luego, en Venezuela, el problema de los "actos de gobierno" no se contrae a una categoría jurídica revestida de inmunidad jurisdiccional, pues como se ha visto, existe frente a éstos la posibilidad de recurrirlos con base a una garantía constitucional. La cuestión se circunscribe entonces al mayor o menor grado de sujeción al cuerpo normativo, asunto atinente a la competencia reglada y al poder discrecional del funcionario que, en ejecución de la Ley Fundamental, dicta el acto⁶³⁴.

633. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 218 y ss.

634. *Idem*.

En esta forma, la Corte identificó el problema del control de la constitucionalidad de los actos de gobierno, como un problema de control de actos discrecionales. Para ello, aplicó los principios que la misma Corte había venido estableciendo sobre el control de los actos administrativos discrecionales desde la década de los cincuenta⁶³⁵. Particularmente, se destaca en esa línea, la sentencia de la Sala Político-Administrativa (Caso: *Depositaria Judicial*) de 02-11-82 en la cual al admitir el control de los actos administrativos discrecionales en relación con la competencia, las formalidades y la finalidad, la Corte señaló que si bien no controla las razones de fondo, mérito de oportunidad y conveniencia, el Juez puede:

Revisar la veracidad y la congruencia de los hechos que, a través de la motivación, el funcionario alega que ocurrieron, y con base en los cuales adoptó -apreciándolas según las circunstancias de oportunidad y de conveniencia que tuvo a la vista- la medida posteriormente recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁶³⁶.

En todo caso, en la Constitución de 1999 quedó definitivamente establecido el control de constitucionalidad de los actos de gobierno, al atribuir a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, competencia para declarar la nulidad de los mismos cuando colida con la Constitución, cualquiera sea la forma de dicha violación constitucional (arts. 334 y 336,3 y 4).

B. *Los Decretos de estados de excepción*

De acuerdo con el artículo 236, 7 de la Constitución, el Presidente de la República tiene como atribución:

7. Declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en esta Constitución.

Sobre estos decretos ya nos hemos referido *in extenso* en la *Segunda Parte*, de este Libro.

C. *Los decretos con rango y valor de ley (decretos-ley) de legislación delegada*

a. *Las leyes habilitantes y los decretos-ley*

Como se ha señalado anteriormente, el Presidente de la República conforme al artículo 236, tiene atribuciones para:

8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley.

635. Véase Allan R. Brewer-Carías, "Los límites a las potestades discrecionales de las autoridades administrativas", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Caracas, 1965.

636. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 124 y ss.

Anteriormente ya hemos analizado la potestad de la Asamblea Nacional para sancionar leyes habilitantes delegando la potestad legislativa en el Presidente de la República.

b. *La sujeción a la ley habilitante*

Los decretos leyes dictados por el Presidente de la República, en ejecución de esa ley habilitante, a pesar de ser actos de ejecución directa e inmediata de dicha ley y por tanto, de ejecución indirecta y mediata de la Constitución, tienen, en virtud de ésta, rango y valor de Ley (art. 203), por lo que están sometidos al control de la constitucionalidad que ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como Jurisdicción Constitucional (art. 334 y 336,3).

Estos decretos ley, ante todo, están sujetos a la Ley habilitante y en particular a las “directrices, propósitos y marco” de las materias que se le delegan conforme a la misma, así como el plazo para el ejercicio de la habilitación que se establezca en ella (art. 203). La violación de estos límites que establezca la ley habilitante, además de violar dicha ley, significaría una trasgresión del propio artículo 203 de la Constitución que regula dichas leyes habilitantes, configurándose por tanto, además, como vicios de inconstitucionalidad.

c. *La obligación de consulta como mecanismo de participación*

Pero la habilitación legislativa que pueda delegarse al Presidente de la República, tiene otros límites impuestos en la Constitución para garantizar la participación política, que es uno de los valores fundamentales del texto constitucional.

En efecto, la Constitución establece expresamente previsiones donde se impone a la Asamblea Nacional, la obligación de consulta en el procedimiento de formación de las leyes: en primer lugar, con carácter general, el artículo 211 exige a la Asamblea Nacional y a las Comisiones Permanentes que, durante el procedimiento y aprobación de los proyectos de leyes, deben consultar (consultarán) a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos; y en segundo lugar, el artículo 206 exige a la Asamblea Nacional, que debe consultar a los Estados (serán consultados), a través de los Consejos Legislativos, cuando se legisle en materias relativas a los mismos.

La delegación legislativa al Presidente de la República no puede configurarse como un mecanismo para eludir el cumplimiento de esta obligación constitucional de consulta en el proceso de elaboración de los Decretos leyes respectivos, la cual no se elimina por el hecho de la delegación legislativa. En consecuencia, los proyectos de Decreto-Ley deben someterse a consulta por el Ejecutivo Nacional en la misma forma indicada en la Constitución, antes de su adopción en Consejo de Ministros.

Pero adicionalmente a las previsiones constitucionales sobre consultas de leyes, la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001⁶³⁷ estableció la obligación general de los órganos de la Administración Pública, y el Presidente de la República es el de más alta jerarquía, de promover “la participación ciudadana en la gestión pública” (art. 135). En tal sentido, el artículo 136 de la referida Ley Orgáni-

637. *Gaceta Oficial* N° 37.305 de 17-10-2001.

ca obliga al Presidente de la República cuando vaya a adoptar “normas legales”, es decir, decretos-leyes en ejecución de una ley habilitante, a remitir el anteproyecto “para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales” inscritas en el registro que debe llevarse en la Presidencia de la República (arts. 135, 136).

Pero paralelamente a ello, la Presidencia de la República debe publicar en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración, para recibir las observaciones. De igual manera la Presidencia de la República debe informar sobre el período de consulta a través de la página en la internet que obligatoriamente debe tener, en la UCLA se expondrá el proyecto del decreto-ley a que se refiere la consulta (art. 136).

Durante el proceso de consulta, cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro antes mencionado (art. 135).

Aún cuando el resultado del proceso de consulta “no tendrá carácter vinculante” (art. 136), lo importante del régimen de la consulta obligatoria prevista en la ley, es la disposición del artículo 137 de la misma ley orgánica que prohíbe al Presidente de la República “aprobar normas” que no hayan sido consultados conforme a lo antes indicado, previendo expresamente la norma que

Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos ...serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.

Sólo en casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, es que el Presidente podría aprobar normas sin la consulta previa; pero el artículo 137 de la Ley Orgánica en todo caso exige que las normas aprobadas deben ser consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; estando obligado el Presidente de la República a considerar el resultado de la consulta, pudiendo ratificar, modificar o eliminar el decreto-ley.

d. *La abrogación popular de los decretos leyes habilitados*

Conforme se establece expresamente en el artículo 74 de la Constitución, además de las leyes, los decretos con fuerza de ley que dicte el Presidente de la República en uso de la atribución prescrita en el artículo 236,8 de la Constitución, también pueden ser sometidos a referendo abrogatorio, cuando fuere solicitado por un número no menor del 5% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

Esta atribución la debe ejercer el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

D. *Los decretos con rango de ley en materia de organización administrativa*

Además de los decretos-leyes habilitados o dictados en virtud de delegación legislativa, la Constitución regula otros actos ejecutivos *con rango de ley* según la terminología de los artículos 335 y 336,3 de la Constitución, particularmente aquellos relativos a la organización administrativa.

En efecto, de acuerdo con el artículo 236,20, es atribución del Presidente en Consejo de Ministros,

fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente Ley Orgánica.

Se trata, por tanto, de una actuación que si bien está prevista en la Constitución, no se realiza en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sino en ejecución de una ley orgánica específica, teniendo sin embargo, rango de ley por el poder derogatorio de otras leyes que tienen los decretos respectivos.

Estos decretos, incluso, han sido regulados expresamente en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 17-10-2001⁶³⁸, en cuyo artículo 58 se atribuye al Presidente de la República la potestad de fijar, mediante decreto, el número, denominación, competencias y organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional, con base en parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas que desarrolla el Poder Ejecutivo Nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en la ley orgánica. En ejecución de estas normas se ha dictado el Decreto N° 1475 de 17-10-01 sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública Central⁶³⁹. Este decreto, no puede considerarse como de contenido reglamentario ya que no tiene rango sublegal, sino rango de ley, dado el poder derogatorio no sólo respecto de las normas de la vieja Ley Orgánica de la Administración Central, sino de las leyes sectoriales atributivas de competencia a los Ministerios⁶⁴⁰.

En el mismo sentido de decreto con rango legal debe considerarse al decreto del Presidente de la República, mediante el cual pueda variar la adscripción de los entes descentralizados funcionalmente a los Ministerios respectivos prevista en las correspondientes leyes o acto jurídico de creación, de acuerdo con las reformas que tengan lugar en la organización ministerial (art. 115,2 LOAP). Se trata, aquí también, de un decreto con poder derogatorio respecto de las leyes.

Estos decretos de rango legal en materia de organización administrativa, en todo caso, no sólo están sujetos a la Constitución, sino a la Ley Orgánica de la Administración Central, y particularmente a “los principios y lineamientos” que señale conforme al artículo 236,20 de la Constitución.

Como decretos de rango legal, corresponden a la Sala Constitucional controlar la constitucionalidad de los mismos (arts. 334 y 336,3) cuando colidan con la Constitución.

638. Véase *Gaceta Oficial* N° 37.305 de 17-10-2001.

639. Véase *G.O.* N° 37.305 de 17-10-2001.

640. Nos apartamos, así, de la apreciación inicial que formulamos al sancionarse la Constitución de 1999, en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, Caracas, 2000, p. 123. Véase Daniel Leza Betz, “La organización y funcionamiento de la administración pública nacional y las nuevas competencias normativas del Presidente de la República previstas en la Constitución de 1999. Al traste con la reserva legal formal ordinaria en el Derecho Constitucional venezolano”, en *Revista de Derecho Público*, N° 82 (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 18-55.

E. *Los reglamentos*

El Presidente de la República conforme a la misma norma del artículo 136, 10, ejerce la potestad reglamentaria⁶⁴¹, conforme a la atribución de:

10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón.

Esta competencia para dictar actos administrativos reglamentarios la debe ejercer el Presidente en Consejo de Ministros.

Ahora bien, los reglamentos son y siempre han sido considerados como actos administrativos⁶⁴², en el sentido de que son declaraciones de voluntad emanadas de órganos que ejercen el Poder Público, de carácter sublegal, para producir efectos jurídicos. La única peculiaridad que tienen es que los reglamentos son actos administrativos de efectos generales y, por tanto, de carácter normativo. Se distinguen, así, de los otros actos administrativos generales, de contenido no normativo, y de los actos administrativos de efectos particulares.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1216 de 16 de junio de 2001 (Caso: *Porfirio Ruiz*), ha señalado sobre los reglamentos que:

Los reglamentos, en general, son o constituyen declaraciones escritas unilaterales de la administración, creadoras de reglas de derecho de aplicación general, que tienen contenido normativo y están en un rango inferior a la ley; una vez dictados, son de obligatorio cumplimiento, inclusive para el órgano que lo dictó. En tal virtud, la extinción del reglamento sólo se verificará si las normas reglamentarias son incompatibles con una ley que regule la misma materia.

En el caso de los llamados reglamentos autónomos, los cuales son dictados por la Administración sin sujeción a la existencia previa de una ley, y por necesidades de organización interna de la propia Administración, resulta evidente que la existencia y validez jurídica de un reglamento cesará si la materia en él contenida pasa a formar parte de un texto legal, dada la supremacía jerárquica de la ley⁶⁴³.

a. *Los reglamentos como actos administrativos de efectos generales*

La característica de los reglamentos como actos administrativos son, en primer lugar, que son actos dictados en ejecución mediata de la Constitución, e inmediata de la legislación; por ello, como todo acto administrativo, siempre son de carácter sublegal. En segundo lugar, se trata de actos administrativos, siempre son de efectos generales, es decir, de carácter normativo, y que, por tanto, integran o modifican el ordenamiento jurídico. El contenido de los reglamentos, por tanto, siempre es de

641 Véase en general, Manrique Jiménez Meza, "El Estado democrático participativo y el ejercicio de la potestad reglamentaria", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 485-518.

642. Véase por ejemplo Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 119.

643 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 244.

carácter normativo, y se identifican por su generalidad, efectos *erga omnes* y por estar destinados a un número indeterminado e indeterminable de personas⁶⁴⁴. El reglamento, en esta forma, tal como lo definió la antigua Corte Suprema,

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 hecho⁶⁴⁵.

Pero como se dijo, el reglamento, aún cuando tiene contenido normativo e integra el ordenamiento jurídico, está siempre subordinado a la ley. Tal como lo ha señalado la antigua Corte Suprema de Justicia:

Las disposiciones de los reglamentos que conforme a ella han de dictarse, tienen el carácter de normas secundarias respecto a las de la Ley, que son en este caso, las primarias. O sea, que cada reglamento es el complemento de la determinada Ley, cuya finalidad es facilitar la ejecución de ésta⁶⁴⁶.

Sobre esta subordinación del reglamento a la ley, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 271 de 25 de abril de 2000, ha señalado:

De acuerdo con lo que lleva dicho esta Sala, la potestad reglamentaria de la Administración, si bien le es reconocida su vital importancia de cara a la consecución de los fines del Estado, consiste en desarrollar una actividad no innovativa del ordenamiento jurídico y en todo caso ejecutor de las grandes decisiones políticas que corresponde a las leyes concebir; ella se resuelve fundamentalmente en la emisión de declaraciones escritas y unilaterales, creadoras de reglas de derecho de aplicación general y de grado inferior a las leyes.

Luego, un carácter que le es insito al reglamento es su vinculación a la ley, en virtud de la función política y social que le corresponde a ésta desempeñar, y que hace que la misma goce de una amplia libertad de conformación normativa para transformar en dispositivos jurídicos las diversas opciones que el cuerpo electoral expresa a través de la conformación de los órganos de representación parlamentaria.

En frase por demás ilustrativa, los autores García de Enterría y Fernández afirman: "*Ningún órgano puede resistirse al mandato de la Ley, todos le están expresamente sometidos por lo mismo que en la Ley tienen basada todos su propia competencia*" (Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1995, pág. 106).

Si la esencia de la ley es su superioridad respecto a las demás fuentes de derecho -dentro de los fundamentos constitucionales, por supuesto-, visto que la incondicionabilidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia arranca en la voluntad de la comunidad, no puede, entonces, afirmarse lo mismo del Reglamento, puesto que si el legislador es el legítimo *representante de* la comunidad, la administración se encuentra puesta *al servicio* de la comunidad, lo cual es esencialmente distinto. No obstante su inferioridad, la potestad de estatuir por vía general acordada a las autoridades administrativas, le hace partícipe sin duda de la formación del ordenamiento, pero de lo que se trata es de hacer de ella un poder jurídico, ordenado exclusivamente a los fines que lo justifican.

644. Véase sobre la distinción Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, op. cit., pp. 8 y ss.

645. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 27-05-68, en *Gaceta Forense*, N° 60, 1968, pp. 115 a 118.

646. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 10-05-65, en *Gaceta Forense*, N° 48, 1968, pp. 122 a 123.

Lo que separa, en definitiva, al reglamento de la ley, es su subsidiariedad e inferioridad respecto a ésta, pues no puede dejar sin efecto los postulados legales, ni contradecirlos, ni innovar dónde la ley es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido⁶⁴⁷.

De lo anterior resulta, por otra parte, que no todo acto administrativo general es un reglamento, lo que permite distinguir entre “actos de efectos generales” como los reglamentos, y “actos generales”; es decir, entre actos normativos, por una parte, y por la otra, los actos generales no normativos⁶⁴⁸. Es decir, el reglamento, es siempre “de efectos generales”, pero hay actos administrativos generales que aún cuando tienen como destinatarios a un grupo de personas, no son con carácter normativo, es decir, no son de efectos generales, sino particulares.

En otra sentencia, la antigua Corte Suprema de Justicia destacó la “generalidad e impersonalidad” como las características propias del reglamento señalado:

El reglamento como todos los actos de efectos generales, va dirigido a un indeterminado número de personas, por lo cual se hace imposible nombrarlas a todas. En cambio, la Resolución impugnada va dirigida a cierto número de personas, perfectamente identificables, ya que ellas han celebrado un contrato previamente con el Ejecutivo Nacional, pues todas y cada unas, son concesionarias de hidrocarburos. Por lo tanto, el contenido de la Resolución citada debe tomarse como un conjunto de decisiones individuales que se han condensado en un solo texto legal, en forma aparentemente colectiva, pero que en realidad no lo es, en virtud de la peculiaridad anteriormente anotada.

La Ley y el Reglamento ejecutivo, no son, como parece creerlo la impugnante, la única fuente de los actos administrativos de efectos generales, ya que éstos pueden provenir, además, de disposiciones de otros órganos del poder público: nacionales, estatales, municipales y aun de entes autónomos y descentralizados⁶⁴⁹.

Ahora bien, la Constitución de 1999, conforme a la tradición constitucional precedente, atribuye al Presidente de la República la facultad de “reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón” (art. 236,10). De ello deriva que el Presidente de la República puede reglamentar las leyes, lo que no implica que tenga una potestad exclusiva para dictar actos administrativos de efectos generales, pues otros órganos del Estado, en ejercicio del Poder Público, pueden hacerlo.

En consecuencia, los actos administrativos de efectos generales, por ejemplo, pueden emanar de otros órganos de la Administración Pública como los Ministros, que son órganos directos del Presidente de la República, los cuales tienen potestad normativa en las materias que le asigna la ley.

Pero además, en el ámbito de la Administración Central, los órganos que en la misma han sido desconcentrados legalmente, con autonomía funcional, también ejercen la potestad normativa en los asuntos que la ley les ha atribuido. Es el caso, por ejemplo, de la Comisión Nacional de Valores.

647 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 413.

648 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 02-11-67 en *Gaceta Forense* N° 57, 1967, pp. 38 y 39.

649. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 07-11-73, en *G.O.* N° 1.643 Extra. de 21-03-74, p. 13.

También, en el ámbito de la Administración Pública Descentralizada, las personas jurídicas de derecho público que la componen, tanto las estatales como las no estatales, tienen potestad reglamentaria conforme a la ley que las rige. En tal sentido, los Institutos Autónomos, por ejemplo, como personas de derecho público estatales; y los Colegios Profesionales, como personas jurídicas de derecho público no estatales, ejercen la potestad normativa en el ámbito de sus respectivas competencias, conforme a las leyes que los rigen⁶⁵⁰.

Pero en el ordenamiento jurídico venezolano y a pesar de la definición de acto administrativo que trae el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no sólo los órganos ejecutivos o, en general, los órganos que conforman la Administración Pública Central o Descentralizada, dictan actos administrativos normativos o reglamentarios, sino que también éstos pueden emanar de los demás órganos del Estado que ejercen otros Poderes Públicos distintos al ejecutivo, cuando ejercen la potestad normativa.

Es decir, en Venezuela los actos administrativos, incluidos los reglamentos, no se definen orgánicamente⁶⁵¹, por lo que no siempre son “actos ejecutivos” ya que también emanan de los otros órganos del Estado que ejercen el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Poder Electoral y el Poder Ciudadano⁶⁵². Por ello, se consideran actos administrativos de efectos generales, los reglamentos que dicta el Tribunal Supremo de Justicia para su funcionamiento interno y en relación con el gobierno y administración del Poder Judicial que le corresponde (art. 44,15, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). También es el caso de los reglamentos o actos administrativos normativos dictados por el Consejo Nacional Electoral (art. 55,3, Ley Orgánica del Sufragio y Participación Ciudadana), por el Fiscal General de la República (art. 21,8, Ley Orgánica del Ministerio Público), o por el Contralor General de la República (art. 13,1, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Todos estos actos administrativos reglamentarios, por supuesto, son de rango sublegal y están sujetos, ante todo, a las leyes reguladoras de esos actos de los Poderes Públicos Nacionales.

Por último, por supuesto, en un Estado con forma federal, los Gobernadores de Estado los Alcaldes Municipales tienen en el respectivo ámbito de sus competencias potestad normativa, conforme a las Constituciones y leyes de los Estados y a las Ordenanzas Municipales, respectivamente, pudiendo dictar actos administrativos de efectos generales.

b. *La consulta previa obligatoria no vinculante de los proyectos de normas reglamentarias*

La Ley Orgánica de la Administración Pública, como antes se ha dicho, ha introducido una novedad en cuanto al régimen de emisión de actos normativos por los

650 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Caracas, 1991, pp. 78 y ss.

651. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El problema de la definición del acto administrativo” en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, UCV, Tomo I, Caracas, 1984, pp. 25 a 78.

652. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1987, pp. 429 y ss; y Allan R. Brewer-Carías, *Justicia Contencioso Administrativa*, Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., Caracas-San Cristóbal, 1997, pp. 321 y ss.

órganos ejecutivos, en particular, de los reglamentos, como mecanismo para promover la participación ciudadana. Se ha regulado, así, un procedimiento de consulta obligatorio, aunque no vinculante previo a la emisión de reglamentos o actos administrativos normativos por cualquier autoridad ejecutiva.

En efecto, el artículo 136 de dicha Ley Orgánica dispone que los órganos ejecutivos, sea el Presidente de la República u otro órgano, que se propongan adoptar un reglamento o cualquier acto administrativo de efectos generales, deben realizar previamente una consulta obligatoria del anteproyecto normativo, así:

Primero, deben remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro de dichas entidades que debe llevar el órgano emisor. En dicho oficio, se debe indicar el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones; lapso que no comenzará a correr antes de los 10 días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Segundo, paralelamente el órgano que proyecte adoptar el reglamento o acto administrativo de efectos generales, debe publicar en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración; e informar a través de la página en el internet que tiene que tener conforme a dicha ley orgánica, en la cual se expondrá el proyecto de reglamento o acto administrativo de efectos generales sobre la cual verse la consulta. Durante este proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro indicado.

Tercero, una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano respectivo debe fijar una fecha para que sus funcionarios, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

Cuarto, el resultado del proceso de consulta no tiene carácter vinculante. Sin embargo, en virtud del carácter obligatorio de la consulta pública respecto de los actos administrativos reglamentarios o normativos, el órgano ejecutivo respectivo no puede adoptar normas que no hayan sido consultadas conforme se indica anteriormente, al punto de que la ley orgánica considera nulas de nulidad absoluta, las normas que sean aprobadas sin haber sido consultadas conforme al procedimiento antes indicado.

La Ley Orgánica de la Administración Pública, además, establece particularmente un procedimiento para la elaboración de los reglamentos, con la obligación de una consulta pública previa respecto de los mismos. El artículo 88 de dicha ley, en efecto, dispone que la elaboración de los reglamentos de leyes se debe ajustar al siguiente procedimiento:

1. La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se debe llevar a cabo por el Ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del correspondiente proyecto al que se debe acompañar un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria;

2. A lo largo del proceso de elaboración del proyecto de reglamento, debe recabarse, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estu-

dios y consultas se estimen conveniente para garantizar la eficacia y la legalidad del texto;

3. Elaborado el texto, se debe someter a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las personas de conformidad con lo dispuesto en el Título VI de la misma ley orgánica, según se ha indicado anteriormente.

Durante el proceso de consultas las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, pueden presentar observaciones y propuestas sobre el contenido del reglamento las cuales deben ser analizadas por el ministerio encargado de la elaboración y coordinación del reglamento.

La emisión de un reglamento sin que se haya sometido a consulta pública, conforme al artículo 137 de la Ley Orgánica, lo vicia de nulidad absoluta.

4. Aprobado el reglamento por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, el mismo sólo puede entrar en vigencia con su publicación en la Gaceta Oficial de la República, salvo que el reglamento disponga otra cosa.

Por último, debe destacarse que conforme al artículo 89 de la Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional debe aprobar los reglamentos necesarios para la eficaz aplicación y desarrollo de las leyes, dentro del año inmediatamente siguiente a su promulgación.

c. Los límites a la potestad reglamentaria y su control jurisdiccional

Tratándose de actos administrativos de efectos generales, los reglamentos son siempre de carácter sublegal, es decir, sometidos a la ley, por lo que su límite esencial deriva de la reserva legal.

Es decir, los reglamentos no pueden regular materias reservadas al legislador en la Constitución, y esas son fundamentalmente, el establecimiento de delitos, faltas e infracciones y las penas y sanciones correspondientes; la regulación y limitación a los derechos y garantías constitucionales; y el establecimiento de tributos.

Estos límites a la potestad reglamentaria derivados de la reserva legal, por otra parte, están expresamente establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública, cuyo artículo 86 establece que

Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva legal, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

Ahora bien, todos los reglamentos dictados por cualquier autoridad pública, e, incluso, en algunos casos por entidades privadas en ejercicio de autoridad, están sometidos al control de constitucionalidad y legalidad que ejercen los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En cuanto a los “reglamentos ejecutivos” dictados por el Presidente de la República, los mismos están sometidos, como todos los actos administrativos del Ejecutivo Nacional (Administración Pública Nacional Centralizada) al control de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (art. 266,5 C) que constituye la instancia de mayor grado en el ámbito de dicha jurisdicción.

Ese control judicial tiene por objeto verificar el sometimiento al derecho por parte los Reglamentos ya que, conforme lo ha dicho la antigua Corte Suprema:

La actividad reglamentaria está... limitada y encauzada por la norma legal, y de ahí que toda disposición reglamentaria que viole la Constitución o las leyes es susceptibles de anulación o de inaplicación en los casos concretos⁶⁵³.

Además, en particular, respecto de los Reglamentos Ejecutivos, la Constitución exige en particular, que deben respetar el “espíritu, propósito y razón de la Ley”, y “se altera el espíritu de la Ley cuando el acto reglamentario contiene excepciones o sanciones no previstas o disposiciones contrarias a los fines perseguidos por el legislador”⁶⁵⁴.

Esta sujeción la precisó la Corte Suprema en los siguientes términos:

El decreto reglamentario o Reglamento Ejecutivo, tomado en su acepción estricta -que es el que interesa en este caso-, tiene como antecesor a la Ley, de la cual es derivación, efecto y corolario. Esta sienta el principio, aquél, prevé y desarrolla sus consecuencias, facilita su aplicación a los pormenores y determina las medidas necesarias para su aplicación. De ahí que cuando el reglamento ejecutivo se propasa y se ocupa de reparar las diferencias de la Ley, regule cuestiones no comprendidas en ella, o se aparta del espíritu, propósito y razón que lógicamente han debido guiar al Legislador en su elaboración, se está en presencia de una extralimitación de atribuciones, en el primer caso, y de una violación del texto constitucional en el segundo; y en uno y otro, de un reglamento ejecutivo viciado, en todo o en parte, de ilegalidad por violatorio de expresas normas de la Ley Fundamental⁶⁵⁵.

Sin embargo, el hecho de que el Reglamento Ejecutivo esté sometido a la ley que ejecuta, no significa que la actividad reglamentaria se convierta en una mera ejecución mecánica de la Ley. En efecto, la propia Corte Suprema de Justicia ha señalado en este sentido lo siguiente:

Sin embargo, dentro de estas limitaciones se reconoce a los reglamentos un campo de acción relativamente amplio en cuanto tienden al desarrollo del texto legal, especialmente cuando la ley sólo consagra normas fundamentales. Se admite así, que por vía reglamentaria, puedan establecerse formalidades o requisitos no previstos en la ley pero necesarios para asegurar su cumplimiento, o definirse palabras usadas por el legislador y cuyo alcance conviene precisar a fin de evitar dudas. Pero en este último supuesto y, en general, cuando la administración interpreta el sentido de la ley por vía reglamentaria, insiste la doctrina en que ha de entenderse que la interpretación afirmativa es válida en cuanto esté conforme a la voluntad legislativa⁶⁵⁶.

653. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 10-05-65 en *Gaceta Forense* N° 48, 1965, pp. 122 y 123.

654. Véase sentencia de la Corte Federal y de Casación en Corte Plena de 04-06-52 en *Gaceta Forense* N° 11, 1962, p. 25.

655. Véase sentencia de la Corte Federal y de Casación en Corte Plena de 24-09-52 en *Gaceta Forense*, N° 1, 1958, p. 151.

656. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 10-05-65 en *Gaceta Forense*, N° 48, 1965, pp. 122 y 123.

Sobre esto, la antigua Corte Suprema, fue aún más clara en otra parte de esa misma sentencia de 10 de mayo de 1965, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad de un reglamento de una Ley, indicando que:

Considera la Corte que la mera circunstancia de que un Reglamento contemple alguna formalidad que no aparezca en la ley, no es razón suficiente para estimar alterada la relación de legalidad entre ambos estatutos. Lo contrario sería establecer que los Reglamentos deberían ser la reproducción fiel y exacta de la ley, y, por consiguiente, carentes de toda utilidad y objeto.

Por tanto, pues, si puede y debe el Reglamento desarrollar las normas de la ley mediante disposiciones acordes con ella, siempre que no contradigan su texto y su intención, e, incluso, establecer formalidades o requisitos no previstos en el texto legal pero indispensables para asegurar su cumplimiento, según el criterio doctrinal ya expuesto⁶⁵⁷.

Pero la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, sólo tiene competencia para controlar la conformidad con el derecho de los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales que emanen del Ejecutivo Nacional, es decir, de la Administración Central compuesta, básicamente, por la Presidencia de la República y la organización ministerial⁶⁵⁸.

En cambio, el conocimiento de los juicios de nulidad contra los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales emanados de los órganos desconcentrados de la Administración Central y de la Administración Pública Descentralizada, corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en primera instancia (art. 185,3 LOCSJ) y en segunda instancia, a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

En cuanto a los actos administrativos de efectos generales o reglamentos dictados por los órganos de los Estados y Municipios, la competencia para conocer de las acciones de nulidad contra los mismos por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad, corresponde a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo de las diversas circunscripciones judiciales, en primera instancia, correspondiendo la segunda instancia a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (art. 181 LOCSJ).

F. *Los actos administrativos*

Debe señalarse que la Constitución de 1999, utiliza la expresión acto administrativo en dos artículos: en primer lugar, en el artículo 259, al atribuir a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa competencia para “anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho incluso por desviación de poder”; y en segundo lugar, en el artículo 266,5, al atribuir específicamente a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que forman parte de esa Jurisdicción, competencia para “declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente”.

657. *Idem*, pp. 123 y 124.

658 Véase Josefina Calcaño de Temeltas y Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Caracas, 1991, pp. 77 y ss.

Se pueden considerar actos administrativos los que resultan de las siguientes atribuciones del Presidente:

3. Nombrar y remover el Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros.
11. Administrar la Hacienda Pública Nacional.
12. Negociar los empréstitos nacionales.
13. Decretar créditos adicionales al Presupuesto, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada.
14. Celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y la ley.
15. Designar, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada, al Procurador General de la República y a los jefes de las misiones diplomáticas permanentes.
16. Nombrar y remover a aquellos funcionarios cuya designación le atribuyen esta Constitución y la ley.
22. Convocar referendos en los casos previstos en esta Constitución.
23. Convocar y presidir el Consejo de Defensa de la Nación.

Las atribuciones indicadas en los ordinales 12, 13, 14 y 22 las deben ejercer el Presidente de la República en Consejo de Ministro.

a. *El problema de la definición del acto administrativo*

La expresión acto administrativo identifica a los actos ejecutivos por excelencia como manifestaciones de voluntad de la Administración de carácter sublegal, destinadas a producir efectos jurídicos.

Ahora bien, en esta definición del acto administrativo, por supuesto, el elemento clave es la determinación de qué debe entenderse por “Administración” pues los actos administrativos en general, se dictan por todos los órganos estatales y en ejercicio de todas las funciones estatales. Por tanto, su individualización, a pesar de su carácter sublegal, no puede estar fundamentada en la sola utilización del criterio orgánico, del criterio formal o criterio material, sino, de la mezcla y combinación de ellos⁶⁵⁹, pues de lo contrario quedarían fuera de caracterización, por ejemplo, los actos administrativos que dictan los funcionarios de los órganos legislativos o de los órganos judiciales.

Por ello, en nuestro ordenamiento constitucional no puede sostenerse que los actos administrativos sólo son aquellos que emanan de los órganos de la Administración Pública que ejerce el Poder Ejecutivo. Al contrario, como se dijo, los actos administrativos, pueden emanar de los órganos legislativos actuando en función administrativa⁶⁶⁰, de los tribunales, de los órganos del Poder Electoral y del Poder Ciudadano, actuando en tanto en función normativa como en función administrativa⁶⁶¹. Los actos administrativos, en esta forma, y contrariamente a lo que sucede

659. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El problema de la definición del acto administrativo”, en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez, cit.*, Tomo I, pp. 31 a 38.

660. Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 19-12-74, en *G.O.* N° 1.741 Extraordinario de 21-05-75.

661. Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 26 de mayo de 1981, en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 17 y ss.

con las leyes, los decretos leyes, los decretos de estados de excepción, los actos de gobierno y las sentencias judiciales, no están reservados a determinados órganos del Estado, sino que pueden ser dictados por todos ellos, y no sólo en ejercicio de la función administrativa.

En sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 1 de junio de 2000, al decidir la impugnación de un acto administrativo dictado por un juez, se señaló lo siguiente:

En tal sentido se observa como no pueden en razón del principio de la colaboración que existe entre los poderes entre sí para la realización de los fines del Estado, sólo emanar actos administrativos de los órganos de la Administración Pública relacionados estrictamente con el Poder Ejecutivo, sino también de los demás órganos del Estado cuando los mismos actúan en función administrativa, en los casos autorizados por la Constitución y por la Ley. Es así como se estima oportuno citar el concepto de acto administrativo que plantean los autores Eduardo García De Enterría y Tomas R. Fernández⁶⁶²:

Hemos definido el acto administrativo como toda manifestación de voluntad de carácter sublegal, realizada, primero por los órganos del Poder Ejecutivo, es decir por la Administración Pública, actuando en *ejercicio* de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; segundo, por los órganos del Poder Legislativo (de carácter sublegal) actuando en ejercicio de la función administrativa; y tercero *por los órganos del Poder Judicial actuando en ejercicio de la función* administrativa y de la función legislativa. En todos estos casos, la declaración de voluntad constituye un acto administrativo cuando tiende a producir efectos jurídicos determinados, que pueden ser la creación, modificación o extinción de una situación jurídica individual o general o la aplicación, a un sujeto de derecho de una situación jurídica general". (Subrayado de la Corte).

Es de esta manera como, entre las facultades administrativas que se atribuyen a los órganos del Poder Judicial, cuyos actos naturales son los jurisdiccionales, se encuentra dictar medidas disciplinarias, contra los abogados y procuradores que intervengan en las causas que ellos conocen, comportando tal medida disciplinaria una actividad administrativa del juez, dictada en aras de mantener el orden y el decoro en el tribunal o juzgado en el cual ejerce sus funciones⁶⁶³.

Pero además, para definir los actos administrativos, no es aceptable la sola utilización del criterio formal, de actividad de carácter sublegal, pues los actos judiciales también tienen carácter sublegal; por último, tampoco es aceptable la utilización exclusiva de un criterio material, basado en la noción de función administrativa, pues quedarían excluidos del concepto, los actos administrativos cumplidos en ejercicio de la función normativa y de la función jurisdiccional por los órganos del

662 En realidad, la definición no es de Eduardo García de Enterría y de Tomás Ramón Fernández como se afirma en la sentencia; por lo que no podemos menos que pedirles excusas por la atribución a su autoría que les hace la Corte, de una definición que es nuestra. La cita de la sentencia ha sido tomada, quizás sin que el Ponente (Carlos Enrique Mouriño Vaquero) lo supiera, de Allan R. Brewer-Carías, "El problema de la definición del acto administrativo", en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, 1984, p. 49. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, 1975, pp. 395 y 396.

663 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 415 y ss.

Poder Ejecutivo, así como los actos administrativos dictados en ejercicio de la función normativa por los órganos jurisdiccionales.

Por ello es que hemos propuesto una definición del acto administrativo que combine diversos criterios, pues es la única forma de reconducir a la unidad, la heterogeneidad de los mismos. En esta forma debe considerarse como acto administrativo toda manifestación de voluntad de carácter sublegal (criterio formal) realizada por los órganos del Poder Ejecutivo, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función normativa y de la función jurisdiccional (criterio orgánico); por los órganos del Poder Legislativo, actuando en ejercicio de la función administrativa y de carácter sublegal (criterio material), y por los órganos del Poder Judicial actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función normativa (criterio material), con el objeto de producir efectos jurídicos que pueden ser o la creación de una situación jurídica individual o general, o la aplicación a un sujeto de derecho de una situación jurídica general⁶⁶⁴.

Considerando a los actos estatales dentro de una perspectiva general, entonces, quedarían fuera de la clasificación como actos administrativos, los actos cumplidos por los órganos del Poder Ejecutivo en función normativa con valor de Ley y en función de gobierno (actos de gobierno) y que, por tanto, son de rango legal; los actos cumplidos por los órganos del Poder Legislativo en función normativa (leyes), en función de gobierno (leyes, actos parlamentarios sin forma de ley), en función jurisdiccional (actos parlamentarios sin forma de ley) y en función administrativa de rango legal (leyes y actos parlamentarios sin forma de ley); y los actos cumplidos por los órganos del Poder Judicial actuando en función jurisdiccional (sentencias, autos).

De lo anteriormente señalado, es claro, por tanto, que en las definiciones tradicionales del acto administrativo, que lo precisan como toda “declaración de voluntad realizada por la Administración con el propósito de producir un efecto jurídico”⁶⁶⁵, como señalamos anteriormente, el problema se reduce a determinar qué debe entenderse por “administración”. O dicho término se define un criterio orgánico, identificándolo con los órganos del Poder Ejecutivo (autoridades administrativas) o dicho término se define con un criterio material, identificándolo con el ejercicio de la función administrativa; o dicho término se define con criterios combinados, como lo hemos hecho anteriormente. En las dos primeras alternativas, quedaría fuera de la calificación de actos administrativos, diversos actos estatales que ni son judi-

664. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, *cit.*, pp. 393 y ss.

665. En términos generales este ha sido la definición que la Corte Suprema ha adoptado cuando ha necesitado definir el acto administrativo. En efecto, la antigua Corte Federal ha definido el acto administrativo individual como aquella “declaración de voluntad realizada por la administración con el propósito de producir un efecto jurídico y tendiente a crear una situación jurídica individualizada (V. sentencia de 3 de junio de 1959 en *Gaceta Forense* N° 24, 1959, p. 206); o más propiamente, ha definido el acto administrativo, como aquellas manifestaciones de voluntad de la administración pública que afectan a la situación jurídico-administrativa personal o patrimonial de un Administrado, como son las que crean o definen una situación de derecho administrativo” (V. sentencia de 3 de diciembre de 1959, en *Gaceta Forense* N° 26, 1959, p. 142). Además, la Corte Suprema de Justicia ha repetido el mismo concepto al definir los actos administrativos individuales, como aquellas “declaraciones en virtud de las cuales la Administración tiende a crear, reconocer, modificar, o extinguir situaciones jurídicas subjetivas” (Véase Sentencia de la Sala Político-Administrativo de 2 de junio de 1964 en *G.O.* N° 27.474 de 25 de junio de 1964).

ciales, ni legislativos, ni de gobierno y que indudablemente tienen carácter administrativo. En la última alternativa, que hemos acogido, en cambio, así como todos los actos estatales encuentran su calificación, también todos los actos administrativos, sean cumplidos por la autoridad estatal que sea, encuentran su debido encuadramiento.

b. *El control judicial de los actos administrativos*

Ahora bien, no estando excluido el control jurisdiccional de inconstitucionalidad o legalidad ningún acto estatal⁶⁶⁶, resulta imperativo que todos los actos administrativos pueden ser objeto de control contencioso-administrativo, resultando inadmisibles las definiciones de tales actos que provoquen exclusiones de control. Como lo ha dicho la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 10-01-80, al referirse a las decisiones de las Comisiones Tripartitas,

Resulta contrario a nuestro ordenamiento constitucional que los pronunciamientos de las Comisiones Tripartitas laborales son irreversibles en vía jurisdiccional. En efecto, en Venezuela existen tres vías para la impugnación de los actos estatales, la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los actos legislativos o de gobierno; el recurso de casación contra los actos jurisdiccionales; y el recurso contencioso-administrativo de anulación contra los actos administrativos. No podría el legislador, sin infringir el orden jurídico constitucional, establecer expresa o tácitamente una derogatoria a los principios que informan nuestro sistema de derecho, que someten la actividad de todas las ramas del Poder Público al control de su regularidad por parte del máximo Tribunal de la República, o de los demás órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa⁶⁶⁷.

Con esta tesis del carácter comprensivo del control jurisdiccional sobre los actos estatales que hemos propugnado siempre⁶⁶⁸, la Corte Suprema se apartó, sin duda, en materia de control de actos administrativos de la doctrina sentada en algunas sentencias de años anteriores, en las cuales había excluido del control contencioso-administrativo, por ejemplo, los actos administrativos emanados de los Inspectores del Trabajo⁶⁶⁹, y los actos emanados de los Registros Públicos⁶⁷⁰. Por ello,

666. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, por sentencia del 11 de mayo de 1981 estableció lo siguiente: "Ahora bien, sin entrar, por innecesario, en un análisis más profundo de la cuestión, parece evidente que, en nuestro medio, hoy en día tal tesis resulta definitivamente superada: primero, porque de acuerdo con la letra constitucional no puede discutirse que ningún acto administrativo está exento del control jurisdiccional, y, segundo, porque tampoco puede ponerse en duda en la concepción actual de nuestro derecho administrativo, que los recursos jurisdiccionales contra los actos administrativos sólo pueden versar en razones de ilegalidad del acto, y no del mérito u oportunidad de la actuación administrativa". Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 7, (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, pp. 157 y 158.

667. Véase la sentencia de 10-01-80, de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en *Revista de Derecho Público*, N° 1, (enero-marzo), Caracas, 1980, p. 130.

668. Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, cit., pp. 31, 32, 112, 113 y 114.

669. Véase por ejemplo, la Sentencia de 18-06-63, en *G.O.* N° 871, Ext. de 26-08-63. Véanse los comentarios de Luis E. Farías Mata en "La doctrina de los actos excluidos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal", en Instituto de Derecho Público, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. I, 1968-1969, cit., pp. 333 y ss.

para excluir o incluir actos administrativos en el ámbito de control contencioso-administrativo, la Corte Suprema tuvo que recurrir a identificar una noción de acto administrativo, que le permitiera definir el ámbito de sus poderes de control.

Precisamente por ello, ha sido posible que, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, hayan considerado como actos administrativos sujetos a control contencioso administrativo, en primer lugar, actos emanados de una Asamblea Legislativa (órgano legislativo) (designación de funcionarios); en segundo lugar, los actos de las Comisiones Tripartitas laborales dictados en función jurisprudencial por órganos administrativos; en tercer lugar, ciertos actos dictados por los Tribunales en función administrativa; y en cuarto lugar, ciertos actos dictados por entidades privadas que cumplen funciones públicas⁶⁷¹.

En la actualidad, por tanto, todos los actos administrativos pueden ser sometidos a control de legalidad e inconstitucionalidad por parte de los tribunales contencioso-administrativos, incluso los actos administrativos emanados de entidades privadas no estatales en ejercicio de autoridad; y, por supuesto, conforme lo antes expuesto, no sólo los emanados de los órganos del Poder Ejecutivo, sino de los órganos de todos los otros Poderes del Estado.

Este control judicial de la conformidad con el derecho (inconstitucionalidad o ilegalidad) de los actos administrativos corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa de la cual forman parte, según la graduación de la competencia antes indicada, la Sala Político Administrativa y la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia; la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y los Tribunales Superiores Contencioso-Administrativos.

Los motivos de impugnación de los actos administrativos, conforme al artículo 259 de la Constitución, que pueden dar lugar a su anulación, son el que sean “contrarios al derecho, incluso por desviación de poder”, lo que abarca todos los motivos de ilegalidad de los mismos, tanto de fondo como de forma⁶⁷².

G. *Otras actuaciones: Las presentaciones ante la Asamblea*

De acuerdo con el mismo artículo 236 de la Constitución, el Presidente de la República tiene atribución para:

17. Dirigir a la Asamblea Nacional, personalmente o por intermedio del Vicepresidente Ejecutivo informes o mensajes especiales.
18. Formular el Plan Nacional de Desarrollo y dirigir su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional.

Esta última atribución la debe ejercer el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

670. Véase la Sentencia de la Sala Político-Administrativa de 13-03-67, en *Gaceta Forense*, N° 55, 1968, pp. 107 y 116. Sobre esta materia véase Allan R. Brewer-Carías “La impugnación de los actos administrativos de registro ante la jurisdicción contencioso-administrativa” en *Libro a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, 1975, pp. 440 y ss.

671. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Justicia Contencioso Administrativa*, cit., pp. 352 y ss.

672. *Idem*, pp. 430 y ss.

3. *Las formas constitucionales de terminación del mandato del Presidente de la República*

Contrariamente a lo que preveía la Constitución de 1961, la nueva Constitución de 1999 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 Constituyente⁶⁷³.

A *El vencimiento del período constitucional*

De acuerdo con la Constitución de 1999 el período presidencial es de seis años (art. 230). En consecuencia, el primer escenario de la salida del Presidente de la República de su cargo, por tanto, es por el vencimiento del período constitucional, sea porque no decida ir a la reelección, sea porque sea derrotada su candidatura en la votación.

B. *La falta absoluta del Presidente de la República*

En segundo lugar, también se produce la terminación del mandato del Presidente de la República, cuando ocurre la falta absoluta del mismo, lo que se puede producir en las siguientes circunstancias: como consecuencia del enjuiciamiento penal; cuando se produzca el abandono del cargo; por revocación popular del mandato; cuando sea destituido; por incapacidad física o mental; por renuncia al cargo o por muerte.

a. *El sometimiento a enjuiciamiento penal*

El Presidente de la República puede ser enjuiciado penalmente por los delitos que cometa, como cualquier ciudadano.

Sin embargo, para que se lleve a cabo el enjuiciamiento deben cumplirse una serie de condiciones que se configuran como prerrogativas del Jefe de Estado.

Conforme al artículo 266 de la Constitución, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, declarar si hay o no méritos para el enjuiciamiento del Presidente de la República. La solicitud ante el Tribunal Supremo corresponde formularla al Ministerio Público (art. 285,5). En igual sentido se establece en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP).

Si el Tribunal Supremo de Justicia decide que hay méritos para enjuiciar al Presidente, el asunto debe pasar a la Asamblea Nacional para que autorice el enjuiciamiento (art. 266,2).

En la Constitución de 1961, esta autorización correspondía ser adoptada por el Senado; pero eliminando este en la nueva Constitución, corresponde ahora a la

673 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 243 y ss.

Asamblea Nacional. Una vez que la Asamblea autorice el enjuiciamiento, entonces el Tribunal Supremo debe continuar conociendo de la causa hasta sentencia definitiva (art. 266,2).

La Constitución de 1999, sin embargo, nada dispuso sobre los efectos del enjuiciamiento del Presidente de la República en relación con el ejercicio de su cargo. La Constitución de 1961, en la norma que atribuía la autorización de enjuiciamiento al Senado, expresamente señalaba que “autorizado el enjuiciamiento, el Presidente quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones” (art. 150,8). Esta suspensión daba origen a una falta temporal forzosa del Presidente de la República.

Como se dijo, la Constitución de 1999 nada dispone sobre la necesaria separación temporal del ejercicio de su cargo por el Presidente de la República una vez autorizado su enjuiciamiento y durante el lapso que dure el juicio. Este vacío lo suple, sin embargo, el Código Orgánico Procesal Penal, el cual regula expresamente la situación al señalar que “Cumplidos los trámites necesarios para el enjuiciamiento, el funcionario quedará suspendido e inhabilitado para ejercer cualquier cargo público durante el proceso” (art. 380).

En consecuencia, autorizado por la Asamblea Nacional el enjuiciamiento, el Presidente de la República queda suspendido del cargo, configurándose dicha situación jurídica como una falta temporal.

La Constitución dispone que estas faltas temporales del Presidente de la República deben ser suplidas por el Vicepresidente hasta por 90 días, prorrogables por decisión de la Asamblea Nacional hasta por 90 días más (art. 234). Por tanto, si el proceso se prolonga por más de 90 días consecutivos, al término de dicho lapso la Asamblea Nacional debe decidir prorrogarlo o decidir por mayoría de sus integrantes si debe considerarse la falta como una falta absoluta (art. 234). Esta falta absoluta también se produce en forma automática al vencimiento de la prorroga de los 90 días de la falta temporal, de haber sido acordada.

Si la situación de falta absoluta, derivada del enjuiciamiento del Presidente de la República, se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se debe proceder a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los 30 días consecutivos subsiguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente, el Vicepresidente Ejecutivo (art. 233) se debe encargar de la Presidencia. En este caso, el nuevo Presidente una vez que tome posesión del cargo, debe sólo completar el período constitucional correspondiente.

En cambio, si la falta absoluta se produce durante los dos últimos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo debe asumir la Presidencia de la República hasta complementar dicho período.

b. *El abandono del cargo: la conversión de una falta temporal en falta absoluta*

La Constitución establece que el Presidente de la República puede separarse temporalmente del ejercicio de su cargo. En tales supuestos, las faltas temporales las suple el Vicepresidente Ejecutivo (art. 234).

Una falta temporal puede consistir, por ejemplo, en ausencia por enfermedad o por un viaje dentro o fuera del territorio nacional. En el caso de ausencias del territorio nacional cuando se prolongue por un lapso superior a 5 días consecutivos,

entonces se requiere de la autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada (art. 235; 187, 17; 196,2).

Las faltas temporales, como se dijo, sólo pueden tener un lapso de 90 días. Al termino de dicho lapso, la Asamblea Nacional tiene el poder de decidir a prorrogarla 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 el supuesto de abandono del cargo declarado por la Asamblea Nacional (art. 233).

También se produce la situación de falta absoluta en forma automática, cuando concluya la prórroga de 90 días, es decir, cuando la falta absoluta sea de 180 días.

En caso de falta absoluta, como se dijo anteriormente, asume el Vicepresidente y debe o no realizarse una elección, según que la falta absoluta se produzca dentro de los 4 primeros años del período constitucional, o con posterioridad (Véase lo indicado en el punto II,1).

c. *La revocación popular del mandato*

Anteriormente, en la *Tercera Parte*, se ha analizado el referendo revocatorio de mandatos previsto en la Constitución de 1999, como consecuencia de declarar al gobierno de la República como democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de *mandatos revocables* (art. 6).

En consecuencia, “todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables” como lo dice el artículo 72 de la Constitución; constituyendo la revocatoria del mandato de los funcionarios, de la esencia del régimen democrático. Se constituye, además como uno de los “medios (en lo político) de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía” (art. 70).

Ahora bien, la revocatoria del mandato de los funcionarios electos, entre ellos del Presidente de la República, sólo puede producirse mediante la realización de un referendo revocatorio, que conforme al artículo 72 de la Constitución, el cual se rige por las siguientes reglas:

Primero, la realización de un referendo revocatorio sólo puede efectuarse una vez transcurrido la mitad del período presidencial.

Segundo, la solicitud de la convocatoria de un referendo para revocar el mandato del Presidente de la República sólo puede tener su origen en una iniciativa popular, respaldada por un número no menor del 20% de electores inscritos en el Registro Civil y Electoral en la Circunscripción Nacional para el momento de presentación de la solicitud. Debe señalarse, además, que en ningún caso se puede hacer más de una solicitud de revocación del mandato durante el período presidencial o para el cual fue elegido el funcionario.

Tercero, la solicitud se formula ante el Consejo Nacional Electoral, a quien compete la organización, administración, dirección y vigilancia de los referendos (art. 293, 5).

Cuarto, al referendo revocatorio convocado deben concurrir, como votantes, un número de electores igual o superior al 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral para el momento de la votación.

Quinto, para que se produzca la revocatoria del mandato de un funcionario público, incluido el Presidente de la República, deben votar a favor de la revocación,

un número igual o mayor al número de electores que lo eligieron. En este caso, se considera revocado el mandato del funcionario y debe entonces procederse de inmediato a cubrir la falta absoluta de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución (art. 72; 233).

Si se trata del Presidente de la República la revocatoria del mandato se considera una falta absoluta, en cuyo caso debe procederse como se indicó anteriormente.

En todo caso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al interpretar el artículo 72 de la Constitución, en la sentencia N° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*) señaló lo siguiente:

Al respecto, observa la Sala que la revocación, tal como ha sido concebida por nuestro constituyente en la norma objeto de estudio, es un mecanismo de remoción o separación categórica del funcionario electo por votación popular, incluidos los Gobernadores del Estado. De tal forma que, si el referéndum arroja un resultado favorable al representante, en principio, éste tiene derecho a seguir ejerciendo su magisterio por el resto del período, pero, si por el contrario, es proclamado el resultado de la consulta al cuerpo electoral, como favorable a la revocación del mandato, el artículo 72 de la Constitución vigente establece expresamente que “se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la Constitución y las Leyes”.

La referida disposición constitucional instituye, entonces, dos aspectos fundamentales: i) la revocación del mandato por vía de referéndum de todos los cargos y magistraturas de elección popular, produce la falta absoluta de los mismos, y ii) en cuyo caso, debe procederse de inmediato a cubrir la vacante, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

En tal sentido, advierte esta Sala que, en caso de revocatoria del mandato del Presidente o Presidenta de la República, la falta absoluta del mismo será cubierta de inmediato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 233 de la Constitución ...

d. *La destitución del Presidente de la República*

Dentro de los supuestos de faltas absolutas del Presidente de la República, está la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (art. 233).

Esta norma es una innovación de la Constitución de 1999, ya que fue sólo en la Constitución de 1858 que se previó la figura de la “destitución” del Presidente de la República (art. 92), pero sin indicar el órgano que tenía el poder de decidir la destitución a algún órgano del Poder Público.

La Constitución de 1999, por otra parte, no indica ni las causales de destitución, ni la iniciativa para iniciar un proceso tendiente a la destitución. Por ello, tratándose de una sanción, para que el Tribunal Supremo pudiera imponer esta pena, sería necesario que previamente y mediante Ley, se establezca el delito, la falta o la infracción que la origine (art. 49,6). En todo caso, debe garantizarse al Presidente de la República el debido proceso (art. 49).

La pena de destitución, por supuesto, también se configura como una falta absoluta del Presidente de la República, rigiéndose la situación conforme a los principios antes analizados (Véase lo señalado en el punto II,1).

e. *La incapacidad del Presidente de la República*

El artículo 233 de la Constitución también considera que habría una falta absoluta del Presidente de la República, cuanto la Asamblea Nacional apruebe la certificación que emita una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se determine que el Presidente de la República tiene incapacidad física o mental permanente para ejercer el cargo.

Para que pueda darse este supuesto de falta absoluta, por tanto, se requiere:

Primero, que exista una iniciativa ante la Corte Suprema de Justicia para que ésta designe una junta médica para que certifique sobre la incapacidad. Nada se indica en la Constitución sobre el número de médicos que deben formar la Junta; ni sobre quien tiene la iniciativa, ni si el Tribunal Supremo puede ejercer de oficio esta facultad de designación.

Segundo, luego de que la junta médica certifique la incapacidad del Presidente de la República, ello debe ser aprobado por la Asamblea Nacional. La Constitución nada indica sobre el quórum para esta aprobación ni dispone votación calificada alguna.

En este supuesto de declaratoria de incapacidad física o mental del Presidente, también se produciría una falta absoluta del Presidente de la República, en cuyo caso rige lo antes señalado (Véase lo señalado en el punto II,1).

f. *La renuncia del Presidente de la República*

Otra causal que originaría una falta absoluta del Presidente de la República es su renuncia al cargo, es decir, la separación voluntaria del cargo de Presidente de la República.

Tratándose de un supuesto de falta absoluta (art. 233), también rigen los principios antes indicados (Véase lo señalado en el punto II,1).

g. *La muerte del Presidente de la República*

El artículo 233 de la Constitución también considera que se produciría una falta absoluta con la muerte del Presidente de la República, en cuyo caso debería procederse como se indicó anteriormente (Véase lo señalado en el punto II,1) respecto de las falta absolutas.

C. *La cesación del mandato del Presidente de la República por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente*

Entre los mecanismos de reforma constitucional, previstos en la Constitución, los artículos 347 y siguientes, conforme a la experiencia de hecho derivada de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, se reguló la figura de la Asamblea Nacional Constituyente la cual, como es sabido, no estaba contemplada en la Constitución de 1961.

De acuerdo con estas normas, resulta el siguiente régimen relativo a tal Asamblea Nacional Constituyente:

Primero, se declara que el pueblo “es el depositario del poder constituyente originario”; en consecuencia, no puede haber ningún otro órgano o institución del

Estado, ni siquiera una Asamblea Nacional Constituyente, que pretenda erigirse en poder constituyente originario, como sucedió con la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 (art. 347).

Segundo, el pueblo, en ejercicio 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 (art. 347). Esta convocatoria sólo puede hacerla “el pueblo”, y este sólo puede expresarse mediante una votación popular, en este caso, mediante un referendo decisorio cuyas condiciones de realización, sin embargo, no están reguladas totalmente en la Constitución.

Tercero, “la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente” la pueden tener, en primer lugar, el Presidente de la República en Consejo de Ministros; en segundo lugar, la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; en tercer lugar, los Concejos Municipales en Cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos (existen 338 Municipios aproximadamente) y, en cuarto lugar, el 15% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral (art. 348) (aproximadamente 1.5 millones).

Debe entenderse que, en este caso, se trata de la iniciativa para la convocatoria del referendo decisorio para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. El referendo decisorio, por tanto, debe contener las bases del estatuto de la Asamblea cuya elección debe convocarse, de resultar positivo la votación en el referendo. No tendría sentido interpretar de esas normas deduciendo que se pueda convocar una Asamblea Nacional Constituyente al margen del pueblo.

Cuarto, “los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente” (art. 349). Esto implicaría, por tanto, la posibilidad de que la Asamblea Nacional Constituyente pueda decidir la cesación en el ejercicio de su cargo del Presidente de la República y de todos los otros titulares de los poderes constituidos, como ocurrió de facto, con la Asamblea Nacional Constituyente de 1999.

Quinto, la nueva Constitución que adopte la Asamblea, no puede ser objetada por el Presidente de la República y la nueva Constitución, una vez promulgada, debe publicarse en la *Gaceta Oficial* (art. 349). No se dispone en la Constitución que la nueva Constitución deba ser sometida a referendo aprobatorio.

En consecuencia, estableciéndose que los poderes constituidos, entre ellos el Presidente de la República, no pueden en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, una de esas decisiones podrían ser precisamente, la cesación del mandato de los órganos de los poderes constituidos. Por ello, esta podría ser otra forma de terminación del mandato del Presidente de la República.

IV. EL PODER JUDICIAL

1. Principios fundamentales

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado sobre el Poder Judicial en la nueva Constitución, que:

En una distribución tripartita del Poder Público no es el tercer poder, así como en una distribución pentapartita el Poder Judicial no es el quinto poder; el Poder Judicial representa el poder integrado y estabilizador del Estado, ya que es el único que tiene competencia para controlar y aún disolver al resto de los Poderes Públicos. Eso nos hace un Estado Judicialista⁶⁷⁴.

A. *La potestad judicial y el sistema de justicia*

Conforme al artículo 253 de la Constitución, la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Además, conforme al artículo 26 de la Constitución, el Estado debe garantizar “una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas ni formalismos o reposiciones inútiles”.

Conforme al artículo 253 corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. Los tribunales son, por tanto, los órganos del Estado a los cuales por excelencia corresponde el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual, como la ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo:

En contraste con las funciones legislativa y ejecutiva, tiene por objeto el declarar la voluntad de la ley respecto a una determinada controversia jurídica, la cual tiene nacimiento en la inconformidad de un sujeto que, considerándose asistido por un derecho subjetivo contenido en un precepto o norma jurídica, denuncia la conducta de otro sujeto como lesiva de su particular situación jurídica⁶⁷⁵.

Ahora bien, el “sistema de justicia”⁶⁷⁶, es decir, los órganos del Poder Judicial están constituidos por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio.

674 Véase sentencia N° 659 de 24-03-2000 (Caso: *Rosario Nouel*), en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 104.

675 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 100.

676 Véase en general sobre el poder judicial y el sistema de justicia, Gustavo Urdaneta Troconis, “El Poder Judicial 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. 521-564; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 173 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 225 y ss.

B. *La independencia y autonomía financiera del Poder Judicial*

El principio de la independencia del Poder Judicial está declarado en el artículo 254 de la Constitución, el cual, además, establece la autonomía financiera del mismo. Dicha norma, en efecto, dispone que el Tribunal Supremo de Justicia goza de “autonomía funcional, financiera y administrativa”⁶⁷⁷.

A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le debe asignar al sistema de justicia una partida anual variable, no menor del 2% del presupuesto ordinario nacional, para su efectivo funcionamiento, el cual no puede ser reducido o modificado sin autorización previa de la Asamblea Nacional.

Lamentablemente, lo que aparecía como una norma constitucional rígida, se cambió al atribuir a la Asamblea Nacional la posibilidad de reducir o modificar el porcentaje señalado.

C. *La gratuidad de la justicia*

El artículo 26 de la Constitución garantiza la “justicia gratuita” por lo que conforme al mismo artículo 254 de la Constitución, el Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios.

Ahora bien la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 1943 de 15 de julio de 2003 (*Caso: Impugnación de los artículos 123, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181 y 182 del Código de Procedimiento Civil*), en la cual citó una sentencia precedente de 19 de noviembre de 2002, sentó los siguientes criterios sobre el concepto constitucional de la “justicia gratuita”:

... la gratuidad de la justicia a la cual hace referencia el artículo 26, dada su redacción e interpretación sistemática, se refiere a la gratuidad del proceso y no al beneficio de justicia gratuita como cree el accionante. El primero, es un derecho constitucional de exención de gastos procesales; y, el segundo, un privilegio particular para algunas personas por carecer de recursos económicos (artículo 175 del Código de Procedimiento Civil), y su ámbito abarca no sólo la gratuidad del proceso sino el derecho que se le nombre al beneficiado defensor para que sostenga sus derechos gratuitamente y la exención del pago de honorarios a los auxiliares de justicia, tales como: intérpretes, peritos, depositarios, asociados, prácticos u otros.

Es así como ambos, la gratuidad de la justicia y el beneficio de justicia gratuita, son derechos derivados del reconocimiento del derecho a la igualdad, a la tutela judicial efectiva y el de petición, procurando asegurar el acceso a los tribunales de todos los ciudadanos que requieran que el Estado desarrolle las actuaciones necesarias para que el ejercicio de sus derechos sea real y efectivo. Sin embargo, la gratuidad de la justicia está establecida para todos los ciudadanos por el simple hecho de que la administración de justicia es un servicio público y una manifestación del Poder Público del Estado, siendo entonces éste el que deba sufragar los gastos de un sistema que justifica su propia existencia, a diferencia del beneficio de justicia gratuita que, como se ha establecido, tiene un ámbito de aplicación mayor pero un supuesto de procedencia restringido, pues implica sufragar los gastos de patrocinio y honorarios auxiliares de justicia de quienes carezcan de recursos económicos. Por tanto, implica con

677 Véase Juan Rafael Perdomo, “Independencia y competencia del Poder Judicial”, *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 8, Caracas, 2003, pp. 483 a 518.

respecto a aquél, una situación de excepción ante el cual el Estado asume los gastos a plenitud, para evitar que queden sin ejercerse los derechos constitucionales, y se atente con ello el Estado de Derecho, su fundamento no es más que proteger el derecho a la igualdad.

Siendo así, y estando claro que la gratuidad de la justicia a la que hace referencia el artículo 26 de la Constitución, se refiere únicamente a la gratuidad del proceso, donde el órgano administrador de justicia, cumple con su función como servidor público, al proporcionarle al administrado su derecho de acceso a la justicia preservando su derecho a la igualdad y a la tutela judicial efectiva establecidos en la Constitución, el justiciable tiene libre acceso a la justicia, poniendo el Estado a su disposición juzgados compuestos por jueces y funcionarios o auxiliares de justicia necesarios para el desenvolvimiento del proceso, los cuales son sufragados en su totalidad por partidas presupuestarias que dispone el Estado para el Poder Judicial.

Garantía ésta que es distinta al beneficio de justicia gratuita, el cual se encuentra referido no sólo al deber que posee el Estado de cubrir los gastos del sistema de justicia, sino que lleva inmerso la exención a quien se le conceda tal beneficio, de disfrutar de otros conceptos como son, que se le nombre un defensor que sostenga sus derechos gratuitamente, exención del pago de tasas u honorarios a los auxiliares de justicia, tales como intérpretes, peritos, depositarios, asociados, prácticos y otros, los cuales estarán obligados a prestar gratuitamente sus servicios en el asunto cuando actúen a solicitud del beneficio de la justicia gratuita (artículo 180 del Código de Procedimiento Civil).

La diferencia entre una institución y otra, que en el beneficio de justicia gratuita a diferencia de la justicia gratuita que proporciona el Estado, el beneficiado queda obligado a reembolsar los gastos por expensas judiciales que incluye todos los conceptos por litis expensas y honorarios profesionales, si dentro de los siguientes tres (3) años a la terminación del proceso el beneficiado mejora su fortuna.

En este estado se plantea otra situación, visto ya que el Estado es quien sufraga todos los gastos que se produzcan en la causa donde sea parte el beneficiado de justicia gratuita, resulta justo fijar que si en dicha causa resulta victorioso el beneficiado y se condena en costas a su contraparte, el Estado se encuentra legitimado para intentar una acción por cobro de honorarios profesionales derivado de esa sentencia condenatoria en costas definitivamente firme, con la excepción que en ese caso en particular los honorarios no serán para el abogado que ejerció la defensa, sino para República a través del Fisco Nacional.

Por su parte, queda establecido de esta manera que la justicia gratuita prevista en el Texto Constitucional, hace alusión a una garantía procesal que permite el acceso a toda persona sin discriminación alguna, debido a que es el Estado quien mantiene este sistema de justicia, por lo cual se establece taxativamente que el Poder Judicial no se encuentra facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios; lo cual viene a vislumbrar el por qué los costos en los procesos se han reducido en su máxima expresión (artículo 254 de la Constitución)⁶⁷⁸.

D. *El proceso, la búsqueda de la justicia material y la ausencia de formalismos inútiles*

Conforme al artículo 257, el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Por ello, las leyes procesales deben establecer la

678 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003 (En prensa).

simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público.

En ningún caso se debe sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. Esto lo complementa el artículo 26 de la Constitución al establecer que el Estado debe garantizar una justicia expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismo o reposiciones inútiles; y el artículo 2 al declarar al Estado como Estado de Justicia, como se ha analizado en la *Tercera Parte* de este libro.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 1884 de 3 de octubre de 2000, ha destacado el significado de las nuevas disposiciones constitucionales en relación con la justicia como elemento existencial del Estado, señalando que:

Cuando el Estado se califica como de Derecho y de Justicia y establece como valor superior de su ordenamiento jurídico a la Justicia y la preeminencia de los derechos fundamentales, no está haciendo más que resaltar que los órganos del Poder Público -y en especial el sistema judicial- deben inexorablemente hacer prelar una noción de justicia material por sobre las formas y tecnicismos, propios de una legalidad formal que ciertamente ha tenido que ceder frente a la nueva concepción de Estado.

Y esta noción de Justicia material adquiere especial significación en el fértil campo de los procesos judiciales en los que el derecho a la defensa y debido proceso (artículo 49 del texto fundamental), la búsqueda de la verdad como elemento consustancial a la Justicia, en los que no se sacrificará ésta por la omisión de formalidades no esenciales (artículo 257), y el entendimiento de que el acceso a la Justicia es para que el ciudadano haga valer sus derechos y pueda obtener una tutela efectiva de ellos de manera expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26), conforman una cosmovisión de Estado justo, del justiciable como elemento protagónico de la democracia, y del deber ineludible que tienen los operadores u operarios del Poder Judicial de mantener el proceso y las decisiones dentro del marco de los valores y principios constitucionales.

Todo esto nos lleva a que el proceso deja de ser un laberinto, con trabas y obstáculos, donde el Juez es un simple espectador de argucias y estrategias, y se convierte en un instrumento viable para la paz social y el bien común. Esto reafirma al proceso y al derecho procesal como un área jurídica que forma parte del derecho público y que está íntimamente vinculada a la sensibilidad social.

En consecuencia, al cambiar el rol del Estado y de la sociedad, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Juez y el proceso pasan a ser elementos esenciales en la conformación de un Estado de Justicia⁶⁷⁹.

679 Véase *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 106. Sobre el tema de la eliminación de los formalismos innecesarios y la búsqueda de la justicia material, véase las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 2038 de 24-10-2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 151 y ss.; de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo N° 1173 de 23-05-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 159; de 24-05-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 160 y 165; de 21-06-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 167, y N° 949 de 11-07-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 83, (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 90 y 93; de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, N° 224 de 24-02-2000,

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por su parte, en sentencia de 21 de junio de 2000 (Caso: *Banco Capital C.A.*) en relación con el tema de las formalidades no esenciales señaló:

Ciertamente el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana establece que “El proceso es el instrumento fundamental para la realización de la justicia”, y en su parte in fine dispone que “No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”, siendo una de las normas más importantes en nuestro nuevo constitucionalismo, pero al mismo tiempo se corre riesgo de que tal expresión, sin un congruente análisis sea la excusa para prácticas poco ortodoxas y ajustadas al Derecho.

En este sentido es necesario recordar que la noción de “formalismos no esenciales” se opone a las “formas procesales esenciales” y debe el juez, con la debida ponderación del caso, precisar cuando se está en presencia de uno y de otro. Lo cierto es que las “formas procesales” conforman un derecho constitucional esencial: el derecho al debido proceso legal, esto es, tanto las partes como el juez deben someterse, irrestrictamente, a la forma y los tiempos de realización de los actos procesales, para garantizar un ‘debido proceso’ que otorgue a los justiciables una “seguridad jurídica” necesaria para la paz social y la vida colectiva, así se desprende del vigente artículo 7 del Código de Procedimiento Civil. Tanto el derecho al debido proceso como la garantía de la seguridad jurídica son bienes jurídicos tutelados por la Constitución (tanto en la derogada como en la vigente de 1999). El no-cumplimiento de este mandato significaría que cada juez pueda realizar los procesos jurisdiccionales de la manera que quiera, y en el tiempo que quiera, lo que convertiría al artículo 257 de una hermosa declaración constitucional en madre de las más execrables prácticas de adefesios jurídicos.

Por otro lado, el ‘excesivo’ culto a las formas, durante mucho tiempo, generó una justicia absolutamente indolente, carente de legitimidad, que hacía mucho mayor el surco de la ruptura entre la sociedad, el Estado y el Derecho, es decir, cuando la mayoría de las decisiones judiciales dejan el simplismo, al apego de aquellas formalidades que no resultan ‘esenciales’ entonces se divorcian definitivamente la ‘justicia administrada’ y la ‘justicia recibida’, esto es brecha y contraposición entre la ‘justicia formal’ y la ‘justicia material’, que debe ser el objeto y el fin de todo proceso, como lo expresa la propia Constitución “El proceso constituye un instrumento para la realización de la justicia”.

Estas dos realidades no son fácilmente discernibles: a) El derecho de defensa, como parte del derecho a un debido proceso, y la seguridad jurídica que otorga la estabilidad de los juicios, producto del cumplimiento de las “reglas de la controversia o del litigio” que, al fin y al cabo, persigue el proceso; y b) La necesidad de una justicia material, real, concreta y vivida en la esfera subjetiva de la gente; la concreción de una tutela judicial efectiva a cotidianidad de todas las personas, y la satisfacción jurídica de las pretensiones que se oponen en un conflicto sometido a conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

Tal diferenciación constituye una tarea *ad hoc*, es cierto que no pueden establecerse un catálogo de situaciones que deban considerarse esenciales o no esenciales; sin embargo, tampoco puede dejarse a la empuera, a lo particular de la subjetividad la consideración de lo que es o no esencial; es decir, de premisas *ad hoc* o particulares nunca podrán inferirse o connotarse reglas generales, y visto está que el ser humano se resiste a

en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 101; N° 659 de 24-03-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 102; N° 634 de 23-03-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 105, y N° 835 de 13-04-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 1629.

no contar con ‘categorías de pensamiento’ o reglas generales de comportamiento que logren otorgar al lado de la justicia, la seguridad jurídica necesaria para lograr el ‘bien común’, premisa y finalidad del Estado y del Derecho...

Cuando el legislador o el Constituyente utiliza la expresión “esencial” debe atenerse el intérprete no sólo a estas consideraciones filosóficas y científicas, se requiere también analizar el contexto social y cultural en que, el ordenamiento jurídico, se desarrolla y se desenvuelve.

La deslegitimación del Poder Público (incluyendo a los organismos jurisdiccionales) se debió al hecho del apego de nuestros jueces a aquellos elementos formales que no tenían trascendencia en el proceso, esto es, si el proceso es el reglado contacto entre la “jurisdicción” (entendido como un verdadero servicio público) y la “acción” (entendido como la posibilidad jurídico constitucional de acceder a los órganos de administración de justicia), entonces lo más importante es la satisfacción de las pretensiones, esto es, que el conflicto social traducido en conflicto jurídico en virtud de la interposición de una demanda, fuera conocido, sustanciado y decidido con apego a la justicia. Cuando los jueces por esa ceguera que a veces nubla el entendimiento dejaban de ‘solucionar el conflicto’ desde el punto de vista jurídico con la excusa de una formalidad que, en nada afectaba la solución material del conflicto mismo, entonces se debilitaba la credibilidad de los justiciables en los órganos de administración de justicia.

El constituyente de 1999, consciente de esta realidad social, quiso establecer con rango constitucional que lo más importante era solucionar ese conflicto (la justicia) y no reparar en aquellas formalidades que no tuvieran mayor influencia en el conflicto mismo, pero a la sazón existe un reconocimiento de la necesidad de respetar las formas procesales que sí son esenciales puesto que ello, como antes se analizó, conforma el derecho a un debido proceso legal, y la seguridad jurídica que también tiene rango constitucional.

Así entonces, a partir de esta lectura lingüística y etimológica, y de la visión filosófica y científica de la noción, así como del análisis sociológico de la norma, se impone establecer como conclusiones parciales, lo siguiente:

1. Una formalidad será esencial cuando sea indispensable para la solución de la controversia (existencia del proceso);
2. La formalidad será esencial cuando sea ‘sustancial’ a los derechos ventilados en el proceso.

Así entonces, entiendo esta Corte, que las formalidades, no esenciales, sin pretender agotar el elenco de posibilidades categoriales, serán aquellas que:

1. Sean inherentes e indispensables para garantizar los derechos constitucionales de defensa de los intervinientes en el proceso; y
2. Aquellos que no quebranten la moral, el orden público ni afecten la existencia misma del proceso⁶⁸⁰.

E. *Los medios alternativos de justicia*

Por su parte, el artículo 258 de la Constitución remite a la Ley para promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos⁶⁸¹.

680 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 167 y ss.

681 Sobre el arbitraje como medio alternativo de justicia véase la sentencia de la Sala Constitucional del tribunal Supremo N° 186 de 14-02-2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 253 y ss.

2. *Las jurisdicciones en la Constitución*

En la Constitución se establecen algunas normas que regulan en particular, algunas jurisdicciones.

A. *La jurisdicción constitucional*

La Constitución de 1999 establece expresamente que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, ejercer exclusivamente la jurisdicción constitucional, para declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de Ley (art. 334). La *Décima Primera Parte* de esta obra se destina precisamente a analizar la jurisdicción constitucional en el país conforme a la nueva Constitución.

B. *La jurisdicción disciplinaria judicial*

El artículo 267 de la Constitución establece la jurisdicción disciplinaria judicial, remitiendo a la Ley la determinación de los Tribunales disciplinarios que la ejercerán. Lamentablemente el régimen de transición constituyente en materia de intervención del Poder Judicial ha hecho prolongar la sobrevivencia de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, con la propia participación y anuencia del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual cuatro años después de la entrada en vigencia la Constitución, a comienzos de 2004, hacía inexistente la jurisdicción disciplinaria.

C. *La jurisdicción contencioso administrativa*

Siguiendo la orientación del artículo 206 de la Constitución de 1961, el artículo 259 de la Constitución de 1999 dispone que:

La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa⁶⁸².

682 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Justicia Contencioso Administrativa*, Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., Caracas-San Cristóbal, 1997; María L. Acuña López, "Algunas notas relacionadas con los principios constitucionales que regulan el sistema de justicia venezolano y su alcance en la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 521-564; Víctor R. Hernández-Mendible, "Balance y perspectivas de la justicia administrativa: Año y medio de la Constitución de 1999", en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 573-635; Alberto

D. *La jurisdicción electoral*

De acuerdo con el artículo 297 de la Constitución debe existir una jurisdicción contencioso-electoral ejercida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley.

E. *La jurisdicción penal militar*

Conforme al artículo 261, la jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces deben ser seleccionados por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento se deben regir por el sistema acusatorio, de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar.

En todo caso, la comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios, limitándose la competencia de los tribunales militares a delitos de naturaleza militar.

La ley debe regular lo relativo a las jurisdicciones especiales y a la competencia, organización y funcionamiento de los tribunales en cuanto no esté previsto en esta Constitución.

F. *La justicia de paz*

Siguiendo la orientación de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, el artículo 258 remite a la ley la organización de la justicia de paz en las comunidades pre-viendo, además, que los jueces de paz deben ser elegidos por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

G. *El régimen jurisdiccional en los pueblos indígenas*

Conforme al artículo 260 de la Constitución se autoriza a las autoridades legítimas de los pueblos indígenas para aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución, a la ley y al orden público⁶⁸³.

B. Bianchi, "El control judicial de la administración pública bajo la llamada doctrina de la deferencia", 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. 2265-2306; José A. Muci Borjas, "Los poderes del Juez administrativo. Tutela judicial efectiva y control integral de la actividad administrativa", 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. 2219-2230; Rafael Ortiz-Ortíz, "La inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa como condición del acceso a la justicia", en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen II, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 39-82.

683 Véase María E. León Álvarez, "El sistema de justicia en la Constitución de Venezuela de 1999. Estudio crítico acerca de la jurisdicción especial indígena", en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 4, Caracas, 2002, pp. 369-377.

En todo caso, la ley debe determinar la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

3. *El régimen general de la carrera judicial*

A. *El régimen de concursos*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 255 de la Constitución, el ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces se debe hacer por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los participantes y los cuales deben ser seleccionados por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley debe garantizar la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces⁶⁸⁴.

La prolongación del régimen de transición constituyente con la anuencia del Tribunal Supremo, ha hecho nugatoria la aplicación de la exigencia de los concursos para jueces, quedando la norma constitucional como una buena intención. Sobre el tema de la intervención del Poder Judicial, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, en sentencia N° 659 de 24 de marzo de 2000 (Caso: *Rosario Nouel*), justificó la “necesaria intervención del Poder judicial” argumentado lo siguiente:

Acerca de la función judicial

Ahora bien para que ese poder (judicial) se adapte y cumpla con el rol que le asigna el nuevo texto constitucional, es necesario que quienes lo componen sean el resultado de un proceso público de evaluación y concurso, que no tan solo aseguren su idoneidad y excelencia, sino que garantice el conocimiento por parte de éstos de los principios y valores de la Constitución, a los efectos de evitar una ruptura entre Estado y Sociedad. En ese sentido el rol protagónico del pueblo constanciado con la idea democrática, se materializa a través de su participación intensa en los procesos de selección y evaluación de los Jueces (Artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En razón de ello, la participación ciudadana debe orientarse y manifestarse desde la selección de jurados en el inicio de los procesos de evaluación y concurso a través de la sociedad civil organizada; en la consulta sobre los aspirantes a ser jueces o juezas; en su presencia o intervención en los concursos públicos; así como en la selección definitiva del Juez y en el control permanente que la sociedad debe hacer en relación a la conducta pública y privada, en la actuación del Juez como administrador de justicia, en su comportamiento profesional, académico y aún familiar. Esto ratifica a la justicia como hecho democrático, y reiterando a Otto Bachof al Juez como expresión soberana del pueblo.

De la necesaria intervención de los Poderes Públicos a fin de la relegitimación de los mismos en el marco de un Proceso Constituyente

684 Sobre las Normas de Evaluación y Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial dictadas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, convertida en Dirección Ejecutiva de la Magistratura (*G.O.* N° 36.910, de fecha 14 de marzo de 2000), véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 1326 de 02-11-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 111 y ss.

Ahora bien, la disposición derogatoria de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece la pérdida de vigencia del ordenamiento jurídico anterior a la Constitución que la contradiga. En este sentido todo proceso en razón del cual no haya estado la justicia como hecho social político y democrático quedó derogado, y en consecuencia bajo una concepción de refundar la República y relegitimar los Poderes Públicos se hace impermisible concluir que no habiendo sido garantizada la intervención y participación de los ciudadanos en los distintos procesos de selección y nombramiento de los jueces se ha producido una inconstitucionalidad sobrevenida, decaendo el objeto de los diferentes actos de nombramiento, por lo que se establece con las “*Normas de Evaluación y Concurso de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial*”, de fecha 14 de febrero del año 2000, publicadas en Gaceta Oficial N° 36.899 de fecha 24 de febrero del mismo año, el desarrollo de procedimientos destinados a garantizar la credibilidad y legitimidad del sistema de justicia, por medio de controles sociales e institucionales sobre el comportamiento de los jueces, idoneidad que se hace indispensable para lograr su capacidad profesional e independencia.

En efecto con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y bajo las reglas de un régimen de transición constitucional en el que sus normas tienen igual rango, y así como se está procediendo a la relegitimación del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo mediante procesos comiciales, y una vez instalada la Asamblea Nacional se deberá proceder a la relegitimación de las máximas autoridades del Poder Ciudadano y Electoral, y de igual forma se procederá en relación a los integrantes del Tribunal Supremo de Justicia, el resto del Poder Judicial está siendo objeto del mismo proceso de relegitimación, en el cual las situaciones anteriores a los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente y a la misma Constitución no son oponibles. Así se declara⁶⁸⁵.

Ahora bien, la intervención constituyente del Poder Judicial se prolongó mucho más allá de la transición constitucional ilimitada, por lo que a pesar de la creación de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, la Comisión de intervención siguió funcionando sin que se hubiese atendido el llamado “de atención” que la misma Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo hizo en la sentencia N° 1173 de 23 de mayo de 2000:

Ahora bien, conforme a lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la función de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, que antes tenía atribuida el Consejo de la Judicatura, le corresponde al Tribunal Supremo, para lo cual se prevé la creación de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (artículo 267). No obstante, mediante Decreto del Régimen de Transición del Poder Público, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.859 del 29 de diciembre de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente creó la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como órgano encargado de garantizar el buen funcionamiento del Poder Judicial, a los fines de establecer un nuevo Poder, mientras se establece la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Debe esta Sala llamar la atención a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, respecto del ejercicio de los importantes cometidos que le han sido impuestos, mientras se establece la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, toda vez que de su oportuno ejercicio depende en gran medida la deseada reestructuración y relegitimación del Poder Judicial. En efecto, debe esta Sala advertir que resulta imperioso

685 Véase sentencia N° 659 de 24-03-2000 (Caso: *Rosario Nouel*), en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Caracas, 2000, p. 104.

para el mantenimiento del Estado de Derecho, el libre acceso de los ciudadanos a los órganos de justicia consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la vigencia de las instituciones y que el Poder Judicial pueda, en la práctica, cumplir con sus objetivos mediante la designación de los jueces y funcionarios necesarios para ello. En razón de ello, se deben tomar las medidas pertinentes a los fines de proveer de forma inmediata los cargos de Jueces en los Tribunales donde fueron suspendidos o destituidos Jueces durante la emergencia judicial, a los fines de garantizar el nuevo modelo de Estado, comprometido con una justicia proba, honesta, idónea, de calidad, donde se garantice a los ciudadanos, el acceso a la justicia y el obtener de los órganos encargados de la administración de justicia, una tutela judicial efectiva⁶⁸⁶.

B. *La estabilidad*

Establece la misma norma del artículo 255 que los jueces sólo pueden ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley. Sobre este derecho se ha pronunciado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia N° 2221 de 28 de noviembre de 2000, al señalar que de las disposiciones constitucionales y legales se desprenden:

Dos premisas, a saber: a) el derecho a la estabilidad en la materia que nos ocupa está reservado a los jueces que ingresen a la carrera judicial por la vía constitucionalmente consagrada y legalmente desarrollada, esto es, mediante concursos de oposición; b) el aludido derecho se refiere al cargo que ocupe el funcionario, del cual no podrá ser destituido ni suspendido sino por las causas y procedimientos previstos, esto es, previo el cumplimiento del régimen disciplinario que le es aplicable.

La finalidad del concurso estriba, y así se ha estimado en precedentes decisiones, en la necesidad de que el Poder Judicial venezolano esté conformado, en su totalidad (jueces titulares y suplentes) por funcionarios de carrera, y de garantizar la idoneidad de quienes tienen la encomiable labor de administrar justicia.

De allí que, quienes ocupen un cargo para el cual no hubieren concursado, carecen del derecho bajo análisis y, en consecuencia, podrán ser removidos del cargo en cuestión en las mismas condiciones en que el mismo fue obtenido, es decir, sin que exista para la Administración competente la obligación de fundamentar dicha separación en las disposiciones que componen el *régimen disciplinario aplicable* –se insiste– *sólo a los jueces de carrera*, esto es, a aquellos que ocupan un cargo previo concurso de oposición.

En virtud de ello debe asumirse que no podrá declararse una presunción grave de violación del derecho a la estabilidad de los jueces si éstos no ostentan, a su vez, una presunción del derecho que reclaman, es decir, si no se desprende de autos que los mismos ocupan el cargo como consecuencia de los resultados arrojados en el concurso de oposición que ha debido celebrarse al efecto⁶⁸⁷.

Por tanto, la estabilidad de los jueces, deriva de la forma de ingreso a la carrera judicial mediante concursos públicos con participación popular y conforme a la Constitución. Mientras ello no ocurra, y exista la provisionalidad judicial generali-

686 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 160.

687 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 116 y ss.

zada que ha existido en el país a raíz, precisamente, de la intervención constituyente del Poder Judicial, la estabilidad y el derecho a ser juez es una ilusión. Como la misma Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo lo señaló en la citada sentencia N° 659 de 24 de marzo de 2000 (Caso: *Rosario Nouel*), al hacer unas “*Reflexiones acerca del derecho constitucional de ser “Juez”*”:

No puede pasar inadvertido para esta Sala, más aún dentro de un proceso de transición constituyente el hecho de que se sostenga el derecho de ser Juez. La condición de Juez se adquiere luego de concluidas diferentes fases y etapas en la formación de un ciudadano y mediante procedimientos especiales que a la luz del nuevo texto Constitucional derogatorio de todo el ordenamiento jurídico que lo contraiga, debe contar con la participación ciudadana, y manifestarse a través de un concurso de oposición pública.

No se nace con el derecho a ser ni de ser Juez. Y ni siquiera con la obtención del título de abogado se materializa el referido derecho. Aún más dentro de un proceso de relegitimación de los Poderes Públicos quienes hayan ostentado la condición de Juez, no tienen el derecho de ser Juez. Ni siquiera cumpliendo con los procedimientos y requisitos del nuevo orden jurídico existe el derecho a ser ni de ser Juez.

Ser Juez es una condición, y la permanencia en dicha categoría es perfectamente revocable tanto por razones preexistentes y sobrevenidas, como por procesos de evaluación y control disciplinario.

La situación actual en la que sin discriminación de ninguna naturaleza, se ha hecho un llamado público y general para que cualquier persona que cumpla los requisitos (haya sido o no Juez; y en esta última hipótesis esté o no suspendido o destituido) manifieste su voluntad de optar para evaluación y concurso. Por lo que quienes hayan manifestado su voluntad tienen una expectativa de derecho más no el derecho de ser Juez y en este sentido, así se declara⁶⁸⁸.

C. *La profesionalización*

La ley debe propender a la profesionalización de los jueces, a cuyo efecto las Universidades deben colaborar en este propósito, organizando en los estudios universitarios de Derecho la especialización judicial correspondiente (art. 255).

D. *La responsabilidad*

Tal como lo señala el artículo 255 de la Constitución, los jueces son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

E. *Las incompatibilidades*

Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones, el artículo 256 de la Constitución prescribe que los magistrados, jueces, fiscales del Ministerio Público y defensores públicos, desde la fecha de

688 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 105.

su nombramiento y hasta su egreso del cargo respectivo, no pueden, salvo el ejercicio del voto, llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, ni realizar actividades privadas lucrativas incompatibles con su función, ni por sí ni por interpuesta persona, ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de actividades educativas.

F. *La prohibición de asociación de los jueces*

La Constitución prohíbe a los jueces asociarse entre sí (art. 256). Esto constituye, sin duda, una limitación constitucional al derecho de asociación (art. 52).

4. *El Tribunal Supremo de Justicia*

La Constitución de 1999 creó el Tribunal Supremo de Justicia⁶⁸⁹ en sustitución de la Corte Suprema de Justicia, compuesto por 6 Salas.

A. *Las Salas*

En efecto, el Tribunal Supremo de Justicia funciona en Sala Plena y en Sala Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, Casación Penal y de Casación Social, cuya integración y competencia deben ser determinadas por su ley orgánica, regulándose sólo la competencia de la Sala Social en lo referente a la casación agraria, laboral y de menores (art. 262).

En la primera discusión de la Constitución⁶⁹⁰ se aprobó que cada Sala estaría integrada por 3 Magistrados, lo cual se modificó en segunda discusión en cuanto a la Sala Constitucional que se llevó a 5 Magistrados. Inexplicablemente ello fue eliminado del texto publicado. Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente al hacer las designaciones provisionales de Magistrado el 22-12-99, nombró sin fundamento legal ni constitucional, 3 Magistrados en cada Sala con excepción de la Sala Constitucional donde designó 5 Magistrados.

En relación con la Sala Constitucional y su relación con las otras Salas del Tribunal Supremo en el sentido de que no puede conocer de recursos contra las sentencias de estas, la propia Sala Constitucional en Sentencia N° 158 de 28 de marzo de 2000 (Caso: *Impugnación del artículo 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*), precisó lo siguiente:

Corresponde a esta Sala Constitucional pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de nulidad, ejercido conjuntamente con acción de amparo constitucional contra el dispositivo normativo contenido en el artículo de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que prohíbe la admisión de recurso alguno contra las decisiones dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia en Pleno o en alguna de sus Salas. En tal sentido esta Sala observa lo siguiente:

689 Véase en general, Laura Louza, "El Tribunal Supremo de Justicia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 4. Caracas, 2002, pp. 379-437.

690 Véase nuestro voto salvado en esta materia en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, p. 200.

Afirmó el accionante que, dicha norma atenta contra el derecho a la defensa consagrada en el artículo 49 numeral 1 de la Constitución de 1999 (artículo 68 de la Constitución de 1961), toda vez que las supuestas violaciones de derechos o garantías constitucionales o los errores en que pudiera incurrir el Tribunal Supremo de Justicia en las decisiones dictadas por alguna de sus Salas, quedarían ajenas de control y de subsanación. En tal sentido indicó el accionante que dichas decisiones podrían accionarse por ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

En tal sentido, esta Sala observa que, dentro de la configuración de los tribunales de la República, el Tribunal Supremo de Justicia (antes Corte Suprema de Justicia) es el órgano máximo dentro de la administración de justicia, no estando sus decisiones sujetas a control de otro órgano, por estar el mismo en la cúspide del Poder Judicial.

En este orden de ideas, el Tribunal Supremo de Justicia funciona tal como dispone el artículo 262 de la Constitución de 1999, en Sala Plena, en Sala Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social.

Igualmente observa la Sala, que dentro de la estructura del Alto Tribunal, no se encuentra una Sala que tenga preeminencia sobre el resto de las mismas, ya que tal como quedó expuesto, todas las Salas conservan el mismo grado de jerarquía dentro de dicho órgano, atendiendo a las materias que le competen a cada una de ellas.

Con el fin de sustentar aún más lo dispuesto anteriormente, esta Sala observa que, dentro de las atribuciones conferidas a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia contenidas en el artículo 266 de la Constitución de 1999 y en el artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no se encuentra -tal como lo solicita el accionante- facultad alguna de dicha Sala para controlar las decisiones del resto de las Salas que integran el Tribunal Supremo de Justicia.

En tal sentido esta Sala considera que el dispositivo normativo contenido en el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que prohíbe la admisión de recurso alguno contra las decisiones dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia en Pleno o en alguna de sus Salas, lejos de transgredir la norma constitucional, más bien garantiza su aplicación, ya que tal como quedó expuesto, el Tribunal Supremo de Justicia se encuentra conformado por las Salas que lo integran, las cuales conservan el mismo grado jerárquico y todas representan en el ámbito de sus competencias al Tribunal Supremo de Justicia como máximo representante del Poder Judicial.

El hecho de que el Tribunal Supremo de Justicia funcione en Sala Plena, con los veinte Magistrados que actualmente constituye la suma de los magistrados que integran cada una de sus Salas, no implica que dicha Sala sea superior al resto de las mismas, sino que el funcionamiento en Pleno se sustenta en que las competencias asignadas son de tal trascendencia, que el Constituyente ha considerado que debe ser del conocimiento de la los Magistrados integrantes del Tribunal Supremo de Justicia.

Con base a lo anterior, resulta infundada la pretensión de nulidad intentada por la recurrente en contra del dispositivo normativo contenido en el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que prohíbe la admisión de recursos contra decisiones dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia en cualquiera de sus Salas, ya que tal como ha quedado expuesto, la intención del Constituyente no fue la creación de un órgano supremo de justicia como máximo garante de la administración de justicia, con una Sala a su vez, con mayor jerarquía o preeminencia sobre el resto de las Salas.

En los términos en que ha quedado expuesta la presente decisión, esta Sala observa que, la acción interpuesta resulta claramente improcedente, toda vez que luego de revisado y analizado el dispositivo normativo supuestamente violatorio, contenido en la segunda parte del artículo 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se observa que no existe razón alguna que permita declarar la inconstitucionalidad del mismo.

El anterior razonamiento, constituye sin duda una razón de fondo que determinará la declaratoria de improcedencia de la acción propuesta, por lo que considera esta Sala que, resulta innecesario abrir el contradictorio cuando in limine litis se ha verificado que la acción es manifiestamente improcedente. Así se declara⁶⁹¹.

Con posterioridad, sin embargo, la Sala Constitucional estimó que la previsión del artículo 1° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia sólo se aplicaba a los recursos existentes antes de la entrada en vigencia de la Constitución, por lo que mediante sentencia N° 33 de 25 de enero de 2001 (Caso: *Revisión de la sentencia dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 10 de mayo de 2001, interpuesta por Baker Hugher S.R.L.*) ha admitido conocer del recurso de revisión constitucional previsto en la nueva Constitución, ejercido contra sentencias de las otras Salas del Tribunal Supremo, argumentando que al vincular la Constitución, a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia a la doctrina de la Sala Constitucional (artículo 334, primer párrafo, y artículo 335, segundo párrafo), según el principio de supremacía de la Constitución, y al darle potestad a esa Sala para tutelar la Carta Magna como cúspide de la jurisdicción constitucional, está autorizada para revisar tanto las decisiones que dicten las demás Salas en contravención de la norma fundamental, como en oposición a las interpretaciones que de la Constitución ella haya establecido. La Sala, en efecto, señaló respecto a la igualdad jerárquica de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, que en el fallo N° 158 de 28 de marzo de 2000 antes indicado, había dejado “sentada la igualdad jerárquica entre las Salas que componen al Tribunal Supremo”, estimado que en definitiva:

El ejercicio de la jurisdicción constitucional, conforme lo prevé el artículo 266.1 y el Título VIII sobre la Protección de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no implica superioridad jerárquica de la Sala Constitucional, sino potestad para garantizar la supremacía Constitucional, conforme al Estado de derecho y de justicia, proclamado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La doctrina constitucional clásica ha asignado al Máximo Tribunal la atribución de dirimir los conflictos dentro de los poderes públicos *ex auctoritate*, pese al principio de la división del poder y la propiedad de las potestades que corresponden a cada rama del poder público. De modo que cuando el artículo 335 *eiusdem* atribuye a la Sala competencia para revisar las sentencias de las otras Salas, conforme a las disposiciones constitucionales citadas, no afecta el artículo 136 *eiusdem*, sino que consagra una atribución exigida por la racionalidad del sistema democrático, a saber, la de la garantía jurisdiccional de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo dispone el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En suma, la competencia revisora de la Sala Constitucional no es jerárquica sino potestativa, y así se declara⁶⁹².

691 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 109. Véase igualmente la sentencia de la misma Sala Constitucional N° 100 de 15-03-2000, en *Idem*, pp. 108 y ss.

692 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 406.

B. *Los Magistrados*

a. *Las condiciones*

De acuerdo con el artículo 263 de la Constitución, para ser Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia se requiere:

1. Tener la nacionalidad venezolana por nacimiento y sin otra nacionalidad conforme al artículo 41 de la Constitución.
2. Ser ciudadano o ciudadana de reconocida honorabilidad.
3. Ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación, haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años y tener título universitario de postgrado en materia jurídica; o haber sido profesor universitario o profesora universitaria en ciencia jurídica durante un mínimo de quince años y tener la categoría de profesor o profesora titular; o ser o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince años en el ejercicio de la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones.
4. Cualesquiera otros requisitos establecidos por la ley.

Lamentablemente, estas condiciones para ser magistrado del Tribunal Supremo fueron violentadas con motivo de la designación de los Magistrados efectuada por la Asamblea Nacional en 2000 conforme a la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional, de 14-11-00⁶⁹³. Dicha Ley fue objeto de una acción de nulidad por inconstitucionalidad intentada por la Defensora del Pueblo, y al momento de pronunciarse la Sala Constitucional sobre la admisibilidad de la pretensión de amparo que había sido formulada conjuntamente, mediante auto de 12 de diciembre de 2000⁶⁹⁴, luego de reiterar la vigencia de dos supuestos regímenes constitucionales: el establecido en la Constitución de 1999 y el establecido en el Régimen de Transición del Poder Público contenido en el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de 22-12-99, resolvió solicitar a la Defensora del Pueblo que aclarase su solicitud de amparo. Sin embargo, la Sala, de pasada, hizo las siguientes consideraciones mediante las cuales decidió que la Constitución de 1999 no se aplicaba a los propios Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que estaban firmando el auto.

En efecto, en esa decisión, la Sala comenzó constatando lo siguiente sobre la designación definitiva de los Magistrados del Tribunal Supremo:

El Régimen de Transición del Poder Público, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 28 de marzo de 2000 (N° 36.920), previó en su artículo 21 que la Asamblea Nacional realizará las designaciones o ratificaciones definitivas de conformidad con la

693 *G.O.* N° 37.077 de 14-11-00. Véase en general, Carlos Luis Carrillo Artilles, "El desplazamiento del principio de supremacía constitucional por la vigencia de los interregnos temporales", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3, Caracas, 2000, pp. 86 y ss.

694 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 108 y ss.

Constitución, de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y de sus suplentes, ya que los Magistrados nombrados en los artículos 19 y 20 del Régimen de Transición del Poder Público, ejercerían sus cargos en forma provisoria.

Es decir, la Sala admitió que el Régimen de Transición del Poder Público exigía que se cumpliera la Constitución en el proceso de “designación o ratificación definitiva” de los Magistrados del Tribunal Supremo. Sin embargo, para desligarse de la Constitución en cuanto al cumplimiento de las condiciones de elegibilidad previstas en el artículo 263 respecto de los Magistrado en funciones que habían sido designados provisionalmente el 22-12-99 y que aspiraban ser “ratificados”, decidiendo por tanto en su propia causa contra todo principio del estado de Derecho, la Sala “inventó” el argumento de que la figura de la “ratificación” no estaba prevista en la Constitución, por lo que el artículo 263 de la misma supuestamente sólo se aplicaba cuando los Magistrados fueran a designarse *ex novo*, pero no cuando fueran ratificados. El siguiente fue el razonamiento de la Sala:

La figura de la ratificación no está prevista en la Constitución vigente, sino en el Régimen de Transición del Poder Público, y ella fue tomada en cuenta sólo con relación a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, mas no con respecto a los miembros del Poder Ciudadano, ya que los artículos 35, 36, 37 y 38 del Régimen de Transición del Poder Público no contemplaron la ratificación de quienes ejercían provisionalmente los cargos del Poder Ciudadano.

Resultado de la aplicación necesaria del Régimen de Transición del Poder Público, el cual -como lo apunta esta Sala- es de rango constitucional, es que solo con respecto a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia ha de utilizarse la figura de la ratificación, la cual carece de previsión en la Constitución, por lo que la frase del *artículo 21 del Régimen de Transición del Poder Público*, según la cual las ratificaciones definitivas *se harán de conformidad con la Constitución, carece de aplicación*, ya que como antes apuntó la Sala, la vigente Constitución no previó normas sobre ratificación de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

En esta forma, la Sala Constitucional que era la primera institución obligada a garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (art. 336), resolvió que la Constitución no les era aplicable, precisamente, a los Magistrados mismos del Tribunal Supremo y de la Sala que eran los que estaban decidiendo. Se estaba haciendo justicia por las propias manos de los que se beneficiaban de la decisión⁶⁹⁵.

El resultado de declarar la inaplicabilidad de la Constitución para la “ratificación” de los magistrados, llevó a los Magistrados de la Sala, entonces a “legislar” y autodefinirse el “régimen especial” relativo a las condiciones de elegibilidad de los mismos, aplicables a ellos mismos, además, alegando el principio de no discriminación. La Sala, en efecto, dijo lo siguiente:

En consecuencia, el régimen de ratificación debe ser especial, orientado hacia cual ha sido el rendimiento de los Magistrados a ratificarse y la calidad de sus ponencias, ya que son éstos los parámetros que permiten conocer la calidad de quienes como Magis-

695 Por eso la Defensora del Pueblo anunciaba que solicitaría la inhibición de los Magistrados de la Sala Constitucional. Véase *El Universal*, Caracas, 16-12-00, p. 1-4.

trados ya han impartido justicia desde la más alta Magistratura, y por tanto se han hecho o no dignos de ratificación.

Exigírsele a dichos Magistrados, además, otros requisitos que ni la Constitución (que no previó la figura), ni ninguna otra ley contempla, es crear una discriminación en contra de los ratificables, en relación con quienes no han sido Magistrados, que aspiran integrar las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

Y luego, como se ha expuesto ampliamente en la *Décimo Segunda Parte*, la Sala pasó a examinar cada una de las condiciones de elegibilidad exigidas en el artículo 263 para ser magistrado del Tribunal Supremo, así, modificándolos y adaptándolos al “régimen especial” que inconstitucionalmente habían establecido⁶⁹⁶, en particular sobre las exigencias de los postgrados, sobre la condición de profesor “titular”, sobre la permanencia en la carrera judicial y sobre la condición de “juez superior”. Lo que más llama la atención de esta decisión es que los Magistrados designados por la Asamblea nacional Constituyente, a dedo, el 22-12-99, en un auto el cual lo que se decidió fue exigirle a la accionante (Defensora del Pueblo) aclarar su acción, aprovecharon para decidir que la Constitución no les era aplicable a ellos mismos que aspiraban a ser designados, con el argumento de que de lo que se trataba era que iban a ser “ratificados” y ello no estaba regulado en la Constitución. En todo caso, la decisión de fondo de la acción intentada nunca se dictó posteriormente, y la misma Defensora del Pueblo sería removida de su cargo por la Asamblea Nacional.

b. *La postulación*

El artículo 264 de la Constitución remite a la Ley la determinación del procedimiento de elección de los Magistrados del Tribunal Supremo. Sin embargo, precisamente que, en todo caso, podrán postularse candidatos ante el Comité de Postulaciones Judiciales (art. 270), por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, debe efectuar una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual debe efectuar una segunda preselección que debe ser presentada a la Asamblea Nacional, la cual en definitiva, es la que debe efectuar la selección⁶⁹⁷.

Los ciudadanos pueden ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados ante el Comité de Postulaciones Judiciales, o ante la Asamblea Nacional.

Más adelante se analiza la conformación del Comité de Postulaciones Judiciales y el principio de la participación ciudadana, y cómo este fue violentado en 2000 con la sanción de la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional, de 14-11-00⁶⁹⁸.

696 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México, 2002, pp. 395 y ss.

697 Véase nuestro voto salvado en esta materia en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 201 y ss. y 290.

698 G.O. N° 37.077 de 14-11-00. Véase en general, Carlos Luis Carrillo Artilles, “El desplazamiento del principio de supremacía constitucional por la vigencia de los interregnos temporales”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3, Caracas, 2000, pp. 86 y ss.

c. *El periodo*

El artículo 264 dispone que los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia deben ser elegidos por un único período de doce años. En consecuencia, se excluye en reelección de los Magistrados.

d. *La remoción*

De acuerdo con el artículo 265, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia pueden ser removidos por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca.

Esta, sin duda, es una inherencia no conveniente ni aceptable de la instancia política del Poder en relación con la Administración de Justicia.

C. *Las atribuciones del Tribunal Supremo*

El Tribunal Supremo de Justicia, ejerce, en exclusiva, la jurisdicción constitucional (art. 334), es la máxima autoridad judicial en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 259), resuelve los conflictos entre autoridades judiciales, conoce en exclusiva de los recursos de casación y de interpretación y tiene a su cargo declarar si hay o no méritos para el enjuiciamiento de altos funcionarios.

Tales atribuciones están definidas en el artículo 266, en la forma siguiente:

a. *La jurisdicción constitucional*

Conforme al artículo 266, 1, corresponde al Tribunal Supremo, ejercer la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de esta Constitución, la cual está atribuida en exclusiva a la Sala Constitucional. La *Décima Primera Parte* de este libro se destina al estudio de la Jurisdicción Constitucional.

b. *La intervención en el enjuiciamiento de altos funcionarios del Estado*

Corresponde al Tribunal Supremo en Sala Plena, conocer del enjuiciamiento del Defensor del Pueblo (art. 282) y además:

2. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la República o quien haga sus veces, y en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa previa autorización de la Asamblea Nacional, hasta sentencia definitiva.
3. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente o Vicepresidenta de la República, 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 Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales u oficiales generales y almirantes de la Fuerza Armada

Nacional⁶⁹⁹ y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o Fiscalía 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.

Es de destacar, que en la enumeración de la norma, en relación con los funcionarios que tienen el privilegio⁷⁰⁰ del antejuicio de mérito sin duda, por una inadvertencia, no se incluyó a los miembros del Poder Electoral, cuyos titulares (Rectores), por tanto, no gozan de dicho privilegio. Por ello, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 45 de 17 de mayo de 2000 consideró contraria a la Constitución la previsión del artículo 52 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que establecía el antejuicio de mérito para los miembros del Consejo Nacional Electoral. En dicha sentencia, sin embargo, la Sala aclaró que:

Sin embargo, al margen de todo lo anteriormente expuesto, esta Sala considera necesario precisar que su decisión versa únicamente -no podía ser de otra manera, en atención a su esfera de competencia- sobre la vigencia del referido dispositivo legal, como cuestión previa a su interpretación, que resulta de la aplicación del test de comparabilidad o compatibilidad con la Constitución de 1999. Ello no implica, por tanto, pronunciamiento alguno acerca de la interpretación de la normativa constitucional que regula el antejuicio de mérito, en lo concerniente a la exclusión de esa prerrogativa de los titulares del máximo órgano del Poder Electoral, la cual genera dudas en el marco del principio fundamental de la Constitución que declara que Venezuela es un Estado de derecho y de justicia (art. 2), y del mismo principio de igualdad, pues dicha función interpretativa es una competencia exclusiva y excluyente de la Sala Constitucional.

En efecto, en ese orden de ideas parece sumamente útil que la referida Sala llegara a dilucidar, por ejemplo, la justificación axiológica de la exclusión de la prerrogativa procesal, contenido en el artículo 266 constitucional, a los miembros no ya de un órgano electoral, como aparecía concebido en el régimen preconstitucional, sino del órgano rector de un nuevo Poder, cuya consagración significó una ruptura del tradicional esquema de división del Poder Público Nacional. Esta justificación resulta hoy más que necesaria, si se toma en cuenta que a los titulares del otro nuevo Poder, el Ciudadano, cuya consagración también se inscribe en la aludida ruptura, sí les fue otorgada la referida prerrogativa⁷⁰¹.

c. *La intervención en la remoción de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano*

El artículo 233 dispone que el Tribunal Supremo puede decretar la destitución del Presidente de la República.

699 Sobre el antejuicio de mérito los oficiales de la Fuerza Armada, véase las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 09-02-2001 en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 155 y ss.

700 Sobre el antejuicio de mérito como excepción al principio de la igualdad, véase las sentencias de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de 02-05-2000 y de 11-5-2000 y de la sala Electoral N° 45 de 17-05-2000 en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 173 y ss. y 177 y ss.

701 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 181.

Por otra parte, conforme al artículo 279 de la Constitución, el Tribunal Supremo debe pronunciarse previamente a la remoción por la Asamblea Nacional de los Titulares del Poder Ciudadano (Contralor General de la República, Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo). En igual sentido, el Tribunal Supremo debe pronunciarse previamente a la remoción, por la Asamblea, de los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 296).

Estas competencias deben ejercerse en Corte Plena.

d. *En materia de jurisdicción contencioso administrativa y contencioso electora*

En materia contencioso administrativa y electoral, el artículo 266 atribuye al Tribunal Supremo:

4. Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal.
5. Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente.

Estas competencias corresponden a la Sala Político Administrativa y a la Sala Electoral⁷⁰².

e. *Los recursos de interpretación*

De acuerdo con el artículo 266,6, también corresponde al Tribunal Supremo, la atribución de “conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley”.

Esta competencia se ejercía, conforme a la Ley Orgánica de la Corte Suprema, por la Sala Político Administrativa; pero la jurisprudencia de la Sala Constitucional la ha extendido al conocimiento de todas las Salas del Tribunal Supremo.

f. *Los conflictos de competencia judicial*

Corresponde al Tribunal Supremo en todas sus Salas, conforme al artículo 266:

7. Decidir los conflictos de competencia entre tribunales, sean ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior o común a ellos en el orden jerárquico.

g. *El tribunal de Casación*

Además, el artículo 266,8 atribuye al Tribunal Supremo en sus Salas de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social:

702 Véase Carlos Pérez Fernández; Miguel A. Torrealba Sánchez, “Notas sobre la jurisdicción contencioso electoral en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 12 (mayo-agosto). Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 165-192.

8. Conocer del recurso de casación.

5. *El gobierno y administración del Poder Judicial*

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999 fue el atribuir al Tribunal Supremo de Justicia el Gobierno y la Administración del Poder Judicial, eliminando al Consejo de la Judicatura que como órgano con autonomía funcional ejercía estas funciones, conforme a la previsión del artículo 217 de la Constitución de 1961⁷⁰³.

A. *La competencia*

De acuerdo con el artículo 267, entonces, 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, conforme a los principios establecidos en el artículo 254.

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

B. *La jurisdicción disciplinaria*

La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley (art. 267).

El régimen disciplinario de los magistrados y jueces estará fundamentado en el *Código de Ética* del Juez Venezolano, que debe dictar la Asamblea Nacional.

El procedimiento disciplinario debe ser público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.

En esta materia, sin embargo, la ausencia de desarrollo legislativo de la Constitución hizo prolongar la transitoriedad constituyente, violándose abiertamente la Constitución. Ello se desprende, incluso, de las propias decisiones del Tribunal Supremo como lo ha reconocido la Sala Plena en su sentencia N° 40 de 15 de noviembre de 2001, en la cual expuso lo siguiente:

Deriva claramente del artículo 267 constitucional que este Supremo Tribunal no sólo ejerce la función jurisdiccional (Crf.: primer aparte del artículo 253 de la Constitución), sino que, además, le corresponde el ejercicio de las funciones de “Inspección y vigilancia de los Tribunales de la República”. De otra parte, de acuerdo con la misma norma constitucional, es función del Pleno del Tribunal Supremo de Justicia crear una Direc-

703 Véase Laura Louza, “El Tribunal Supremo de Justicia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 4, Caracas, 2002, pp. 379 a 437; Nérida Peña Colmenares, “El Tribunal Supremo de Justicia como órgano de dirección, gobierno, administración, inspección y vigilancia del Poder Judicial venezolano”, *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 8, Caracas, 2003, pp. 391 a 434; e Olga Dos Santos, “Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia”, *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 6, Caracas, 2002, pp. 373 a 378.

ción Ejecutiva de la Magistratura, para el ejercicio de las atribuciones relativas al régimen disciplinario de los Magistrados o Magistradas y Jueces o Juezas.

Es de advertir, no obstante que en esta materia la Asamblea Nacional Constituyente no se limitó a disponer cuál sería el régimen relativo a la inspección y vigilancia de los Tribunales bajo el imperio del nuevo Texto Constitucional, pues al mismo tiempo se dispusieron las normas necesarias para lograr el tránsito hasta el vigor definitivo de este régimen. Es así como el artículo 22 del Régimen de Transición del Poder Público dispuso que, mientras el Tribunal Supremo de Justicia no organizase a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (prevista, como se ha visto, en el artículo 267 constitucional) las competencias relativas a “Inspección y Vigilancia de los Tribunales” serían ejercidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Por su parte el artículo 29 del mismo Régimen estableció que la Inspectoría General de Tribunales -hasta ese entonces organizada y regida por las normas de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura- sería un órgano auxiliar de la nombrada Comisión en la inspección y vigilancia de los Tribunales de la República con facultades para la instrucción de los expedientes disciplinarios de los Jueces y demás funcionarios judiciales.

Asimismo, dispuso dicha norma que el Inspector General de Tribunales y su suplente, serían designados por la Asamblea Nacional Constituyente, con carácter provisional hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

El 2 de agosto de 2000 el Tribunal Supremo de Justicia actuando en acatamiento de lo ordenado en el artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dictó la “Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial”. Con este instrumento el Supremo Tribunal satisfizo un expreso mandato constitucional (artículo 267), cumpliéndose además la condición que, como ya se ha advertido, había sido prevista para poner fin a la vigencia del régimen transitorio dictado por el Constituyente.

El artículo 1 de la Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial dispuso la creación de “la Dirección Ejecutiva de la Magistratura como órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de que ejerza por delegación las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial”. Es preciso advertir que de acuerdo con esta norma y en armonía con la atribución que le otorga a este Supremo Tribunal el artículo 267 de la Constitución, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura se erige como un órgano que funge como instrumento del Máximo Tribunal de la República en el ejercicio de sus atribuciones relativas a la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, es decir, se trata de un órgano que ejerce por delegación tales atribuciones que, se insiste, son propias de este Tribunal Supremo de Justicia.

De otra parte, el artículo 30 de la misma Normativa establece que “[l]a Comisión de Funcionamiento y Reestructuración organizada en la forma que lo determine el Tribunal Supremo de Justicia, sólo tendrá a su cargo [luego de la vigencia de esta Normativa] funciones disciplinarias mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”. Ha quedado así esta Comisión en el ejercicio de funciones transitorias en la materia antes indicada.

Mediante la norma contenida en el artículo 2 de la Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial “[s]e crea la Comisión Judicial, como órgano del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de que ejerza por delegación las funciones de control y supervisión de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y las demás previstas en esta normativa”. Se trata también en este caso de un órgano carente de atribuciones propias ya que su finalidad específica es ejercer, por delegación las atribuciones constitucionalmente asignadas al Tribunal Supremo de Justicia.

Igualmente el artículo 22 de la misma Normativa establece, a la letra, lo siguiente:

La Inspectoría General de Tribunales es una unidad autónoma dirigida por el Inspector General de Tribunales y adscrita a la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

La organización el funcionamiento y el alcance de la autonomía de esta unidad será regulada por la normativa que al efecto apruebe la Sala Plena, a proposición de la Comisión Judicial.

Se inscribe así la Inspectoría General de Tribunales en el marco de la organización prevista, en desarrollo del Texto Constitucional, para el ejercicio de las funciones de este Supremo Tribunal relativas a la inspección y vigilancia de los Tribunales de la República. Se configura así este órgano, como un instrumento que, dotado de cierto grado de autonomía -cuyo alcance no es ilimitado, y debe, por ello, ser precisado por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia- coadyuva en el ejercicio de tales funciones que son propias del Máximo Tribunal⁷⁰⁴.

C. *El servicio de defensa pública*

El artículo 268 de la Constitución remite a la Ley para establecer 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.

D. *La organización judicial*

La ley debe regular la organización de circuitos judiciales, así como la creación y competencias de tribunales y cortes regionales a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial. (art. 269)

E. *El Comité de Postulaciones Judiciales*

La Constitución concibe al Comité de Postulaciones Judiciales (art. 270), como un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 264). Igualmente, el Comité debe asesorar a los colegios electorales judiciales para la elección de los jueces de la jurisdicción disciplinaria.

Este Comité de Postulaciones Judiciales debe estar integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley.

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

704 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 159 y ss.

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.

En efecto, en particular, en cuanto a la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 264 de la Constitución como se dijo, dispone que las postulaciones de candidatos sólo pueden hacerse ante un Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas a la actividad jurídica; el cual conforme al artículo 270 de la Constitución, es un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que se trata de un órgano permanente que, además, debe asesorar a los Colegios electorales judiciales para la elección de los jueces de la jurisdicción disciplinaria. Este Comité de Postulaciones Judiciales debe estar integrado “por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la Ley” (art. 270). Se trata, en definitiva, en una Constitución que en más de cincuenta artículos habla de participación, de un *mecanismo directamente regulado en la Constitución* que asegura la participación de los “diversos sectores de la sociedad” en la gestión de asuntos públicos. No se trata de un mecanismo de consulta y mucho menos a través de mesa de diálogos, sino de participación activa.

Ahora bien, el procedimiento constitucional previsto para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo, que debía ser regulado en la Ley, es el siguiente: El Comité, recibidas las postulaciones, “oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano”. Este órgano, integrado por el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (art. 273) debe efectuar “una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva” (art. 264).

La Asamblea Nacional Constituyente, al dictar el Decreto sobre el Régimen Transitorio el Poder Público el 22-12-99 había designado los magistrados del Tribunal Supremo, e indicó que serían “de carácter provisorio” hasta tanto la Asamblea Nacional realizase las designaciones o ratificaciones definitivas *de conformidad con la Constitución* (art. 20). Por tanto, la Asamblea Nacional electa en 2000 tenía el mandato Constitucional (tanto en virtud del texto expreso de la Constitución, como en virtud del Régimen Transitorio del 22-12-99 al cual el Tribunal Su-

premo reconocía rango constitucional) de designar a los magistrados en forma definitiva de conformidad con la Constitución.

Por supuesto, la forma de integración de los Comités de Postulaciones era esencial para que se aplicara la Constitución, por lo que la Asamblea Nacional estaba y está *obligada a llenar el vacío legal*, mediante una legislación que regulase los Comités de Postulaciones. Resultaba inadmisibles que la Asamblea Nacional pretendiera legislar, *para no legislar*, como sucedió con la antes mencionada Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional de 14-11-00⁷⁰⁵, que violó tanto los artículos 264, 270 y 279 de la Constitución, como los artículos 20 y 33 del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente sobre Régimen de Transición del Poder Público cuyo rango constitucional fue reconocido por el Tribunal Supremo. Estas normas exigían que la Asamblea Nacional, una vez electa, debía realizar las designaciones definitivas de los altos funcionarios “de conformidad con la Constitución”.

La referida Ley Especial para la designación de los altos funcionarios públicos del Poder Judicial y del Poder Ciudadano violó la Constitución al no organizar los Comités de Postulaciones que ésta exigía, integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad, y sustituirlos por una Comisión Parlamentaria.

En efecto, la Ley Especial dispuso que la Asamblea Nacional para hacer las designaciones de los mencionados funcionarios públicos, debía designar una “Comisión integrada por 15 diputados o diputadas, que actuará como Comisión de Evaluación de Postulaciones” (art. 3); la cual, una vez instalados sus miembros, debían seleccionar, “a través de mecanismos de consulta, una lista de 12 representantes de los diversos sectores de la sociedad, que presentará ante la Asamblea Nacional para que ésta proceda a designar, por mayoría absoluta, 6 representantes, quienes integrarán la Comisión y actuarán como miembros de la misma, con derecho a voz y voto” (art. 4).

Se dispuso, además, que “para hacer efectivos los principios de publicidad y participación de la ciudadanía”, la Comisión debía implementar “dichos mecanismos a través de consultas y participación de las comunidades”, para lo cual debía instrumentar “mesas de diálogo donde estén representados los diversos sectores de la sociedad y con las cuales se consultarán y evaluarán las postulaciones recibidas” (art. 5). Esos representantes debían ser designados por la Comisión de listas que presentarán “las diversas organizaciones de la ciudadanía interesadas en participar en el proceso” (art. 6).

Las postulaciones recibidas para la designación de los integrantes de los Poderes Públicos Nacionales regulados en la ley debían ser objeto de consulta pública a los efectos de que se presentasen ante el Comité los respaldos u objeciones fundadas (art. 7).

Como resultado del proceso, la Comisión debía elaborar una lista de postulados para ser sometida a la consideración de la Asamblea Nacional, para la designación definitiva (art. 9).

705 G.O. N° 37.077 de 14-11-00. Véase en general, Carlos Luis Carrillo Artilles, “El desplazamiento del principio de supremacía constitucional...”, *loc. cit.*, p. 86 y ss.

Basta leer dicha Ley Especial para evidenciar su inconstitucionalidad. Fue una burla a la Constitución y constituyó la confiscación del derecho a la participación política garantizado en forma expresa en el Texto Constitucional. Tanto que se ha hablado de participación y de democracia participativa, como supuestamente sustitutiva de democracia representativa, y cuando correspondía hacerla realidad, por primera vez, cumpliendo la Constitución, como implicaba un límite al poder hegemónico, se ignoró.

Como consecuencia de ello, mediante sendos Acuerdos⁷⁰⁶ la Asamblea Nacional designó al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo, al Contralor General de la República y a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, sin ajustarse a lo que disponían los artículos 264, 270 y 279 de la Constitución.

La Asamblea Nacional, así, se había burlado de la Constitución, lo que incluso llevó a la Defensora del Pueblo, antes de ser sustituida, a intentar una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Ley Especial ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como antes se ha comentado.

La Asamblea Nacional Constituyente, para proceder a designar a los mencionados altos funcionarios del Estado, por supuesto que tenía que dictar las respectivas leyes orgánicas que exigía la Constitución y llenar el vacío legal existente. Sin embargo, fue la propia Asamblea la que renunció a legislar lo que debía y, en su lugar, "prorrogó" el régimen transitorio por su carencia legislativa, dictando, en lugar de las leyes orgánicas respectivas, la Ley Especial mencionada, que violaba la Constitución.

Lo grave de esta situación fue que el Tribunal Supremo de Justicia legitimó esta omisión del legislador y justificó la violación de la Constitución. En el mencionado auto de la Sala Constitucional de 12 de diciembre de 2000, dictado días antes de la designación por la Asamblea Nacional de los referidos altos funcionarios del Estado, con ocasión de resolver la pretensión de amparo acumulada al recurso de nulidad por inconstitucionalidad de la Ley Especial que había intentado la Defensora del Pueblo⁷⁰⁷, la Sala Constitucional señaló que una segunda etapa del sistema constitucional derivado del proceso constituyente:

Surge a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual crea una serie de instituciones no previstas en las Cartas Fundamentales anteriores, pero cuyas pautas de funcionamiento no fueron consagradas en el texto constitucional, quedando sujetas a una regulación posterior mediante leyes que dictare la Asamblea Nacional.

De ello resulta, por tanto, que era indispensable que la Asamblea Nacional dictase tales Leyes Orgánicas para que las nuevas instituciones pudieran entrar definitivamente en funcionamiento. Por ello, la afirmación que de seguidas hizo la misma Sala Constitucional:

La normalización total de las instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia requieren de Leyes Orgánicas que desarrollen el texto cons-

706 Publicados en *G.O.* N° 37.105 de 22-12-00.

707 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 108 y ss.

titudinal, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto sobre el Régimen de Transición de Poder Público y la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan.

Por ello, en fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), la Sala enfatizó que cuando las Leyes Orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna a las instituciones, actualmente carentes de dichas Leyes especiales, pero mientras tanto, conformaban un solo bloque constitucional el Régimen Transitorio del Poder Público y la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha apuntado esta Sala en fallos de fecha 14 de marzo y 28 de marzo de 2000.

De manera que el Régimen Transitorio estaría vigente hasta que la Asamblea Nacional dictase las referidas leyes orgánicas, por lo que conforme a la doctrina de la Sala, mientras esas leyes orgánicas no se dictasen, el régimen transitorio y provisorio continuaría indefinidamente. Pero en lugar de exhortar a la Asamblea Nacional a dictar dichas leyes, la Sala lo que hizo fue “legitimar” el contenido de la Ley Especial mencionada que no contenía las regulaciones que debían contener las leyes orgánicas indicadas, aceptando así, la burla a la Constitución⁷⁰⁸. No se debe dejar de mencionar que en la “Exposición de Motivos” que acompañó el Proyecto de Ley Especial, se afirmó como motivación la “falta de disposiciones expresas que regulen la designación de los integrantes del Poder Ciudadano y de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia”, (que sólo la Asamblea Nacional podía dictar), constatando que “aun no existen los órganos que han de intervenir en tal designación” (que sólo la Asamblea Nacional podía regular), por lo cual se señalaba que “la Asamblea Nacional debe cubrir el vacío legal”.

No se percató la Asamblea Nacional que el vacío legal debía cubrirlo ella misma, no mediante la Ley Especial que violaba la Constitución, sino mediante la sanción, precisamente, de las leyes orgánicas que exigía la Constitución con las cuales se pondría final al régimen provisorio y transitorio. Al renunciar a su obligación, la Asamblea Nacional “prorrogó” dicho régimen, el cual quedó vigente a su antojo, y el Tribunal Supremo así lo avaló, renunciando a su obligación de “asegurar la integridad de la Constitución” (art. 334) y garantizar su “supremacía y efectividad” (art. 335)⁷⁰⁹.

F. *El sistema penitenciario*

El artículo 272, de manera novedosa, establece principios generales sobre el sistema penitenciario, así:

El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, fun-

708 El Director General de la Defensoría del Pueblo, Juan Navarrete, calificó la decisión del Tribunal Supremo de Justicia como un abuso de poder. Véase *El Universal*, Caracas, 14-12-00, p. 1-2.

709 Véase lo expuesto en Alan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México, 2002, pp. 389 y ss.

cionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se registrarán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico.

V. EL PODER CIUDADANO

Otra innovación de la Constitución de 1999 ha sido declarar formalmente como formando parte de la distribución horizontal del Poder Público Nacional, además del Poder Legislativo Nacional, del Poder Ejecutivo Nacional y del Poder Judicial, tanto al Poder Ciudadano como al Poder Electoral (art. 136).

En cuanto al Poder Ciudadano⁷¹⁰, el mismo lo ejercen dos órganos de rango Constitucional con tradición en el país, como la Contraloría General de la República y el Ministerio Público (Fiscalía General de la República) y un órgano nuevo creado por la Constitución de 1999, el Defensor del Pueblo siguiendo la orientación general de los organismos similares creados en toda América Latina⁷¹¹.

1. *Composición y funciones*

Conforme al artículo 273 de la Constitución los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República.

Estos órganos tienen a su cargo, como atribución común de conformidad con la Constitución y la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del

710 Véase en general, Roxana Orihuela Gonzatti, "El nuevo Poder Ciudadano", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 933-980; María A. Correa de Baumeister, "El Poder Ciudadano y el Poder Electoral en la Constitución de 1999", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 982-995; José L. Morantes Mago, "El Poder Ciudadano y sus órganos en la Constitución de 1999", en *Revista de Control Fiscal*, N° 142 (enero-abril). Contraloría General de la República, Caracas, 2000, pp. 15-51; Celia Poleo de Ortega, "El Poder Ciudadano en la Constitución venezolana de 1999", en *Revista de Control Fiscal*, N° 143 (mayo-agosto). Contraloría General de la República, Caracas, 2000, pp. 15-46. Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 481 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 189 y ss.; y Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas 2001, pp. 245 y ss.

711 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, op. cit., pp. 101 y ss.

principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado, e igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo (art. 274).

En todo caso, el Poder Ciudadano es independiente y sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le debe asignar una partida anual variable.

Su organización y funcionamiento se debe establecer en ley orgánica. En tal sentido, la Asamblea Nacional sancionó en 2001 la Ley Orgánica del Poder Ciudadano⁷¹².

2. *El Consejo Moral Republicano*

A. *La composición*

De acuerdo con el artículo 273 de la Constitución el Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General y el Contralor General de la República.

Uno de los titulares de dichos órganos debe ser designado por dicho Consejo como su Presidente por el período de un año, pudiendo ser reelecto (art. 274). El régimen del Consejo Moral Republicano se ha establecido en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano de 2001.

B. *Las funciones*

Los representantes del Consejo Moral Republicano deben formular a las autoridades, y funcionarios de la Administración Pública, las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones legales. De no acatarse estas advertencias, el Consejo Moral Republicano puede imponer las sanciones establecidas en la ley. En caso de contumacia, el Presidente del Consejo Moral Republicano debe presentar un informe al órgano o dependencia al cual esté adscrito el funcionario público, para que esa instancia tome los correctivos de acuerdo con el caso, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar en conformidad con la ley (art. 275).

Además, conforme al artículo 278, el Consejo Moral Republicano debe promover todas aquellas actividades pedagógicas dirigidas al conocimiento y estudio de la Constitución, al amor a la patria, a las virtudes cívicas y democráticas, a los valores trascendentales de la República y a la observancia y respeto de los derechos humanos.

En particular, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano de 2001 define en su artículo 10, entre otras, las siguientes competencias del Poder Ciudadano:

1. Prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa. Conforme al artículo 6 de la Ley se entiende "por ética pública el sometimiento de la actividad que desarrollan los servidores públicos, a los principios de honestidad, equidad, decoro, lealtad, vocación de servicio, disciplina, eficacia, responsabilidad, transparencia y pulcritud; y por moral administrati-

712 G.O. N° 37.310 de 25-10-2001.

va, la obligación que tienen los funcionarios, empleados y obreros, de los organismos públicos, de actuar dando preeminencia a los intereses de Estado por encima de los intereses de naturaleza particular o de grupos dirigidos a la satisfacción de las necesidades colectivas”.

2. Velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público.
3. Velar por el cumplimiento de los principios constitucionales del debido proceso y de la legalidad, en toda la actividad administrativa del Estado.
4. Promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como las actividades pedagógicas dirigidas al conocimiento y estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al amor a la patria, a las virtudes cívicas y democráticas, a los valores trascendentales de la República, y a la observancia y respeto de los derechos humanos.
5. Promover la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo.
8. Efectuar la segunda preselección de los candidatos o candidatas a magistrados o magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, la cual será presentada a la Asamblea Nacional.
9. Postular ante la Asamblea Nacional a un miembro principal del Consejo Nacional Electoral y a sus dos suplentes.
10. Calificar las faltas graves que hubieren cometido los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.
11. Intentar por órgano del Ministerio Público las acciones a que haya lugar, para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos o funcionarias públicas que hayan sido objeto, en ejecución del control parlamentario, de declaración de responsabilidad política por la Asamblea Nacional.
12. Solicitar de los funcionarios públicos o funcionarias públicas la colaboración que requiera para el desempeño de sus funciones, los cuales estarán obligados a prestarla con carácter preferente y urgente, y a suministrar los documentos e informaciones que le sean requeridos, incluidos aquellos que hayan sido clasificados como confidenciales o secretos de acuerdo con la ley.
13. Formular a las autoridades y funcionarios o funcionarias de la Administración Pública las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones.
14. Imponer a las autoridades y funcionarios o funcionarias de la Administración Pública las sanciones establecidas en la presente Ley.
15. Remitir a los órganos competentes del Estado las denuncias, solicitudes y actuaciones cuyo conocimiento les corresponda, sin perjuicio de la actuación que pudiera tener el Consejo Moral Republicano.
16. Convocar un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, de acuerdo con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el Capítulo II del Título II de esta Ley.
17. Elegir a su Presidente dentro de los diez (10) días siguientes a la instalación del Consejo. Para los siguientes períodos, dicha elección se realizará al finalizar cada año de gestión.
18. Designar al Secretario Ejecutivo, demás funcionarios o funcionarias y empleados o empleadas de la Secretaría del Consejo Moral Republicano, así como a los asesores y asesoras ad honores que requiera para el mejor desempeño de sus funciones.
19. Dictar las decisiones con ocasión de los procedimientos sancionatorios previstos en esta Ley.
20. Dictar el ordenamiento jurídico interno del Consejo Moral Republicano que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones.

21. Aprobar los planes y programas de prevención y promoción educativa elaborados por la Secretaría Permanente del Consejo Moral Republicano.

C. *Los informes anuales*

El Presidente del Consejo Moral Republicano y los titulares de los órganos del Poder Ciudadano deben presentar un informe anual ante la Asamblea Nacional en sesión plenaria. Así mismo, deben presentar los informes que en cualquier momento les sean solicitados por la Asamblea Nacional (art. 276).

Tanto los informes ordinarios como los extraordinarios se deben publicar.

D. *Las obligaciones de colaboración con los órganos del Poder Ciudadano*

El artículo 277 establece, en general, que todos los funcionarios de la Administración Pública están obligados, bajo las sanciones que establezca la ley, a colaborar con carácter preferente y urgente con los representantes del Consejo Moral Republicano en sus investigaciones.

El Consejo está facultado para solicitarles las declaraciones y documentos que consideren necesarios para el desarrollo de sus funciones, incluidos aquellos que hayan sido clasificados o catalogados con carácter confidencial o secreto de acuerdo con la ley.

En todo caso, el Poder Ciudadano sólo puede suministrar la información contenida en documentos confidenciales o secretos mediante los procedimientos que establezca la ley.

3. *El nombramiento y remoción de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano*

A los efectos del nombramiento de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano por la Asamblea Nacional, el Consejo Moral Republicano debe convocar un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, que debe estar integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad.

Dicho Comité debe adelantar un proceso público de cuyo resultado se debe obtener una terna por cada órgano del Poder Ciudadano, que debe ser sometida a la consideración de la Asamblea Nacional que, mediante el voto favorable de las 2/3 partes de sus integrantes, escogerá en un lapso no mayor de treinta días continuos, al titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración.

Si concluido este lapso no hay acuerdo en la Asamblea Nacional, el Poder Electoral debe someter la terna a consulta popular.

El artículo 279 dispone, sin embargo, que en caso de no haber sido convocado el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, la Asamblea Nacional debe proceder, dentro del plazo que determine la ley, a la designación del titular del órgano del Poder Ciudadano correspondiente.

Por último, la misma norma dispone que los integrantes del Poder Ciudadano pueden ser removidos de sus cargos por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con lo establecido en la ley.

En cuanto al Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, que debía estar integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad, la Asamblea Nacional en 2000 sancionó la mencionada Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional de 14-11-00⁷¹³, la cual, en nuestro criterio violó el artículo 279 de la Constitución, que imponía a la Asamblea Nacional, una vez electa, realizar las designaciones definitivas de los integrantes del Poder Ciudadano “de conformidad con la Constitución”.

La referida Ley Especial dispuso que la Asamblea Nacional para hacer las designaciones de los mencionados funcionarios públicos, debía designar una “Comisión integrada por 15 diputados o diputadas, que actuará como Comisión de Evaluación de Postulaciones” (art. 3); la cual, una vez instalados sus miembros, debían seleccionar, “a través de mecanismos de consulta, una lista de 12 representantes de los diversos sectores de la sociedad, que presentará ante la Asamblea Nacional para que ésta proceda a designar, por mayoría absoluta, 6 representantes, quienes integrarán la Comisión y actuarán como miembros de la misma, con derecho a voz y voto” (art. 4).

Se dispuso, además, que “para hacer efectivos los principios de publicidad y participación de la ciudadanía”, la Comisión debía implementar “dichos mecanismos a través de consultas y participación de las comunidades”, para lo cual debía instrumentar “mesas de diálogo donde estén representados los diversos sectores de la sociedad y con las cuales se consultarán y evaluarán las postulaciones recibidas” (art. 5). Esos representantes debían ser designados por la Comisión de listas que presentaran “las diversas organizaciones de la ciudadanía interesadas en participar en el proceso” (art. 6).

Las postulaciones recibidas para la designación de los integrantes del Poder Ciudadano regulados en la ley debían ser objeto de consulta pública a los efectos de que se presentasen ante el Comité los respaldos u objeciones fundadas (art. 7).

Como resultado del proceso, la Comisión debía elaborar una lista de postulados para ser sometida a la consideración de la Asamblea Nacional, para la designación definitiva (art. 9).

Basta leer dicha Ley Especial para evidenciar su inconstitucionalidad. Fue una burla a la Constitución y constituyó la confiscación del derecho a la participación política garantizado en forma expresa en el Texto Constitucional. Como consecuencia de ello, mediante sendos Acuerdos⁷¹⁴ la Asamblea Nacional designó al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo y al Contralor General de la República sin ajustarse a lo que disponía el artículo 279 de la Constitución. Ello provocó, como se ha dicho, que la Defensora del Pueblo, antes de ser sustituida, intentara una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Ley Especial ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la cual nunca fue decidida.

713 G.O. N° 37.077 de 14-11-00. Véase en general, Carlos Luis Carrillo Artilles, “El desplazamiento del principio de supremacía constitucional...”, *loc. cit.*, p. 86 y ss.

714 Publicados en G.O. N° 37.105 de 22-12-00.

En todo caso, la Asamblea Nacional sancionó en 2001 la Ley Orgánica del Poder Ciudadano⁷¹⁵, en la cual debió haber llenado el vacío legal que había justificado la llamada transitoriedad constitucional, y proceder a regular detalladamente la forma de integración del Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, para asegurar la participación ciudadana mediante su integración con representantes de diversos sectores de la sociedad. Sin embargo, de nuevo la Asamblea se negó a legislar, estableciendo en el artículo 23 de dicha Ley que los requisitos para la escogencia de los 25 integrantes del Comité “serán establecidos en el Ordenamiento Jurídico Interno del Consejo Moral Republicano”, confiscándose de nuevo el derecho ciudadano a la participación política.

4. *La Defensoría del Pueblo*

A. *Competencia*

La Defensoría del Pueblo⁷¹⁶ tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos (art. 280).

La actividad de la Defensoría del Pueblo, en todo caso se debe regir por los principios de gratuidad, accesibilidad, celeridad, informalidad e impulso de oficio (art. 283).

La competencia pública en materia de defensa de los derechos humanos ha sido considerada por la sala Constitucional como exclusiva de Poder Nacional y de la Defensoría del Pueblo, razón por la cual en sentencia N° 1182 de 11 de octubre de 2000 anuló las normas de la Constitución del Estado Mérida que había creado la figura del “Defensor de los Derechos”⁷¹⁷, y en sentencia N° 1395 de 7 de agosto de 2001 anuló las normas de la Constitución del Estado Aragua que había creado la figura del “Defensor del Pueblo de Aragua”⁷¹⁸.

B. *El Defensor del Pueblo*

a. *La designación y el período*

La Defensoría del Pueblo actúa bajo la dirección y responsabilidad del Defensor del Pueblo, quien debe ser designado por la Asamblea por un único período de siete años (art. 280). Esto implica que no puede ser reelecto.

715 G.O. N° 37.310 de 25 de octubre de 2001.

716 Véase en general, Gustavo Briceño Vivas, “El Defensor del Pueblo en la nueva Constitución. Análisis y crítica”, en *Revista de Derecho Público*, N° 82 (abril-junio). Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 57-69; Jesús M. Casal H., “La Defensoría del Pueblo en Venezuela”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3 (julio-diciembre). Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 345-358.

717 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 177 y ss.

718 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 192 y ss.

b. *Las condiciones*

Para ser Defensor del Pueblo conforme al artículo 280 de la Constitución, se requiere ser venezolano, mayor de treinta años. Sin embargo, el artículo 41 de la Constitución exige la nacionalidad venezolana por nacimiento y sin otra nacionalidad.

Además, para ocupar este cargo la Constitución exige que el designado tenga manifiesta y demostrada competencia en materia de derechos humanos y cumplir con las exigencias de honorabilidad, ética y moral que establezca la ley.

Las faltas absolutas y temporales del Defensor del Pueblo deben ser cubiertas de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

c. *Las atribuciones*

El artículo 281 precisa las siguientes atribuciones del Defensor del Pueblo:

1. Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento.
2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos.
Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley.
4. Instar al Fiscal o Fiscalía General de la República para que intente las acciones o recursos a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos o funcionarias públicas, responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos.
5. Solicitar al Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar respecto de los funcionarios públicos o funcionarias públicas responsables por la violación o menoscabo de los derechos humanos.
6. Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del público consumidor y usuario, de conformidad con la ley.
7. Presentar ante los órganos legislativos municipales, estatales o nacionales, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección progresiva de los derechos humanos.
8. Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección.
9. Visitar e inspeccionar las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, a fin de prevenir o proteger los derechos humanos.
Formular ante los órganos correspondientes las recomendaciones y observaciones necesarias para la mejor protección de los derechos humanos, para lo cual desarrollará mecanismos de comunicación permanente con órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos.
11. Promover y ejecutar políticas para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos.

d *La inmunidad*

El Defensor del Pueblo conforme al artículo 282, goza de inmunidad en el ejercicio de sus funciones y, por lo tanto, no puede ser perseguido, detenido, ni enjuiciado por actos relacionados con el ejercicio de sus funciones. En todo caso del enjuiciamiento del Defensor del Pueblo conocerá de manera privativa el Tribunal Supremo de Justicia.

C. *El régimen legal*

El artículo 283 de la Constitución remite a la ley para determinar lo relativo a la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo en el ámbito municipal, estatal, nacional, y especial. A comienzos de 2004 no se había dictado la Ley respectiva.

5. *El Ministerio Público*

A. *El Fiscal General de la República*

Conforme al Artículo 284, el Ministerio Público está bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal General de la República, quien ejerce sus atribuciones directamente con el auxilio de los funcionarios que determine la ley.

Para ser Fiscal General de la República se requieren las mismas condiciones de elegibilidad de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. El Fiscal General de la República debe ser designado para un período de siete años.

B. *Las atribuciones*

El artículo 285 define como atribuciones del Ministerio Público, las siguientes:

1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.
2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso.
3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.
4. Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley.
5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones.
6. Las demás que le atribuyan esta Constitución y la ley

Sin embargo, estas atribuciones no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que corresponden a los particulares o a otros funcionarios de acuerdo con la Constitución y la ley.

C. *El régimen legal*

El Artículo 286 de la Constitución también remite a la ley para determinar lo relativo a la organización y funcionamiento del Ministerio Público en el ámbito municipal, estatal y nacional, la cual debe, además, proveer lo conducente para asegurar la idoneidad, probidad y estabilidad de los fiscales del Ministerio Público. Asimismo, la ley debe establecer las normas para garantizar un sistema de carrera para el ejercicio de su función. El régimen del Ministerio Público está establecido en la Ley Orgánica del Ministerio Público⁷¹⁹.

6. *La Contraloría General de la República*

A. *Carácter*

La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control (art. 287)⁷²⁰. En 2001 se ha sancionado la Ley N° 59, sobre Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁷²¹.

B. *El Contralor General de la República*

Conforme al artículo 288, la Contraloría General de la República está bajo la dirección y responsabilidad del Contralor General de la República, quien debe ser venezolano, mayor de treinta años y con probada aptitud y experiencia para el ejercicio del cargo. Sin embargo, el artículo 41 de la Constitución exige para ser Contralor la nacionalidad venezolana por nacimiento sin otra nacionalidad.

El Contralor General de la República también debe ser designado para un período de siete años (art. 288).

C. *Las atribuciones*

Son atribuciones de la Contraloría General de la República, conforme al artículo 289 de la Constitución, las siguientes:

719 G.O. N° 5.262 Extraordinaria del 11 de septiembre de 1998.

720 Véase José Ignacio, Hernández G., "La Contraloría General de la República", *Revista de Derecho Público*, N° 83 (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 21-38.

721 G.O. N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

1. Ejercer el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como las operaciones relativas a los mismos, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos en el caso de los Estados y Municipios, de conformidad con la ley.
2. Controlar la deuda pública, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos en el caso de los Estados y Municipios, de conformidad con la ley.
3. Inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley.
4. Instar al Fiscal o Fiscala de la República a que ejerzan las acciones judiciales a que hubiere lugar con motivo de las infracciones y delitos cometidos contra el patrimonio público y de los cuales tenga conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones.
5. Ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetos a su control, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes.
6. Las demás que le atribuyan esta Constitución y la ley.

D. *El régimen legal*

La ley es la que debe determinar lo relativo a la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y del sistema nacional de control fiscal (art. 290). A tal efecto la Asamblea Nacional ha sancionado la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁷²², la cual en su artículo 9, sujeta a sus disposiciones y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, a los siguientes órganos y entidades:

1. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público nacional.
2. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público estatal.
3. Los órganos entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público en los distritos y distritos metropolitanos.
4. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público municipal y en las demás entidades locales previstas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.
5. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público en los territorios federales y dependencias federales.
6. Los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales.
7. El Banco Central de Venezuela.
8. Las universidades públicas.
9. Las demás personas de derecho público nacionales, estatales, distritales y municipales.
10. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquéllas.

722 G.O. N° 37.347 del 17 de Diciembre de 2001.

11. Las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos, o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuados en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren los numerales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto.
12. las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes o responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Tributario, o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores, o que reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos.

E. *El régimen de la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional*

En el Capítulo relativo a la Contraloría General de la República se consagra expresamente la existencia de la Contraloría General de la Fuerza Armada, así:

Artículo 291: La Contraloría General de la Fuerza Armada es parte integrante del sistema nacional de control. Tendrá a su cargo la vigilancia, control y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos afectos a la Fuerza Armada Nacional y sus órganos adscritos, sin menoscabo del alcance y competencia de la Contraloría General de la República. Su organización y funcionamiento lo determinará la ley respectiva y estará bajo la dirección y responsabilidad del Contralor o Contralora General de la Fuerza Armada quien será designado mediante concurso de oposición.

VI. EL PODER ELECTORAL

Otra innovación de la Constitución de 1999 fue elevar al rango constitucional al órgano de control electoral, como órgano del Poder Electoral, el cual conforme a la Constitución de 1961 (art. 113) sólo tenía rango legal. La misión esencial de los órganos del Poder Electoral es el garantizar la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional (art. 293)⁷²³. En 2002 se sancionó la Ley Orgánica del Poder Electoral⁷²⁴

723 Véase María A. Correa de Baumeister, "El Poder Ciudadano y el Poder Electoral en la Constitución de 1999", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 982-995; Rafael Méndez García, "Estudio del Poder Electoral (controles)", 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 II, pp. 355-383; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 517 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 203 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 265 y ss.

724 G.O. N° 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

1. *Los órganos*

El artículo 292 dispone que el Poder Electoral se ejerce por el Consejo Nacional Electoral como ente rector y, como organismos subordinados a éste, la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, con la organización y el funcionamiento que establece Ley Orgánica del Poder Electoral de 2002⁷²⁵

A. *Las atribuciones*

a. *La enumeración constitucional*

Las funciones del Poder Electoral se definen en el artículo 293 de la Constitución así:

1. Reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que éstas susciten o contengan.
2. Formular su presupuesto, el cual tramitará directamente ante la Asamblea Nacional y administrará autónomamente.
3. Emitir directivas vinculantes en materia de financiamiento y publicidad político-electorales y aplicar sanciones cuando no sean acatadas.
4. Declarar la nulidad total o parcial de las elecciones.
5. La organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos.
6. Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos electorales.
7. Mantener, organizar, dirigir y supervisar el Registro Civil y Electoral.
8. Organizar la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos y velar porque éstas cumplan las disposiciones sobre su régimen establecidas en la Constitución y la ley. En especial, decidirá 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.
9. Controlar, regular e investigar los fondos de financiamiento de las organizaciones con fines políticos.

b. *El registro Civil*

Una de las innovaciones constitucionales en cuanto a las competencias del Poder Electoral fue la de establecer la relativa a “mantener, organizar, dirigir y supervisar el Registro Civil y Electoral (ord. 7)”, lo que sin embargo no implica que sea sólo ese Poder el que tenga facultad para llevarlo en su totalidad. Así lo ha determinado la Sala

725 G.O. N° 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 2651 de 2 de octubre de 2003, en la cual precisó que la competencia en la materia debe distribuirse así:

-Todo lo relativo al manejo de libros y realización de los asientos corresponderá a las autoridades que determine el Código Civil, sea la primera autoridad civil o aquéllas que, por excepción, hagan sus veces. Quedan excluidos de poder en esta materia los Concejos Municipales, salvo en el aspecto ya indicado en el fallo, y los Registradores Principales.

-En la oportunidad en que corresponda según el Código, las autoridades competentes para llevar los libros deberán remitirlos a los Jueces de Primera Instancia en lo Civil, en cumplimiento estricto de las formas que ordena ese Código.

-Cumplida la labor judicial, esos mismos libros deben ir a la Comisión del Registro Civil y Electoral, parte del Poder Electoral, único con competencia para llevar el registro central.

-En ejercicio de esa competencia, además, dicha Comisión puede ejercer las facultades que establece la Ley Orgánica del Poder Electoral y los Alcaldes, como primeras autoridades civiles de los Municipios, deben mantener permanentemente informados a la Comisión, para que ésta pueda efectivamente cumplir con su cometido constitucional.

-El resto de los órganos con competencia en materia de registro civil y electoral a los que se refiere la Ley Orgánica del Poder Electoral cumplirán las funciones que ese texto les atribuye.

Por lo expuesto, esta Sala enumera las siguientes conclusiones, para dar respuestas a las interrogantes de los recurrentes:

1. A partir de la Constitución de 1999, el Registro Civil y Electoral, como registro único, es competencia del Poder Electoral, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral, a tenor de lo dispuesto en sus artículos 292 y 293, numeral 7.

2. Ahora bien, sin eliminar esa atribución, reconocida de manera expresa por el Texto Fundamental, que no la concede a ningún otro órgano, el legislador puede válidamente regular la manera como se llevará efectivamente ese Registro, es decir, la forma como se harán los asientos correspondientes a los diferentes aspectos de relevancia sobre el estado de las personas.

3. Para ello, bien puede mantener el sistema tradicional o instaurar uno nuevo. Actualmente ha escogido lo primero, según se ha indicado, por lo que los libros del Registro Civil corresponde llevarlos a la primera autoridad civil de los Municipios, quien deberá actuar de conformidad con el Código Civil y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

4. Como la primera autoridad civil de un Municipio es el Alcalde, de acuerdo con el artículo 174 de la Constitución, es él quien debe llevar los registros correspondientes, y ya no los Prefectos ni Jefes Civiles, antiguas primeras autoridades de Municipios y parroquias. Ello, sin perjuicio de las reglas para casos especiales que fijó el Código Civil.

5. Esa primera autoridad civil de los municipios, si bien anteriormente tenía el control total del Registro Civil, ahora debe actuar sólo como colaborador con el órgano que constitucionalmente tiene el poder de centralización del Registro: la Comisión de Registro Civil y Electoral, por lo que debe atenerse a lo que, al respecto, dispone la Ley Orgánica del Poder Electoral.

6. En consecuencia, los Estados, quienes los llevaban por medio de Prefectos y Jefes Civiles el Registro Civil, deben entregar los Libros respectivos -aquéllos que regula el Código Civil- a los Alcaldes, quienes, en lo sucesivo, actuarán de la manera como antes los hacían Prefectos y Jefes Civiles. Ello no excluye, según lo indicado,

la competencia para que otros funcionarios, en los casos expresamente ordenados por la ley, lleven libros especiales, tales como los de matrimonios en Concejos Municipales o ante otros funcionarios habilitados para presenciar esos actos. En todo caso, todos esos Libros pasan a ser centralizados por el Poder Electoral, y no deben ser entregados a los Registros Principales, pues las disposiciones al respecto se encuentran derogadas por la Constitución.

7. Está parcialmente derogado el artículo 447 del Código Civil, en lo que se refiere al establecimiento de un poder a cargo de los Concejos Municipales respecto del control de los libros de nacimientos, matrimonios y defunciones. De esta manera, no son los Concejos Municipales los que entregarán ahora a los Alcaldes los Libros respectivos. Además, esos Libros no necesitan ir firmados por el Presidente del Concejo Municipal, que no es otro que el propio Alcalde. En la actualidad los libros deben provenir de la Comisión de Registro Civil y Electoral y estar firmados por su Director. Por supuesto, ello no incluye el caso de los libros que ya están iniciados, preparados conforme a la normativa previa.

8. Los Alcaldes, recibidos los actuales Libros -que les entregarán los Estados, una vez recuperados de Prefectos y Jefes Civiles-, deberán de inmediato poner en conocimiento a la Comisión de Registro Civil y Electoral de toda la información contenida en ellos. Esa información deberá ser procesada por la referida Comisión y mantenerse continuamente actualizada, de manera de que no haya disparidad entre la información que reposa en los Libros que llevan los Alcaldes y la que mantiene la Comisión de Registro Civil y Electoral.

Esta Sala, en virtud de que el presente fallo fija una interpretación vinculante de normas constitucionales, ordena publicarlo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, por razones de seguridad jurídica, los efectos de la decisión comenzarán a surgir a partir de esa publicación, con lo que esta Sala reconoce expresamente la validez de los actos registrales realizados con anterioridad por prefectos y jefes civiles⁷²⁶.

c. La organización de las elecciones de organismos de la sociedad civil

Otra de las innovaciones constitucionales de importancia al regular el Poder Electoral, fue la atribución de la competencia para “organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley”, sí como la de poder “organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia” (art. 293,6).

Tal como lo ha señalado la referida Sala Electoral en sentencia N° 43 de 10-05-2000:

La creación del Poder Electoral no sólo tiene justificación por la atribución que le ha sido conferida de controlar y garantizar la organización, administración, dirección y vigilancia de los procesos electorales para la elección de los cargos públicos, aun cuando ello constituye gran parte de sus funciones, sino que, además, su creación se justifica en la medida que se le ha atribuido competencia para la organización de los procesos electorales de agrupaciones de la sociedad, destinados a la elección de cargos de representación popular, pues se ha reconocido irrestrictamente a la sociedad civil la posibilidad de asociarse y constituirse a través de distintas formas que aseguren la participación ciudadana de una forma organizada, como espacios creados para la defensa de in-

726 Interpretación de los artículos 292 y 293, numeral 7.

tereses a veces no solo de sus miembros sino también de la comunidad, constituyéndose en expresión de un sistema asociativo que procura la realización de un objetivo común, en cuya organización se prevé la elección de autoridades que rigen los destinos de tales asociaciones y en el que el Estado como interesado debe garantizar el respeto de la manifestación de voluntad de sus integrantes, como máxima expresión del sistema democrático”⁷²⁷.

Ahora bien precisamente con base en esa disposición constitucional (art. 293,6), la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia ha decidido numerosos casos en los cuales ha intervenido en el funcionamiento interno de diversas asociaciones civiles, en general, sin fines de lucro. Así ha sucedido por ejemplo, respecto de las asociaciones de vecinos, mediante la sentencia N° 61 de 29-05-01 (Caso: *Asociación de Residentes de la Urbanización La Trinidad*)⁷²⁸, en la cual la Sala consideró, que se trataba de una organización “que el mismo texto constitucional alude implícitamente como “sociedad civil”, pudiendo solicitar al Consejo Nacional Electoral su intervención para organizar sus elecciones.”

También ha sucedido respecto de los Clubes sociales, como se ha resuelto en sentencia de 01-11-2000⁷²⁹, (Caso: *Asociación Civil Club Campestre Paracotos*), en la cual la Sala, al conocer de acción de amparo constitucional contra el Reglamento Electoral dictado por la Comisión Electoral de dicho Club, consideró que el mismo era una sociedad “comprendida entre aquellas organizaciones que el mismo texto constitucional refiere de la “sociedad civil” y que como entes de carácter estatutario, constituidos libremente por sus miembros, pueden darse su organización, normativa y gobierno, con las garantías constitucionales debidas que permitan su participación directa en las decisiones que le interesan a todos sus integrantes y entre ellas, la escogencia de sus autoridades a través de sistemas democráticos de participación, pudiendo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 293, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, solicitar al Consejo Nacional Electoral su intervención para organizar sus elecciones”.

En cuanto a otras asociaciones civiles como son las de empresas de carácter industrial o comercial, constituidas como “Cámaras”, la Sala Electoral, en sentencia N° 18⁷³⁰, de 15-02-01 (Caso: *Cámara de Comercios e Industrias del Estado Aragua*), consideró que la Asociación Civil “Cámara de Comercios e Industrias del Estado Aragua” en virtud de sus objetivos de “impulsar el desarrollo económico y el progreso social de la región propiciando el esfuerzo conjunto de los sectores que la integran”, así como “la defensa y el fortalecimiento de la libre iniciativa y la libertad de empresa”, constituye un mecanismo de participación indirecta -en lo económico y social- de un sector de la ciudadanía (comerciantes e industriales) en la vida societaria nacional, por lo que “aun teniendo la referida Asociación Civil una naturaleza jurídica de derecho privado, sus fines trascienden al mero interés particular”. Por ello, la Sala consideró que era “procedente incluirla como una de las organizaciones de la “sociedad civil” enunciadas implícitamente en el artículo 293, numeral 6 de la Constitución, a los fines contenidos en dicha norma”, razón

727 Véase Exp. 0043.

728 Exp. 000064.

729 Exp. 0115.

730 Exp. 000017.

por la cual declaró su competencia para conocer de la impugnación de los actos electoral dictados por dicha Cámara “independientemente de la naturaleza del ente del cual emanan los mismos”⁷³¹.

Pero en otros casos más emblemáticos, la Sala Electoral ha admitido la intervención obligatoria del Consejo Nacional Electoral en los procesos electorarios de asociaciones civiles de profesores universitarios, como la de la Universidad Central de Venezuela, dándole el mismo tratamiento que a los Colegios Profesionales, que son los gremios profesionales creados por ley al establecerse la colegiación obligatoria para el ejercicio de una profesión liberal. En efecto, en sentencia de 19-05-2000, N° 52, la Sala hizo interpretó lo que la Constitución quiso identificar al referirse a los “gremios profesionales” en la norma constitucional del artículo 293,6, a los efectos de “dilucidar si efectivamente la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, debió ser considerada como gremio profesional y en consecuencia ser objeto de regulación por dichas disposiciones”⁷³².

Para ello, la Sala partió de la consideración de que si bien no existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición predeterminada de gremios profesionales, consideró que cuando nuestra legislación ha empleado tal expresión, lo ha hecho atendiendo a la definición de Manuel Osorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, como “un conjunto de personas que desempeñan un mismo oficio o profesión, y que se aúnan para defender sus intereses comunes y lograr mejoras también de carácter común”. La Sala concluyó, después de hacer referencia al sentido medieval del término, que los gremios fueron y son aún, “instituciones constituidas por el acuerdo autónomo, libre de los individuos que tienen el mismo oficio o que ejercen idéntica profesión, que no pueden ser vistas en un solo orden, pues su contenido, constitución, organización, atribuciones y características varían, en atención al ordenamiento jurídico de cada país y a la voluntad autónoma de sus asociados que deciden constituirlo”.

La Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, recurrente en ese caso, había argumentado que la expresión “gremio profesional” utilizada en la Constitución sólo identificaba a los Colegios Profesionales, ante lo cual la Sala señaló:

Si bien los hoy conocidos Colegios Profesionales, revisten el carácter gremial, ellos no resultan su única expresión, dado que también puede comprender otras asociaciones que sin ser creadas por disposición expresa de la ley, como es el caso de los Colegios Profesionales, lo son aun cuando hayan sido creadas bajo formas del derecho civil, que cumplen el mismo fin. Lo fundamental para que determinadas asociaciones se les reconozca el carácter gremial, no es su forma de constitución, pues no hay una sola, sino los fines de la asociación, los cuales deben abarcar a todos sus integrantes vinculados entre sí por la misma profesión u oficio.

Considera necesario esta Sala destacar que resulta incorrecto establecer una sinonimia entre los términos “gremios profesionales” y “colegios profesionales”. Debe entenderse que el primero está signado por su condición de género y, el segundo constituye una

731. Esta jurisprudencia fue ratificada por la misma Sala, según sentencia N° 162, Exp. 2002-000077 de 17-10-02 (Caso: *Cámara de Comercio e Industrias del Estado Bolívar*).

732. Exp. 0038. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 232 y ss.

especie de aquél, es decir, el concepto de gremio profesional no se agota en el de colegios profesionales, antes bien, éste sólo abarca una parcela de aquél. Por tal razón, cuando los textos normativos aluden a la noción de gremios profesionales no debe considerarse que está regulando únicamente a los colegios profesionales, debe entenderse al vocablo gremio en su sentido lato. Así lo evidencia el propio texto Constitucional al referirse a una modalidad específica de los gremios profesionales en su artículo 105 al señalar: “La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación”.

En virtud de lo anterior, la Sala concluyó señalando que cuando la Constitución en su artículo 293, 6 se refiere a la competencia del Poder Electoral para organizar las elecciones, entre otros de los “gremios profesionales”, está “haciendo alusión no exclusivamente a los Colegios Profesionales, sino además a aquel conjunto de personas que en su condición de profesionales, se aúnan para defender sus intereses comunes y lograr mejoras también de carácter común, independientemente de que su conformación no sea por disposición expresa de la ley, sino por acuerdo común de sus integrantes, bajo una forma de derecho privado”. Dentro de ellas, la Sala Electoral precisamente incluyó a las asociaciones que se establecen en el seno de las Universidades, conformadas por los profesionales en diversas disciplinas o áreas del conocimiento que integran la institución en su condición de docentes, en la que no participan personas que no tengan tal carácter. En el caso de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, la Sala señaló que aun cuando fue “constituida bajo la forma jurídica de una asociación civil sin fines de lucro, conforme al derecho civil, su objetivo ha sido orientado por el respecto de sus integrantes en el ámbito universitario, como dependientes directos de esa Casa de Estudios, bajo una misma condición: *profesor* y que de acuerdo a su Acta Constitutiva y sus estatutos cumple un papel fundamental de interés común a sus asociados, como lo es la lucha por la dignidad, el bienestar, la protección social, la estabilidad y el escalafón de todo el profesorado universitario, es decir, la obtención de beneficios específicos en el ámbito laboral”; la misma desempeña actividades de carácter gremial, constituyendo por tanto, un gremio profesional, razón por la cual “por disposición constitucional le compete al Consejo Nacional Electoral, organizar” sus procesos comiciales para las elecciones de sus autoridades directivas. En definitiva, la Sala Electoral concluyó señalando que “la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (APUCV) es un gremio profesional, que sin perder su condición de asociación civil sin fines de lucro, se encuentra sometida, cuando realiza procesos eleccionarios, a la normativa dictada por el Poder Electoral”⁷³³.

B. *La independencia y autonomía*

El artículo 294 establece que los órganos del Poder Electoral se rigen por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios.

En particular, como consecuencia de la “despartidización” de los órganos del Poder Electoral, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N°

733 *Idem*.

71 de 23 de junio de 2000 consideró que los artículos 75 y 76 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política quedaron tácitamente derogados por la Constitución en lo que se refiere al derecho que tenían los partidos políticos para designar representantes ante el máximo organismo electoral⁷³⁴. En esa misma sentencia y en otras anteriores y posteriores, la Sala sin embargo, aclaró que esa despartidización “no comporta la necesaria exclusión de todo tipo de mecanismo de participación de los partidos políticos en los procesos electorales”⁷³⁵.

C. *El Consejo Nacional Electoral*

a. *La integración y postulación de candidatos*

El artículo 296 exige que el Consejo Nacional Electoral debe estar integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellos serán postulados por la sociedad civil, uno por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales, y uno por el Poder Ciudadano.

Los tres integrantes postulados por la sociedad civil deben tener seis suplentes en secuencia ordinal, y cada designado por las Universidades y el Poder Ciudadano tendrán dos suplentes, respectivamente.

b. *El Comité de Postulaciones*

El artículo 295 de la Constitución crea un Comité de Postulaciones Electorales de candidatos a integrantes del Consejo Nacional Electoral, el cual debe estar “integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley”. La Ley Orgánica sin embargo, no ha respetado la exigencia constitucional, y lo que ha establecido ha sido una “comisión parlamentaria” ampliada con el nombre de Comité de Postulaciones. En efecto, el artículo 19 de la Ley Orgánica dispuso que el “Comité de Postulaciones Electorales está integrado por veintiún (21) miembros, de los cuales once (11) son Diputadas o Diputados designados por la plenaria de la Asamblea Nacional con las dos terceras (2/3) partes de los presentes, y diez (10) postuladas o postulados por los otros sectores de la sociedad”, con lo que se confiscó el derecho a la participación política de los diversos sectores de la sociedad civil de integrar en forma exclusiva el Comité de Postulaciones. Al contrario, violándose la norma constitucional, se conformó un “Comité” con mayoría de diputados los cuales por ser parte del Poder Legislativo, no son parte de la sociedad civil, tal y como la ha definido la propia Sala Constitucional.

734 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 236 y ss.

735 Véase las sentencias de la Sala Electoral N° 10 de 25-02-2000 en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 170 y ss. y N° 7 de 05-02-2001 en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 188 y ss.

c. *La designación y duración*

Los integrantes del Consejo Nacional Electoral son designados por la Asamblea Nacional con el voto de las 2/3 partes de sus integrantes. Los integrantes del Consejo Nacional Electoral escogerán de su seno a su Presidente, de conformidad con la ley.

Los integrantes del Consejo Nacional Electoral durarán siete años en sus funciones y serán elegidos por separado: los tres postulados o postuladas por la sociedad civil al inicio de cada período de la Asamblea Nacional, y los otros dos a la mitad del mismo (art. 296).

Debe señalarse que el 22 de enero de 2003, con ocasión de la presentación ante el Consejo Nacional Electoral de más de tres millones de firmas respaldando la solicitud de convocatoria a un referendo consultivo sobre la renuncia del Presidente de la República, la Sala Electoral del Tribunal Supremo no sólo ordenó por vía cautelar al Consejo Nacional Electoral abstenerse de convocar referendo alguno, sino que le ordenó no sesionar con la participación Leonardo Pizani, un miembro que la Asamblea Nacional había designado en 2000, con lo que se paralizó el funcionamiento del máximo órgano electoral, habiendo quedado en suspenso el derecho a la participación política. Un año y dos meses después, el 19 de marzo de 2003, la misma Sala Electoral desincorporó de su cargo al Sr. Pizani, con lo que se paralizó el efectivo funcionamiento del órgano por falta del quórum requerido para determinadas decisiones. La Ley Orgánica del Poder Electoral se había sancionado en noviembre de 2002, pero aún constituido el inconstitucional Comité de Postulaciones, sin embargo, la Asamblea Nacional no pudo lograr acuerdos para la designación de los integrantes del Consejo Nacional Electoral. Ante la Sala Constitucional se ejercieron diversos recursos contra la omisión de la Asamblea Nacional en designar a los Rectores del Consejo Nacional Electoral, lo que motivó la emisión de la sentencia de 4 de agosto de 2003 (*Caso: Hermann Escarrá Malavé y otros*) mediante la cual instó a la Asamblea a hacer las designaciones de los Rectores del Consejo Nacional Electoral, con una serie de lineamientos. La persistente omisión de la Asamblea Nacional, originó la otra sentencia de la misma Sala Constitucional de 25 de agosto de 2003, no sólo designando a los Rectores del Consejo Nacional Electoral, sino eligiendo su directiva y nombrando otros funcionarios titulares de órganos subordinados del Cuerpo. El Tribunal Supremo de Justicia, en esta forma, en una sentencia que excede la que podría dictar para suplir las omisiones del legislador, en definitiva, pretendió llenar el vacío institucional que ella misma había creado, al impedir el funcionamiento del órgano electoral.

d. *La remoción de sus integrantes*

Los integrantes del Consejo Nacional Electoral pueden ser removidos por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia (art. 296).

D. *La organización del Poder Electoral*

La Junta Nacional Electoral, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, deben ser presididas cada una por un integrante postulado por la sociedad civil (art. 296).

SÉPTIMA PARTE

LA CONSTITUCIÓN DE LAS PERSONAS: LOS DERECHOS, LIBERTADES Y DEBERES

Así como la Constitución regula la organización del Estado mediante sistemas de distribución y división o separación del Poder Público (parte orgánica); la Constitución tiene por objeto regular el estatuto de las personas y de la Sociedad Civil y sus relaciones con el Estado. Ello se concreta en el régimen de los derechos⁷³⁶ y deberes constitucionales de las personas (parte dogmática), en el cual se establece esa relación Estado-Sociedad.

En esta materia de los derechos constitucionales⁷³⁷ y, en particular, en relación con los derechos humanos, sin duda, la Constitución de 1999 es un texto en el cual se han incorporado notables innovaciones signadas por el principio de la progresividad de la protección de los derechos humanos, muchas de las cuales fueron in-

736 Véase en general, Josefina Calcaño de Temeltas, "Notas sobre la constitucionalización de los Derechos Fundamentales en Venezuela", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I. Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2489-2535; y Germán J. Bidart Campos, "¿La incorporación constitucional de un sistema de derechos es una respuesta iusnaturalista o positivista?", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2483-2487; Rafael Ortiz-Ortiz, "Los Derechos Humanos en la República Bolivariana de Venezuela. Apreciaciones generales y principios orientadores de su ejercicio", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo*, N° 1, Valencia, 2002, pp. 339-369; Agustina Y. Martínez, "Los Derechos Humanos en la Constitución Venezolana: consenso y disenso", en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 549-572; Élida Aponte Sánchez, "Los Derechos Humanos: fundamentación, naturaleza y universalidad", en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 85-108; Yolanda Jaimés Guerrero, "Derechos Humanos con perspectiva de género en la Constitución venezolana", en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 5, Caracas, 2002, pp. 73-86; y Roquefélix Arvelo Villamizar, *El estatuto del contribuyente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999*. Paredes Editores, Caracas, 2000.

737 Sobre una supuesta distinción entre derechos constitucionales y derechos fundamentales, más propia de las constituciones europeas como las de Alemania y España, que de la venezolana, véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 24-05-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 323.

corporadas a propuesta nuestra al texto del Capítulo I sobre Disposiciones Generales del Título IV sobre los Deberes, Derechos Humanos y Garantías⁷³⁸. Sin embargo, en la materia también ha habido notables regresiones específicas, como la eliminación del derecho de protección a las personas desde la concepción, a la violación de la reserva legal como garantía de los derechos por la previsión de la delegación legislativa al Ejecutivo, y de las regulaciones excesivamente paternalistas y estatistas en el campo de los derechos sociales, en las cuales se ha marginado a la sociedad civil.

I. EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *El principio de la progresividad y la no discriminación*

El artículo 19 de la Constitución de 1999 comienza el Título relativo a los Deberes, Derechos y Garantías Constitucionales, disponiendo que el Estado debe garantizar a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

El respeto y garantía de los derechos, por tanto, son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

Se establece así, en primer lugar, la garantía estatal de los derechos humanos, conforme al principio de la progresividad⁷³⁹, lo que implica necesariamente que la interpretación de las normas correspondientes y cualquier revisión constitucional futura debe realizarse de manera más favorable al ejercicio y goce de los derechos y, además, conforme al principio de la no discriminación. Sobre este principio, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, citando el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sentencia N° 1154 de 29 de junio de 2001, ha indicado que “en razón del cual resulta menester la adecuación del ordenamiento jurídico para asegurar la efectividad de dichos derechos, no siendo posible la excusa de la inexistencia o no idoneidad de los recursos consagrados en el orden interno para la protección y aplicación de los mismos”⁷⁴⁰.

Sobre el mismo principio de la progresividad, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 1 de junio de 2000 (Caso: *Julio Roco A.*) ha argumentado que el mismo:

Se refiere a la obligación que tiene el Estado de incorporar al ordenamiento jurídico el reconocimiento de todos y cada uno de los derechos humanos consagrados tanto en su texto constitucional, como en los instrumentos internacionales que versen sobre la ma-

738 Véase 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, pp. 77 a 115.

739 Véase en relación con el proceso penal: Carmelo Borrego, *La Constitución y el proceso penal*. Livrosca C.A., Caracas, 2002, pp. 3 y ss.; 57 y ss.

740 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, (En prensa).

teria, es decir este principio define la obligación de los Estados de reconocer y velar por la defensa de los derechos humanos de manera consecutiva, con el objeto de garantizar el disfrute y goce de tales derechos en la medida que los mismos han sido considerados como inherentes a la condición humana afirmando pues la condición de la dignidad humana frente al Estado y definiendo la actividad de los poderes públicos al servicio del ser humano.

Es tal la importancia de este principio que su aplicación obliga a los estados a actualizar su legislación en pro de la defensa de los derechos humanos y en aras de dignificar la condición humana, adaptando la interpretación de las normas “*a la sensibilidad, pensamiento y necesidades de los nuevos tiempos*” a fin “*de ponerlas a tono con el nuevo orden establecido y para rechazar todo precepto anacrónico que se opongo a su efectiva vigencia*”.

En este orden de ideas, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 44 reconoce el derecho a la libertad y sólo consiente en casos muy claros y definidos las excepciones a dicho principio, comentado *supra*, lo cual en concordancia con el principio de progresividad obliga al Estado Venezolano a reconocer en el ordenamiento jurídico existente la primacía del derecho a la libertad, en los términos definidos y previstos por la Constitución, so pena de inconstitucionalidad de la norma en el caso de que esto no ocurra.

En relación con lo anteriormente expuesto, existe un deber para el Juez Contencioso Administrativo, de interpretar todo el ordenamiento jurídico a la luz del Derecho de la Constitución mas aún actuando en ejercicio de la jurisdicción constitucional de amparo, lo que quiere decir también, que hay que interpretar el ordenamiento de manera congruente con los derechos fundamentales o derechos humanos, que deben respetarse por encima de todo, realizando una interpretación de manera progresiva e integral⁷⁴¹.

El artículo 19, además, en segundo lugar establece la norma la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos no sólo conforme a la Constitución y a las leyes sino también, conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República, los cuales, por tanto, se han incorporado definitivamente en el orden constitucional interno.

2. *El principio de la libertad*

Al igual que en el artículo 43 de la Constitución de 1961, el artículo 20 de la Constitución de 1999 consagra el principio de la libertad, como fundamento de todo el sistema en la materia, al establecer que:

Artículo 20. Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.

Como se señaló en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961, esta norma “sustituye el enunciado tradicional de que todos pueden hacer lo que no perjudique a otro y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordene ni impedido de ejecutar lo que ella no prohíba”.

741 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 287 y ss.

El límite al ejercicio de los derechos que derivan del concepto de libertad, en todo caso, está establecido por el derecho de los demás y por el orden público y social; limitaciones que sólo pueden establecerse en las leyes, dada la garantía constitucional de la reserva legal. Las limitaciones derivadas del orden público o social originan la actividad de policía administrativa.

3. *La cláusula abierta de los derechos humanos, la preeminencia de los mismos y su aplicación inmediata*

Los derechos humanos garantizados y protegidos conforme a la Constitución, no sólo son los enumerados en su texto, sino todos los demás que sean inherentes a la persona humana, entre los que se destacan los denominados derechos de la personalidad⁷⁴². Así se establecía en el artículo 50 de la Constitución de 1961 lo que permitió, conforme a dicha norma, a que la jurisprudencia incorporara con rango constitucional, muchos derechos humanos no enumerados en el texto constitucional⁷⁴³; cláusula que se recoge, ampliada, en el artículo 22 de la Constitución de 1999, así:

Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

La ampliación de la cláusula deriva de la referencia a los derechos y garantías no enunciados no sólo en la Constitución sino en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, lo cual no puede entenderse como negación a los que sean inherentes a la persona humana⁷⁴⁴.

742 Véase en general, Agustina Yadira Martínez e Innes Faria Villarreal, "La Cláusula Enunciativa de los Derechos Humanos en la Constitución venezolana", en *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 3, Caracas, 2001, pp. 133 a 151; Rafael Ortiz-Ortiz, "Los derechos de la personalidad como derechos fundamentales en el nuevo orden constitucional venezolano", en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 39-82; María C. Domínguez Guillén, "Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 119. Caracas, 2000, pp. 17-44; María Candelaria Domínguez Guillén, "Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad", *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 7, Caracas, 2002, pp. 49 a 311.

743 El último ejemplo importante fue la definición del derecho a la participación política como derecho inherente a las personas en la sentencia de la Corte Suprema del 19-01-99 que abrió la vía constitucional hacia la convocatoria y elección de la Asamblea Nacional Constituyente. Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 41.

744 Véase en general, Véase Germán J. Bidart Campos, "Los derechos no enumerados en la Constitución", en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 225-234; Agustina Y. Martínez; Innes Faria V, "La cláusula enunciativa de los Derechos Humanos en la Constitución venezolana", en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 3, Caracas, 2001, pp. 111-151.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha hecho especial énfasis en la noción de preeminencia de la dignidad y los derechos de la persona, considerando en sentencia N° 224 de 24 de febrero de 2000, que:

Este núcleo material axiológico, recogido y desarrollado ampliamente por el Constituyente de 1999, dada su posición preferente, *representa la base ideológica que sustenta el orden dogmático de la vigente Constitución, imponiéndose al ejercicio del Poder Público y estableciendo un sistema de garantías efectivo y confiable*. De allí que todo Estado Constitucional o Estado de Derecho y de Justicia, lleva consigo la posición preferente de la dignidad humana y de los derechos de la persona, la obligación del Estado y de todos sus órganos a respetarlos y garantizarlos *como objetivo y finalidad primordial* de su acción pública...

La Constitución venezolana de 1999 consagra la preeminencia de los derechos de la persona como uno de los *valores superiores* de su ordenamiento jurídico y también refiere que su defensa y desarrollo son uno de *los fines esenciales* del Estado (Art. 2 y 3)⁷⁴⁵.

Se destaca, además, que al final de la norma del artículo 22 de la Constitución se dispone que “La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”, sobre lo cual la Sala Constitucional en sentencia N° 723 de 15 de mayo de 2001, señaló que “en razón del carácter operativo de las disposiciones relativas a los derechos humanos, la aplicación de los mismos, sin menoscabo de la integración de la regulación internacional con la interna, no puede estar condicionada a la existencia de una ley que los desarrolle; antes por el contrario, la falta de instrumento jurídico que los reglamente, no menoscaba su ejercicio, por cuanto tales derechos “son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público” (artículos 22 y 23 de Texto Fundamental)”⁷⁴⁶.

4. *La jerarquía constitucional de los Tratados internacionales sobre derechos humanos*

Una de las importantes innovaciones de la Constitución de 1999 en esta materia, ha sido el otorgarle rango constitucional a los Tratados internacionales sobre derechos humanos, siguiendo los antecedentes de la Constitución del Perú de 1979 (art. 105) y de la Constitución Argentina de 1994 (art. 75) y la orientación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sentada en la sentencia de declaratoria de nulidad de la Ley de Vagos y Maleantes de 14 de octubre de 1997⁷⁴⁷. Estos antecedentes nos llevaron a proponer la inclusión de una norma⁷⁴⁸, que quedó redactada así:

745 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 2000, pp. 131 y ss.

746 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001.

747 Véase en Humberto J. La Roche, *Ensayos de Derecho Constitucional*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2002, pp. 223 y ss.; Carlos M. Ayala Corao, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre Derechos Humanos por la jurisprudencia constitucional”, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 153-224.

748 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 111 a 115.

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 favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Se destacan, de esta disposición, los siguientes aspectos: primero, la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos⁷⁴⁹; segundo, la aplicación prevalente de los mismos en relación con la Constitución y las leyes, si establecen normas más favorables; y tercero, la aplicación inmediata y directa de los mismos por los órganos que ejercen el Poder Público.

Sobre esta norma constitucional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 1942 de 15 de julio de 2003 (Caso: Impugnación de artículos del Código Penal, sobre “leyes de desacato”) sentó los siguientes criterios interpretativos excluyendo de dicha prevalencia a “los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales”:

En materia de derechos humanos, adquieren rango constitucional, equiparadas a normas contenidas en la Constitución, las disposiciones de los Tratados, Pactos y Convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela que resulten más favorables a las establecidas en nuestra Carta Magna o en las leyes nacionales. Así, dichas normas, producto de acuerdos escritos celebrados entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, se incorporan al derecho interno.

A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos.

Dichas disposiciones, al igual que la Constitución, se aplican en Venezuela inmediata y directamente, siempre que sean más favorables para las personas, que los derechos constitucionales, o los derechos humanos contemplados en nuestras leyes; y muchas veces ante antinomias o situaciones ambiguas entre los derechos contenidos en los instrumentos internacionales señalados y la Constitución, corresponderá a la Sala Constitucional interpretar cuál es la disposición más favorable.

Repite la Sala, 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.

749 Véase en general, Carlos M. Ayala Corao, “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a Derechos Humanos y sus consecuencias”, 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. 167-240; y Lorena Rincón Eizaga, “La incorporación de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno a la luz de la Constitución de 1999”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 119, Caracas, 2000, pp. 87-108.

Al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es esta Sala Constitucional, 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.

Resulta así 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.

Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, 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.

Lo declarado inmediatamente no contradice el artículo 31 constitucional, que está referido al derecho de toda persona a dirigir peticiones o quejas a los organismos internacionales reconocidos por la República, conforme a los tratados, pactos o convenios suscritos por ella, a fin que sean amparados por ellos en sus derechos humanos⁷⁵⁰.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de aplicar esta norma en relación con al derecho de las personas a recurrir de los fallos. En efecto, en sentencia de 14 de marzo de 2000 (Caso: *C.A. Electricidad del Centro y C.A. Electricidad de los Andes*), en relación con la limitación que establece el artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia respecto de la apelación de fallos de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, estableció lo siguiente:

Según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en la Constitución y la ley (artículo 49, numeral 1). Esta disposición se halla precedida por otras, según las cuales, la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso (artículo 49, numeral 1, encabezamiento), y la justicia, así como la preeminencia de los derechos humanos, forman parte de los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 2).

La consideración en conjunto de las disposiciones que anteceden autoriza a reconocer que, si bien el derecho a la defensa forma parte del radical derecho a la justicia, si bien el derecho a recurrir del fallo forma parte del derecho a la defensa, y si bien éste es inviolable en todo estado y grado del proceso, la Constitución y la ley pueden limitar, por excepción, el citado derecho a recurrir del fallo. Sería el supuesto de la negativa a oír recurso que contempla el ya citado artículo 185, último aparte, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, supuesto constitutivo de una limitación excepcional al ejercicio al derecho a la defensa... (*omissis*).

750 Véase los comentarios sobre esta sentencia en Alberto Arteaga Sánchez et al, *Sentencia 1942 vs. Libertad de expresión*, Caracas 2004.

Cabe interpretar que la norma de la convención -artículo 8, numerales 1 y 2, literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- es más favorable al goce y ejercicio del citado derecho, puesto que consagra el derecho de toda persona a ser oída, no sólo en la sustanciación de cualquier acusación penal, sino también en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; **establece el derecho a recurrir del fallo, sin excepción alguna; le atribuye la naturaleza de garantía mínima; otorga su titularidad a toda persona, con independencia de su condición en el proceso; y establece que el titular del citado derecho ha de ser tratado bajo el principio de igualdad plena**⁷⁵¹.

En igual sentido, la Sala Constitucional, en relación con las condiciones de recurribilidad de los fallos de menor cuantía establecidos en el artículo 891 del Código de Procedimiento Civil, resolvió en sentencia N° 328 de 9 de marzo de 2001 que la señalada norma del artículo 8, numerales 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos contiene una disposición más favorable, en cuanto al derecho de la recurribilidad de los fallos y a la doble instancia⁷⁵².

II. LOS DERECHOS INDIVIDUALES

El Capítulo IV del Título III de la Constitución se destina a regular “los derechos civiles”, los que, en realidad, en castellano y conforme a la tradición constitucional venezolana, son los *derechos individuales*⁷⁵³. En realidad, la expresión “derechos civiles” es una traducción de la expresión en inglés, “*civil rights*” que se incorporó en la traducción al español del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, que es ley en la República⁷⁵⁴.

1. *El derecho a la vida*

En igual forma que en el artículo 58 de la Constitución de 1961, el artículo 45 de la Constitución 1999, regula, el derecho a la vida así:

751 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 157-158; citada también en sentencia de la misma Sala N° 328 de 9-03-2001 en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001. La sala Político Administrativa del Tribunal Supremo interpretó y desarrolló el criterio establecido por la Sala Constitucional en relación con la inaplicabilidad del Artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en sentencia N° 802 de 13-04-2000 (Caso *Elecentro vs. Superintendencia Procompetencia*), en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 270.

752 *Idem*. Véase además en sentido similar la sentencia N° 449 de 27-03-2001 de la Sala Político Administrativa (Caso: *Dayco de Construcciones vs. INOS*) en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001. La Sala Político Administrativa, por su parte, ha negado la prevalencia del Artículo 8 de la Convención Americana en caso de solicitudes formuladas por parte de personas jurídicas, al entender que la misma se refiere a derechos humanos de las personas naturales. Véase sentencia N° 278 de 01-03-2001 en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001.

753 Véase la denominación desde la Constitución de 1858 en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas, 1997, p. 488; y Allan R. Brewer-Carías, *Los Derechos y garantías constitucionales*, Tomo IV, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, pp. 53 y ss.

754 Véase en *Gaceta Oficial*, N° 2146 Extraordinario de 28-01-78.

Artículo 43. El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla.

En la Constitución de 1999, sin embargo, se reforzó la previsión de este derecho, obligándose en particular al Estado a proteger “la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma”.

En la discusión de este artículo en la Asamblea, hubo polémica al proponerse se agregara el derecho a la inviolabilidad de la vida, “a partir de la concepción”. En realidad, en nuestro criterio, esta protección correspondía al artículo destinado a la protección del niño, donde debió haberse regulado⁷⁵⁵.

2. *El derecho al nombre y a la identificación*

El contenido del artículo 56 de la Constitución es una innovación constitucional, al regular no sólo el derecho al nombre sino al registro civil, así:

Artículo 56. Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad.

Todas las personas tienen derecho a ser inscritas gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Estos no contendrán mención alguna que califique la filiación.

3. *El derecho a la inviolabilidad de la libertad personal*

El artículo 44 de la Constitución declara que “la libertad personal es inviolable” y en consecuencia consagra los siguientes derechos y garantías:

A. *Garantías ante el arresto o detención*

En el ordinal 1° del artículo 44 se garantiza que ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida *in fraganti*. En este caso debe ser llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de 48 horas a partir del momento de la detención.

Por otra parte, se precisa en la Constitución que las personas tienen derecho a ser juzgadas en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez en cada caso.

En todo caso, la constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad del detenido no causa impuesto alguno.

La Constitución de 1999 con esta norma ha cambiado sustancialmente el principio equivalente previsto en el ordinal 1° del artículo 60 de la Constitución de

755 Véase nuestra posición en torno a este artículo 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, pp. 149 y ss.

1961, al establecer no sólo la garantía adicional de que las personas deben ser juzgadas en libertad, de lo cual deriva que la detención judicial de las personas procesadas no es la regla sino la excepción; sino la reserva de la medida excepcional de privación de la libertad a la autoridad judicial.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha analizado esta norma en sentencia de 1 de junio de 2000 (Caso: *Julio Rico A.*), apreciando lo siguiente sobre la reserva de la materia a la autoridad judicial:

Del estudio de la norma transcrita, podemos identificar una diferencia de gran importancia con respecto al texto constitucional anterior, la cual se produce en el hecho de que ambas normas parten de supuestos distintos. La Constitución derogada se refería de manera amplia al funcionario del cual emanaba la orden, en tal sentido la amplitud la entendíamos en el mandato conferido al legislador para definir o determinar los funcionarios que eran competentes para dictar una orden que restringiera la libertad. En la Constitución Vigente se observa como se refiere el precepto constitucional a la función judicial, entendiéndola como una manifestación de las injerencias del Estado en ejercicio de potestades jurisdiccionales, pero que en virtud de su naturaleza sólo puede ser ejercida por los órganos del Poder Judicial en ejercicio de funciones judiciales, quedando excluidas de esta manera los mandatos de órganos del Poder Judicial en ejercicio de funciones de Estado distintas a la judicial, entendiéndose administrativas.

De lo antes dicho podemos concluir que a la luz de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sólo puede producirse el arresto o la detención, cuando la medida que lo ordena es judicial, quedando pues excluidos de la mencionada norma los arrestos o detenciones ordenados en atención a una función administrativa, como sería en el caso en estudio la orden de arresto impuesta por un juez a un abogado en ejercicio de la facultad disciplinaria con lo cual no se pretende eliminar la potestad disciplinaria que posee el juez, sino proteger en razón del mandato constitucional el derecho a la libertad⁷⁵⁶.

En cuanto a la excepcionalidad de la medida de privación de la libertad, aún por la autoridad judicial, la Sala Constitucional ha concluido señalando que de las normas constitucionales (art. 44,1 y 45):

Se desprende la afirmación y el resguardo de la libertad de todo ciudadano como principio básico de un estado democrático de derecho. Así pues, nuestro sistema procesal penal establece la regla general de ser juzgado en libertad durante el proceso seguido por la presunta comisión de un hecho punible, hasta tanto sea dictada la decisión del órgano jurisdiccional que declare, según el caso, la culpabilidad o no del imputado.

De tal modo, que "la privación de libertad es una medida cautelar, que -a diferencia del anterior régimen inquisitivo- sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso" (artículo 252 del Código Orgánico Procesal Penal). De tal manera, que dicha medida cautelar -privación de libertad- tiene un carácter excepcional, por consiguiente, de interpretación restrictiva, por cuanto sólo es procedente por las razones previstas taxativamente en la ley.

Por ello, cualquier interpretación extensiva de las disposiciones que permiten la restricción de dicho principio fundamental -libertad- implica un ejercicio autoritario del mismo, lo cual va en detrimento de un proceso transparente y justo que, sin lugar a dudas,

756 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 286.

conlleva al menoscabo de tan preciado bien inherente al ser humano como lo es su libertad⁷⁵⁷.

La misma Sala Constitucional, por lo anterior, ha considerado que la norma del artículo 259 del Código Orgánico Procesal Penal, “dispone una excepción al derecho constitucional a ser juzgado en libertad, la cual obedece a que exista un hecho punible que merezca pena privativa de libertad, cuya acción penal no se encuentre prescrita; fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor de tal delito y una presunción razonable de peligro de fuga”⁷⁵⁸. En cuanto a la flagrancia como motivo de aplicación de la excepción, la misma Sala Constitucional en sentencia N° 1577 de 18 de diciembre de 2000 (Caso: *Marco A. Monasterios P.*), ha señalado que siendo en este caso:

El presupuesto indefectible de la privación de libertad... el estado de flagrancia, en el cual, sea cual fuere su especie, el aprehendido debe estar ligado al hecho por una relación de inmediatez espacio-temporal (Dalia, “*Manuale di Diritto Processuale Penale*”, Milano, 1991, p. 56), dicha privación sólo puede llevarse a cabo en los límites de lo indispensable: en efecto, presupone la gravedad del delito, es excepcional y provisorio, las normas que la autorizan son de interpretación restrictiva, según el artículo 256 del Código Orgánico en referencia, y, a tenor de las disposiciones contempladas en los artículos 258 y 373 y siguientes del citado Código, el aprehensor deberá poner inmediatamente al aprehendido a la disposición del Ministerio Público, el cual, a su vez, dentro de las veinticuatro horas siguientes, deberá presentarlo ante el Juez de control, a los efectos de iniciar el respectivo procedimiento⁷⁵⁹.

Ahora bien, este principio constitucional a favor de la libertad, como se mencionó, ha tendido sus repercusiones importantes no solo en materia judicial penal, sino en relación con los arrestos administrativos, los cuales puede decirse que han quedado proscritos con la Constitución. Así lo ha resuelto la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo al decidir que, conforme al artículo 44, 1 de la Constitución, las normas de la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial que otorgaban a los jueces la posibilidad de imponer arrestos disciplinarios a los abogados, quedaron derogadas tácitamente. La Corte razonó así:

De lo cual resulta evidente a la luz del novísimo texto constitucional que toda privación de libertad deberá realizarse en virtud de una “orden judicial”, es decir, dentro de un proceso judicial, y no como el resultado de la aplicación de un acto administrativo con “carácter policial preventivo”. Razón por la cual, es patente la contradicción existente entre lo dispuesto en los derogados artículos 115 y 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vigentes para el momento en que se dictó el acto (hoy 93 y 94 de la ley reformada), referente a la posibilidad que tiene el Juez de sancionar con hasta ocho días de arresto, a quienes irrespetaren a los funcionarios o empleados judiciales; o a las partes que ante ellos actúen; y sancionarán también a quienes perturbaren el orden de la oficina durante su trabajo. Todo lo cual corrobora, por expresa texto contenido en la Dispo-

757 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, (En prensa).

758 Véase sentencia N° 723 de 15-05-2001 (Caso: *Juan C. Berroterán*) en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, (En prensa).

759 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 150.

sición Derogatoria Unica, que los mencionados artículos devinieron en derogados parcialmente

Esta Corte, atendiendo a la supremacía de la norma constitucional y la consecuente dependencia a ésta del restante cuerpo normativo para su validez, considera derogada la facultad de los jueces, en función administrativa, de ordenar el arresto hasta por ocho días en los supuestos y condiciones establecidos en los comentados artículos⁷⁶⁰.

B. *Derecho a la defensa y a no estar incomunicado*

El ordinal 2º del artículo 44, en la misma orientación de la garantía al debido proceso (art. 49), establece que toda persona detenida tiene *derecho a comunicarse* de inmediato con sus familiares, abogado o persona de su confianza, y éstos, a su vez, tienen el derecho a ser *informados* del lugar donde se encuentra la persona detenida, a ser notificados inmediatamente de los motivos de la detención y a que dejen constancia escrita en el expediente sobre el estado físico y psíquico de la persona detenida, ya sea por sí mismo o con el auxilio de especialistas.

La Constitución exige, además, que la autoridad competente debe llevar un registro público de toda detención realizada, que comprenda la identidad de la persona detenida, lugar, hora, condiciones y funcionarios que la practicaron.

Respecto a la detención de extranjeros o extranjeras se exige la observancia, además, de la notificación consular prevista en los tratados internacionales sobre la materia.

C. *El límite personal de las penas*

Conforme al artículo 44, ordinal 3º, la pena, en ningún caso, puede trascender de la persona condenada, prohibiéndose condenas a penas perpetuas o infamantes.

En todo caso, además, se dispone, en la misma orientación del ordinal 7 del artículo 60 de la Constitución de 1961, que las penas privativas de la libertad no pueden exceder de treinta años.

D. *La identificación de la autoridad*

El texto del artículo 48 de la Constitución de 1961 se recogió como ordinal 4º del artículo 44 de la nueva Constitución, al exigir a toda autoridad que ejecute medidas privativas de la libertad, la obligación de identificarse.

E. *El derecho a la excarcelación*

Ninguna persona puede continuar en detención después de dictada una orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta (art. 44, ord. 5º).

760 Véase sentencia de 09-03-2000 (Caso: *Rafael Quiñones V.*) en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 164 y ss. Véase igualmente, la sentencia de la misma Corte Primera de 01-06-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 285 y ss.

F. *La protección frente a la esclavitud o servidumbre*

Por otra parte, el artículo 54 de la Constitución, específicamente dispone que ninguna persona puede ser sometida a esclavitud o servidumbre; sujetando la trata de personas y, en particular, la de mujeres, niños, niñas y adolescentes en todas sus formas, a las penas previstas en la ley.

G. *Régimen especial sobre los delitos graves*

En sentido similar a lo previsto en el artículo 29, el artículo 271 de la Constitución establece un conjunto de restricciones derivadas de la comisión de delitos contra los derechos humanos, contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes, estableciendo que:

No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con tales delitos. El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpuestas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil.

4. *La prohibición de la desaparición forzosa de personas*

El artículo 45 regula, en forma novedosa en el ordenamiento venezolano, la prohibición a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías, de practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. Agrega la norma que:

El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes. Los autores o autoras intelectuales y materiales, cómplices y encubridores o encubridoras del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo, serán sancionados de conformidad con la ley.

5. *El derecho a la integridad personal*

El artículo 46 consagra el derecho de toda persona a que se respete “su integridad física, psíquica y moral”, regulándose en consecuencia los siguientes derechos:

A. *El derecho a no ser sometido a torturas o penas degradantes*

Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así lo dispone el artículo 46, ordinal 1° agregando el derecho a la rehabilitación que tienen las víctimas de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado.

B. *El derecho de los detenidos al respeto a la dignidad humana*

El ordinal 2º del artículo 46 garantiza el derecho de toda persona privada de libertad de ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

En lo referente al concepto de respeto a la dignidad de la persona humana, la Sala Constitucional, en sentencia N° 2442 de 1 de septiembre de 2003, ha señalado que “éste es uno de los valores sobre los cuales se fundamenta el Estado Social de Derecho y de Justicia en torno a la cual debe girar todo el ordenamiento jurídico de un Estado y, por ende, todas las actuaciones del poder público”, precisando que:.

La dignidad humana consiste en la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, lo que le impone a las autoridades públicas el deber de velar por la protección y salvaguarda de la vida, la libertad y la autonomía de los hombres por el mero hecho de existir, independientemente de cualquier consideración de naturaleza o de alcance positivo.

Por tanto, la mera existencia del hombre le atribuye a éste el derecho a exigir y a obtener la vigencia de todas las garantías necesarias para asegurar su vida digna, es decir, su existencia adecuada, proporcional y racional al reconocimiento de su esencia como un ser racional. Al mismo tiempo que le impone al Estado el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, es decir, la vida, la integridad, la libertad, la autonomía, etc.

Con este propósito, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 3 establece que el reconocimiento de la dignidad humana constituye un principio estructural del Estado Social de Derecho y por eso prohíbe, en su Título III, Capítulo III, las desapariciones forzadas, los tratos degradantes, inhumanos, las torturas o los tratos crueles que vulneren la vida como un derecho inviolable, la penas degradantes y los demás derechos inherentes a la persona humana (artículos 43 y ss. eiusdem)⁷⁶¹.

C. *El derecho a decidir sobre experimentos y tratamientos*

Por otra parte, ninguna persona puede estar sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley (art. 46, ord. 3º).

D. *La responsabilidad de los funcionarios*

El artículo 46, ordinal 4º dispone, finalmente, que los funcionarios públicos que, en razón de su cargo infieran maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona, o que instigue o tolere este tipo de tratos, deben ser sancionados de acuerdo con la ley.

6. *El derecho a la inviolabilidad del hogar doméstico*

El artículo 47 de la Constitución garantiza la inviolabilidad no sólo del hogar doméstico como era tradicional en las Constituciones anteriores (art. 62 de la Cons-

761 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003 (En prensa).

titución de 1961), sino “del domicilio y todo recinto privado de las personas”; agregando que no pueden ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano.

Las visitas sanitarias que se practiquen de conformidad con la ley, sólo pueden realizarse previo aviso de los funcionarios o funcionarias que las ordenen o hayan de practicarlas.

El principio fundamental que deriva del artículo 47 es que al igual que en materia de privación de la libertad, sólo el juez puede ordenar la entrada en el domicilio de una persona o en sus recintos privados⁷⁶², quedando como excepción, sin embargo, las ordenes administrativas sólo en materia de visitas sanitarias. En cuanto a las ordenes contenidas en actos administrativos de entrar en el hogar doméstico o recintos privados, sólo pueden cumplirse cuando estén ratificadas en vía judicial. La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 4 de mayo de 2000, sobre esto ha establecido el siguiente criterio:

Sobre este importante particular, referido a la necesidad de una autorización judicial previa en cualquier caso de ejecución de actos administrativos que impliquen entrada en el domicilio privado de cualquier persona física o jurídica, se debe insistir en que la habilitación del juez para ejecutar el fallo, y, particularmente en el caso “sub iudice”, deviene de la sentencia que haya proferido la firmeza de la autorización administrativa para el desalojo, emanada del órgano administrativo competente para dictar tal acto autorizador -para la fecha de la presente causa, la Dirección General Sectorial de Inquilinato-. Esta sería la única excepción, al principio constitucional de la inviolabilidad del hogar doméstico o del recinto privado del particular, establecido en el artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y también constituiría una excepción al principio de ejecutoriedad de los Actos Administrativos. Así se declara⁷⁶³.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sin embargo, ha interpretado en forma más laxa la norma del artículo 47, señalando que:

Interpretar, únicamente, que en virtud de tal disposición, siempre para la realización de un allanamiento a un determinado domicilio, será necesaria la existencia de una orden judicial que lo autorice, sería llegar a la exageración de suponer que, aun hasta para el caso de fuerza mayor o estado de necesidad, se requiera la referida orden. La norma no prevé nada al respecto, pero no por ello, en el caso de auxilio inmediato, solicitado o no, de riesgos para la vida o seguridad de las personas, o de otros supuestos análogos, la entrada al domicilio o recinto de que se trate, por parte de funcionarios policiales o cualquier otro agente de autoridad, e incluso de un particular, debe ser considerado como una vulneración a su inviolabilidad, pues se está ante uno de los supuestos en que es necesario preservar unos derechos sobre otros, igualmente constitucionalmente protegidos.

Debe entenderse, entonces, de acuerdo con el precepto constitucional en referencia, que la orden judicial es la regla, resultando sin embargo, posible su limitación dependiendo

762 Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 01-06-2000 (Caso: *Julio Rico A.*) en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 286 y ss.

763 (Caso. *María R. Cordero*) en *Revista de Derecho Público* N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 290-291.

del ámbito de que se trate (civil o penal), pues debe estudiarse en cada caso cuándo se le debe dar supremacía a éste ante otros derechos fundamentales, y viceversa, dado que puede ocurrir que el mismo, como un derecho particular pretenda sobreponerse a un derecho de orden colectivo, como la salud pública.

En tal sentido, debe advertirse que en el ámbito penal, el derecho a la inviolabilidad del hogar doméstico admite excepciones, que como tal, en principio, están contempladas en el Código Orgánico Procesal Penal, en el artículo 225, pues existe el supuesto, como en el caso de autos, no contemplado en dicha norma legal, en el cual tampoco resulta necesaria la orden judicial, que es cuando la persona que habita determinado domicilio o morada, autoriza o consiente voluntariamente su ingreso a ella, lo cual obedece al deber que tiene todo ciudadano de la República de colaborar con la justicia como expresión de los principios de solidaridad y corresponsabilidad social que orientan el nuevo orden institucional y social del Estado actual, y que se encuentran previstos en el artículo 135 constitucional. Así, en atención a lo expuesto, el consentimiento o la autorización del habitante, debe constar en la respectiva acta...⁷⁶⁴

7. *La inviolabilidad de las comunicaciones privadas*

De acuerdo con el artículo 48 de las Constitución, se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas, por lo que no pueden 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.

El antiguo derecho a la inviolabilidad de la correspondencia previsto en el artículo 63 de la Constitución de 1961, se amplía considerablemente en esta norma al protegerse las comunicaciones privadas en todas sus formas y, en especial, no sólo las escritas sino las orales.

8. *La libertad de tránsito*

El artículo 50 de la Constitución consagra el derecho de toda persona de transitar libremente y por cualquier medio por el territorio nacional, cambiar de domicilio y residencia, ausentarse de la República y volver, trasladar sus bienes y pertenencias en el país, traer sus bienes al país o sacarlos, sin más limitaciones que las establecidas por la ley; los venezolanos y venezolanas pueden ingresar al país sin necesidad de autorización alguna⁷⁶⁵.

Contrariamente a lo previsto en el artículo 64 de la Constitución de 1961, en el nuevo texto constitucional se establece que ningún acto del Poder Público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos, sin excepción alguna. En el régimen de 1961 se admitía el extrañamiento del territorio nacional de venezolanos como conmutación de otra pena y a solicitud del reo.

En la Constitución se reguló, además, el régimen del cobro de peajes en las vías terrestres y su compatibilización con la libertad de transitar, al disponerse que se

764 Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 717 de 15-05-2001, (Caso: *Haidee B. Miranda*) en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 114 y ss.

765 Véase nuestras observaciones sobre esta norma en Allan R. Brewer-Carias, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 150 y 151.

precisa, además, que en caso de concesión de vías, la ley debe establecer los supuestos en los que debe garantizarse el uso de una vía alterna⁷⁶⁶.

9. *El derecho de petición y a la oportuna respuesta*

El artículo 51 de la Constitución, en la orientación del artículo 67 de la Constitución de 1961, consagra el derecho de toda persona de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna y adecuada respuesta.

Se agrega, en el nuevo texto, el derecho a que la respuesta sea “adecuada” y el principio de que quienes violen este derecho deben ser sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos del cargo respectivo⁷⁶⁷.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativa en sentencia N° 1499 de 15 de noviembre de 2000 ha insistido en destacar que el derecho de petición en el marco de la Constitución de 1999 “tiene como contrapartida la obligación de las autoridades no sólo dar oportuna respuesta, sino de que la misma sea adecuada” lo cual

Se ve satisfecho con la obtención de una respuesta, independientemente de que la misma sea favorable o no a su petición. Ello se conecta con el deber de que la respuesta sea oportuna, esto es, dentro de los lapsos establecidos en la Ley y adecuada, es decir, acorde con lo planteado por el solicitante, dentro de los parámetros de las peticiones formuladas, o sea, en el marco del asunto planteado o en armonía con él, sin que tal adecuación se vea impuesta como una obligación de respuesta en los términos de lo solicitado -se repite- sin que la misma deba ser favorable a los pedimentos⁷⁶⁸.

10. *El derecho de asociación*

El artículo 52 se establece que toda persona tiene derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley, estando obligado el Estado a facilitar el ejercicio de este derecho.

Este derecho encuentra una limitación de rango constitucional, en el artículo 256 respecto de los jueces, a quienes se prohíbe asociarse.

Ahora bien, una de las manifestaciones del principio de autonomía privada, es la libertad de asociación, difundida universalmente como parte integrante del valor constitucional del libre desenvolvimiento de la persona, reconocido, en general, por el artículo 20 de la Constitución, y, en particular, por el artículo 52 de la misma; sobre la cual, la Sala Constitucional ha señalado que comprende tanto el poder de

766 *Idem*, p. 151.

767 Véase Carlos L. Carrillo Artilles, “El derecho de petición y la oportuna y adecuada respuesta 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. 219-251; y Lubín Aguirre, “Garantías procesales frente a la inacción administrativa” en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp.35-41.

768 (Caso: *Antonio J. Varela*) en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 153.

regulación o autonomía estatutaria, como el poder de decisión o autonomía decisoria, destacando en la forma siguiente sus limitaciones:

Ahora bien, en la medida en que las normas constitucionales no sólo rigen, las relaciones de los particulares con el Estado sino, también las de los particulares entre sí, dichas normas tienen una eficacia mediata sobre estas relaciones, corrigiendo así el abuso de la autonomía privada -o autosuficiencia- que sea contraria a los principios del Estado Social.

En tal sentido, el derecho fundamental a la asociación de un grupo (*uti universi*) enfrentado a los derechos individuales de sus asociados, se equilibran y deben ser ponderados a partir del estudio de cada tipo de asociación, tratase de asociaciones monopolísticas, las cuales se caracterizan porque ostentan posiciones de predominio dentro del ámbito social o económico, o de carácter meramente ideológico o recreativo.

En las últimas hay un verdadero núcleo duro de autonomía privada que no admite la intervención del Estado, sino restricciones generales derivadas de normas jurídicas de estricto orden público, salvo que sus fines no sean lícitos; a diferencia de las primeras, en las cuales, de acuerdo con el principio de legalidad, el legislador puede establecer regulaciones y limitaciones sobre dichas asociaciones y los tribunales pueden revisar tanto sus estatutos, en cuanto a su legalidad y legitimidad democrática, como sus decisiones, en cuanto al respeto del procedimiento debido, la veracidad a objetividad de los hechos determinados y la claridad o racionalidad de las valoraciones realizadas por los cuerpos de decisión de dichas asociaciones.

En relación con las asociaciones de transporte público de personas (como la mencionada Línea Unión San Diego), la Sala observa que las decisiones adoptadas por sus órganos pueden ser revisadas por los tribunales, a los fines de establecer si cumplieron con las normas legales y estatutarias, con el proceso deliberativo democrático, con el proceso disciplinario debido y con los presupuestos de veracidad, objetividad, claridad y racionalidad que deben informar a estas decisiones. Incluso, los tribunales pueden proteger a los afectados por estas normativas y decisiones en sus derechos fundamentales, a través del amparo constitucional.⁷⁶⁹

11. *El derecho de reunión*

De acuerdo con el artículo 53 de la Constitución, toda persona tiene el derecho de reunirse, pública o privadamente, sin permiso previo, con fines lícitos y sin armas; quedando sometidas las reuniones en lugares públicos a lo regulado por la ley.

12. *El derecho a la libre expresión del pensamiento y el derecho a la información*

A. *Las previsiones constitucionales*

En cuanto al derecho a la libre expresión del pensamiento, el artículo 57 garantiza el derecho de toda persona 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 pue-

769 Véase sentencia N° 781 de 25-07-2000 (Caso: *Línea Unión San Diego*) en *Revista de Derecho Público*, N° 83, (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 168.

da establecerse censura⁷⁷⁰. En todo caso, quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. La Constitución, además, establece que no se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa. Además, se prohíbe la censura a los funcionarios públicos para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades⁷⁷¹.

El artículo 58, de la Constitución, además, establece que la comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley.

En cuanto al derecho a la información, el mismo artículo 58, por otra parte, lo establece en la siguiente forma:

Toda persona tiene derecho a la información *oportuna, veraz e imparcial*, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.

Una larga polémica se planteó durante los debates en la Asamblea Nacional Constituyente respecto de la utilización de los adjetivos “oportuna, veraz e imparcial” para calificar la información que toda persona tiene derecho a recibir, no porque no deba ser así, sino porque todos estos calificativos en la Constitución podrían dar lugar a que desde el Estado pueda establecerse algún control para determinar la veracidad, la oportunidad o la imparcialidad de la información, y con ello el establecimiento de alguna “verdad oficial”⁷⁷². En una Constitución signada por el prin-

770 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, “La libre expresión del pensamiento y el derecho a la información en la Constitución venezolana de 1999”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2002, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2002, pp. 267 a 276; Fernando Flores Gimenez, “Las libertades de expresión e información en la Constitución de Venezuela: Análisis de una confusión”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7, enero-junio 2003, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 125 a 135; Jesús A. Davila Ortega, “El Derecho de la información y la libertad de expresión en Venezuela (Un estudio de la sentencia 1.013/2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia)”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5, julio-diciembre-2001, Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 305 a 325; María Candelaria Domínguez Guillén, “Las libertades de expresión e información”, *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 5, Caracas, 2002, pp. 19 a 72; Carolina Puppio, “Libertad de Expresión vs. Ley de Contenidos. Reflexiones de cara a la Aprobación de una Ley de Contenido en Venezuela”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6, enero-diciembre-2002, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 165 a 190; Héctor Faúndez Ledesma, “Las condiciones de las restricciones a la libertad de expresión”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2598-2664; Rafael Ortiz-Ortiz, “Las implicaciones jurídico positivas del derecho a la información y a la libertad de expresión en el nuevo orden constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo*, N° 1, Valencia, 2002, pp. 163-246; María Candelaria Domínguez Guillén, “El derecho a la identidad como límite a las libertades de expresión e información”, en *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 9, Caracas, 2003, pp. 343 a 359.

771 Véase nuestra propuesta de agregar en esta norma el derecho de todos a buscar, recibir y difundir información, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 152 a 153.

772 Véase nuestro Voto Salvado sobre esta norma en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 154 a 156.

cipio de la progresión en la mayoría de los derechos individuales, esta regresión en materia de derechos individuales es inadmisibles, pues abre una grieta que puede servir al autoritarismo.

Debe señalarse, además, que conforme al artículo 108 de la Constitución, el Estado tiene la obligación de garantizar servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, para permitir el acceso universal a la información.

En todo caso, las normas constitucionales mencionadas (arts. 57 y 58), en criterio de la Sala Constitucional, establecen “dos derechos diferentes, cuales son el derecho a la libre expresión del pensamiento, y el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, y sin censuras”:

El primero de estos derechos permite a todas las personas expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, de viva voz, por escrito, en forma artística, o mediante cualquier medio de comunicación o difusión. Pero quien hace uso de ese derecho de libre expresión del pensamiento, asume plena responsabilidad por todo lo expresado (artículo 57 aludido), responsabilidad que puede ser civil, penal, disciplinaria o de cualquier otra índole legal.

Conforme al artículo 13 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. El artículo 19 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es del mismo sentido que el mencionado artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica.

El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, se encuentra tutelado expresamente en el Código Penal, al tipificar -por ejemplo- los delitos de difamación e injuria (artículos 444 y 446 del Código Penal); mientras el Código Civil los recoge en los artículos 1.185 y 1.196 (éste último previene la indemnización por atentado al honor).

En consecuencia, la libre expresión del pensamiento, si bien no está sujeta a censura oficial, ni directa ni indirecta, no por ello deja de generar responsabilidad a quien con ella dañe el honor de otras personas, y quienes realicen el acto dañoso pueden ser accionados por la víctima tanto en lo civil como en lo penal, sin importar quién sea la persona que exprese el pensamiento dañoso.

Ahora bien, cuando el pensamiento se emite, con relación a la acción de amparo ya el daño es irreparable y no puede restablecerse la situación jurídica mediante el amparo constitucional, por lo que la víctima puede tratar de impedir que dicha situación se infrinja a futuro, pero lo ya expresado no puede ser recogido por la vía del amparo, por lo que no es posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida (numeral 3 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

El artículo 58 constitucional, al instaurar la información veraz e imparcial, como forma de comunicación libre y plural (derecho a la libertad de expresión), también prevé que ésta comporte los deberes y responsabilidades que indique la ley, y así como las informaciones inexactas o agraviantes dan derecho a réplica y rectificación a favor de la víctima, también dan derecho al agraviado a ejercer las acciones civiles y penales, si el medio informativo lo afecta ilícitamente. De allí, que la información masiva que comunica noticias por prensa, radio, vías audiovisuales, internet u otras formas de comunicación, puede originar responsabilidad de quienes expresen la opinión agraviantes, aten-

tatoria a la dignidad de las personas o al artículo 60 constitucional, por ejemplo; o de los reporteros que califican y titulan la noticia en perjuicio de las personas, lesionando, sin base alguna en el meollo de la noticia expuesta, el honor, reputación, vida privada, intimidad, o la imagen de las personas; e igualmente, puede generarse responsabilidad en los editores que dirigen los medios, y que permitan la inserción de noticias falsas, o de calificativos contra las personas, que no se corresponden con el contenido veraz de la noticia, o que atienden a un tratamiento arbitrario de la misma en detrimento del honor de los ciudadanos, tal como sucede cuando personas que no han sido acusadas penalmente, se las califica en las informaciones de corruptos, asesinos o epítetos semejantes⁷⁷³.

B. *Los derechos constitucionales relativos a la libre expresión del pensamiento y a la información*

Los artículos 57 y 58 de la Constitución constituyen una unidad conceptual a los efectos de la regulación de los diversos derechos que consagran. El hecho de que el contenido de los mismos se haya dividido en dos artículos constitucionales, con números diferentes y consecutivos, no tiene significación alguna. Pudo haber estado todo el contenido de ambos artículos en uno sólo o pudo haberse dividido en más de dos artículos, sin que ello pudiera tener efectos sobre la conceptualización de los derechos constitucionales que derivan de las normas.

Lo importante es tener en cuenta que las dos normas regulan un conjunto de derechos relacionados entre sí, imbricados, y derivados de la clásica libertad de expresión del pensamiento. Estos derechos también son objeto de regulación en la Convención Americana y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en dos artículos en cada uno de dichos textos, configurados en forma diferente, pero conformando, en todo caso, una unidad de regulación.

En efecto, en estos artículos, se consagran y garantizan al menos cinco derechos constitucionales de todas las persona: *primero*, el *derecho a la libre expresión del pensamiento*; *segundo*, y como una modalidad del anterior, el *derecho a comunicar o a informar* que también corresponde a las personas y, en particular, a las que puede tener acceso a los medios de comunicación; *tercero*, el *derecho a establecer y desarrollar medios para la comunicación e información*; *cuarto*, el *derecho a recibir información oportuna, veraz e imparcial*, y *quinto*, el *derecho a la réplica (o respuesta) y a rectificación* frente a informaciones inexactas o agraviantes, que tienen las personas que se vean afectadas directamente por las mismas.

El texto de los artículos 57 y 58 de la Constitución que consagra estos cinco derechos, se complementa, por otra parte, con el de los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el de los artículos 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales tienen rango constitucional conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Constitución de 1999 e, incluso, son de aplicación preferente respecto de la propia Constitución y las leyes, si contienen normas sobre el goce y ejercicio de tales derechos más favorables a las establecidas en el ámbito nacional.

773 Véase sentencia N° 571 (Caso: *Francisco Segundo Cabrera vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial*), en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001.

Con este conjunto de normas, puede entonces construirse el marco constitucional de los derechos relativos a la expresión del pensamiento y a la información, en los siguientes cinco derechos constitucionales.

a. *El derecho a la libre expresión del pensamiento*

El primero de los derechos constitucionales es el derecho a la libre expresión del pensamiento que consagra el artículo 57, el cual se regula conjuntamente con el segundo de los derechos constitucionales, que es el derecho a informar o comunicar.

Se trata de un derecho consagrado con criterio universalizador pues, en *primer* lugar, corresponde a “toda persona”, es decir, toda persona natural o moral, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, de derecho público o de derecho privado, estatal o no estatal. Por tanto, el sujeto activo del derecho es toda persona, sin discriminación alguna, y puede serlo tanto un comunicador social (periodista) como quien no lo es.

En *segundo* lugar, el derecho se configura como una libertad de expresión del pensamiento, es decir, se trata de un derecho de las personas a expresarse libremente, sin limitaciones ni restricciones, salvo las generales relativas a la libertad, es decir, las limitaciones que derivan del derecho de los demás y del orden público y social (art. 20 C).

En particular, en cuanto al ejercicio de esta libertad, la propia norma constitucional y las convenciones internacionales, prohíben el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios, los que promuevan la intolerancia religiosa, y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupos de personas, por cualquier motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

En *tercer* lugar, el derecho de toda persona a expresarse libremente en relación con sus pensamientos, sus ideas y sus opiniones. La persona puede, entonces, expresar libremente lo que piensa, puede expresar libremente sus ideas y puede expresar libremente sus opiniones sobre cualquier materia. Este no es un derecho que se reduce a la libertad de opinar, sino también de expresar o informar lo que se oye, se siente, se huele, se ve o se lee.

En *cuarto* lugar, la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones puede realizarse por cualquier medio, sea de viva voz, mediante el habla; sea por escrito, mediante expresión gráfica o artística; sea, en general, mediante cualquier otra forma de expresión, por señales de cualquier tipo, signos o muecas de la libre elección de quien ejerce el derecho. Este derecho a expresarse libremente lo tienen no sólo las personas en general, sino también quienes informan, es decir, aquellos que han hecho de la búsqueda de información, de su expresión y de su comunicación su profesión u oficio, es decir, los comunicadores o periodistas.

El ejercicio de este derecho, sin embargo, depende de los medios mismos y del acceso que estos den a las personas, de acuerdo al tiempo, el espacio y el propio interés del medio. No puede una persona obligar a un medio a comunicar su pensamiento, pero a la vez el medio no puede discriminar a una persona (vetarlo) para expresar y comunicar su pensamiento.

En *quinto* lugar, la libertad de expresión no puede estar sometida a censura previa de tipo alguno, por parte de nadie, ni del Estado ni de los privados. En particular, la norma constitucional prohíbe la posibilidad de censura a los funcionarios públicos para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades. En consecuencia, ni siquiera puede haber instrucciones derivadas de la jerarquía administrativa que restrinjan la libertad de expresión de los funcionarios sobre los asuntos que están bajo su responsabilidad.

En *sexto* lugar, el ejercicio de esta libertad de expresión y el derecho a informar o comunicar, como de toda libertad, por supuesto, acarrea responsabilidad personal por los daños y perjuicios que se pueda causar. Por ello, señala el mismo artículo 57 de la Constitución, que quien haga uso de este derecho a la libre expresión del pensamiento, asume plena responsabilidad por todo lo expresado. Además, por ello, el artículo 58 de la Constitución precisa que la comunicación, que es libre, comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley.

Esto lo precisa la Convención Americana al señalar que las responsabilidades ulteriores que pueden derivarse del derecho a la libertad de expresión del pensamiento, en todo caso, deben estar expresamente fijadas por la ley y además, acumulativamente, ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

b. *El derecho a informar o comunicar*

El derecho a la libre expresión del pensamiento conlleva el derecho a informar o comunicar, es decir, el derecho a la libre expresión del pensamiento a través de medios de comunicación o de información. Este es el segundo de los derechos derivados de la libertad de expresión del pensamiento estrechamente vinculado al primero.

Este derecho a informar o comunicar goza del mismo carácter universal del primero; corresponde a toda persona, sin discriminación, siempre que pueda tener acceso a un medio de comunicación y está sujeto sólo a las limitaciones generales del respeto del derecho a los demás y del orden público o social (art. 20 de la Constitución). Con especial particularidad, se refieren al ejercicio de este derecho las mencionadas prohibiciones del anonimato, de propaganda de guerra, de mensajes discriminatorios, o que promuevan la intolerancia religiosa, de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia o cualquier otra acción ilegal contra personas o grupo de personas por cualquier motivo que sea.

El derecho a informar o comunicar, en particular, está precisado en la Convención Americana al referirse a la libertad de buscar, recibir y difundir información 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.

Este derecho corresponde, igualmente, a todos, por lo que no sólo lo tienen quienes ejercen la profesión de informar, como los periodistas o comunicadores, sino todas las personas, sin discriminación. Por ello, la Constitución (art. 58) precisa que la comunicación es libre, es decir, es una libertad de todas las personas. Precisamente por ello, se ha considerado como contraria a la Convención Americana la reserva que las leyes hacen a favor de los periodistas en cuanto al ejercicio del de-

recho a informar o cuando imponen la colegiación obligatoria de los periodistas para ejercer el derecho a informar o comunicar a través de los medios de comunicación. (Véase la *Opinión Consultiva OC-5/85*- de 13-11-85 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos sobre la incompatibilidad con la Convención Americana de la Ley de Colegiación obligatoria de periodistas de Costa Rica).

El derecho a la libre expresión del pensamiento conlleva el derecho de informar o comunicar, es decir, el derecho de expresión mediante medios de comunicación. El derecho o la libertad de comunicación, por tanto, es una modalidad del derecho a la libre expresión del pensamiento, e implica el derecho no sólo de crear y establecer medios de comunicación, sino el derecho de las personas a utilizar dichos medios de comunicación para comunicarse con los demás, incluso cuando se hace de la comunicación una profesión u oficio, como la que ejercen los periodistas.

Ese derecho a la comunicación, como lo dice el artículo 58, es libre y plural, es decir, constituye una libertad individual y debe ejercerse sin exclusivismos o exclusionismos, es decir, asegurando la pluralidad propia de una sociedad democrática.

Este derecho a informar o a comunicar, por supuesto, tampoco puede estar sometido a censura previa de tipo alguno, por parte de nadie, ni del Estado ni de los particulares.

Por otra parte, dispone la Convención Americana que el derecho de expresión no se puede restringir por 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.

El ejercicio del derecho a informar o a comunicar también está sujeto a responsabilidades ulteriores, las cuales como lo establece la Convención Americana, deben ser expresamente fijadas por la ley y además ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos a la reputación de los demás y para asegurar la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

c. *El derecho a establecer medios de comunicación*

El tercero de los derechos que consagran los artículos 57 y 58 de la Constitución, derivados de los derechos ciudadanos a la libre expresión del pensamiento y a la comunicación e información, es el derecho de toda persona a establecer medios de comunicación; es decir, los instrumentos necesarios para que el pensamiento pueda expresarse en forma masiva, como podría ser, por ejemplo, un diario, una revista, una estación de radio o una estación de televisión.

Este derecho al igual que el anterior, no puede ser restringido en forma alguna si se trata de medios escritos de comunicación, como se ha dicho, por medios indirectos, tales como el abuso de controles del papel para periódicos.

En cuanto a los medios radioeléctricos o visuales, los mismos exigen para su creación y desarrollo, del uso de las ondas radioeléctricas que son del dominio público y que requieren de una concesión del Estado para su uso. La Convención Americana prohíbe que se restrinja el derecho por medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de las frecuencias radioeléctricas o de los

enseres o aparatos usado en la difusión de informaciones, como podrían ser los controles de importación o aduaneros de los aparatos para las estaciones de radio o televisión.

Los medios de comunicación son, en todo caso, el vehículo indispensable para la comunicación e información del pensamiento de las personas, por lo que deben asegurar la pluralidad propia de una sociedad democrática, garantizando el acceso a los mismos a todas las personas sin discriminaciones.

d. *El derecho a la información*

El cuarto derecho que consagra la Constitución en su artículo 58, es el derecho de toda persona a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución.

En efecto, como contrapartida al derecho de todos a la libre expresión del pensamiento, y al derecho a la comunicación y a informar, también existe un derecho de todos a ser informados, de manera oportuna, veraz e imparcial.

Esto implica, en primer lugar, como se ha dicho, que existe un derecho a informar o a comunicar libremente, el cual conlleva este derecho constitucional a la información, es decir, el derecho de todas las personas a ser informadas, sin que pueda haber censura respecto de las informaciones, de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución, entre ellos, el principio de la igualdad y no discriminación. En particular, se precisa que los niños y los adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.

Ahora bien, la información a la que tienen derecho todas las personas debe ser conforme a la Constitución "oportuna, veraz e imparcial" (Nuestro voto salvado sobre estos calificativos se puede consultar en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, Caracas, 1999, pp.154 y ss).

En todo caso, en primer lugar, la información debe ser oportuna. La oportunidad tiene una connotación temporal relativa al hecho del cual se informa, y su apreciación es difícil que llegue a ser totalmente objetiva. Tanto quien informa como quien recibe la información tienen sus respectivos parámetros del sentido de la oportunidad, los cuales pueden no coincidir.

Por ello, en definitiva es el informador, el que establece cuándo el suministro de una información es o no oportuno. Es decir, quien suministra la información y quien la difunde o comunica es el que juzga sobre la oportunidad de hacerlo.

Ello debe quedar a criterios de lógica, racionalidad y razonabilidad, y no puede ser arbitrario; pero la apreciación de la oportunidad, no puede quedar en las solas manos de quien recibe la información, pues cada una de las personas que recibe una información, de un hecho, por ejemplo, al leer un periódico, oír un programa de radio o ver la televisión, puede tener su propia evaluación de lo que es o no oportuno, según el mayor o menor conocimiento que tenga del hecho o asunto. Alguien que no conoce una invención por ejemplo, puede juzgar oportuna la información sobre la misma que se pueda suministrar en la actualidad. Por tanto, la medida de la oportunidad está tanto en quien suministra la información como en quien la recibe, y si bien la misma no puede ser arbitraria, pues queda sometida a los límites de la racionalidad, razonabilidad o logicidad; no es posible concebir que exista una sola autoridad la llamada a decir cuándo es o no oportuna la información.

El derecho a la información implica no sólo que la información sea oportuna, sino veraz, es decir, que responda a criterios de veracidad o certeza. De nuevo se está en presencia de un elemento que tampoco es ni puede ser de valor absoluto y enteramente objetivo. No existe la verdad objetiva; la verdad es siempre subjetiva y cada persona tiene su verdad.

Sin embargo, los hechos, en general no admiten apreciación en cuanto a su acaecimiento. Acaecen, por lo que cuando la información sólo se refiere a hechos, su misma expresión, es en sí misma, verdad. Llovió, alguien murió, hubo un choque de trenes. La expresión del hecho es, en sí misma, la verdad, si el hecho es cierto, es decir, acaeció.

Sin embargo, al pasar a la apreciación del hecho, su interpretación, la explicación de lo que lo motivó, sus circunstancias y las consecuencias de su realización, la posibilidad de veracidad objetiva desaparece. Cada persona tiene su forma y manera de apreciar los hechos; y es libre de hacerlo, así como de interpretarlos, por lo que la expresión de ello es siempre subjetiva y depende de la voluntad del comunicador.

Nadie puede, por tanto, establecer una verdad objetiva respecto de hechos o acaecimientos, que puedan satisfacer a todos los que tienen derecho a la información. Cualquier persona puede informar, en la actualidad, sobre una invención. La información puede ser veraz para el informador, si ignora que hay una invención previa, o constata que el nuevo "inventor" ignoraba que ya había sido inventado. La discusión legal puede ser si tal invención tiene o no carácter de novedad a los efectos de patentarla, pero no puede haber discusión sobre la veracidad de la información por el hecho de que muchos hubieran sabido de una invención precedente.

La veracidad, por tanto, nunca es objetiva, sino que siendo subjetiva, corresponde primeramente su apreciación a quien informa. Por supuesto, esta libertad de apreciación está sometida a los mismos límites de racionalidad, razonabilidad y logicidad, pero lo definitivo es que nadie puede establecer una verdad objetiva ni, por supuesto, una verdad única u "oficial".

Además, el derecho a la información implica que todos tienen derecho a que la información sea imparcial, es decir, que no se efectúe en favor o para beneficiar a alguien en perjuicio de otro. La imparcialidad tampoco puede ser determinada objetivamente, es decir, nadie puede establecer con carácter general cuándo una información es o no parcial o imparcial. La apreciación sobre esto es también, esencialmente subjetiva. Cada quien, al recibir una información y según el conocimiento de los hechos, tendrá su apreciación sobre la parcialidad o no de la información, y siempre será diferente de una a otra persona. Por tanto, la imparcialidad, de nuevo, tiene que ser apreciada por el comunicador, quien también tiene como límites de su apreciación, los principios de racionalidad, razonabilidad o logicidad. Sin embargo, nadie puede establecer, con carácter general, los criterios de parcialidad o imparcialidad de las informaciones.

e. *El derecho a la réplica y a la rectificación*

El quinto derecho que regula la Constitución, conforme al artículo 58, es el derecho de "toda persona" a la réplica (respuesta) y a la rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agravantes.

Ante todo, debe señalarse que este derecho que también tienen todas las personas, tiene las mismas características de universalidad que el derecho a la libre expresión del pensamiento. Corresponde a toda persona, natural o moral, nacional o extranjera, domiciliada o no domiciliada en el país, de derecho privado o derecho público estatal o no estatal, sin discriminación alguna y sea cual sea su profesión u oficio. La Constitución no establece excepción alguna, por lo que toda persona tiene este derecho a réplica y rectificación.

El derecho, por otra parte, se consagra respecto de informaciones inexactas o agraviantes que afecten directamente a las personas; es decir, se trata de un derecho constitucional ante informaciones de cualquier naturaleza, expresadas en medios de comunicación escritos, auditivos o visuales, por cualquier persona, que afecten directamente a una persona por ser inexactas o porque la agraven. Como lo precisa la Convención Americana, este derecho de rectificación y respuesta lo tiene toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general.

El derecho es de todos, por tanto, siempre que la información, sea quien sea que la dé y la forma como se dé, afecte directamente a la persona porque sea inexacta o porque la agrave. El informante puede ser un periodista que informa sobre un hecho o acaecimiento y da una noticia o puede ser cualquier persona que exprese su opinión en un medio dirigido al público en general, porque escriba un artículo o cualquier otro escrito, o tenga, lleve o conduzca cualquier programa de opinión o de noticias en un medio de comunicación.

Por tanto, el que da la información que origina el derecho a la réplica y rectificación puede ser o no ser un periodista o profesional de la comunicación; y quien se ve afectado por la información personalmente, porque es inexacta o lo agravia, puede ser o no ser un periodista o un director de un medio de comunicación. La Constitución no distingue. Lo único que exige es que para que alguien tenga derecho a la réplica y a la rectificación, debe estar afectado directamente (no indirectamente) por una información que tiene que ser inexacta o tiene que haber agraviado a la persona. El titular de este derecho, por tanto, para ejercerlo, tiene que probar que ha sido afectado directamente por la información, es decir, que la misma lo toca directamente en sus derechos, sus intereses o su situación jurídica y que, además, lo afecta directamente porque la información es inexacta o lo agravia. Ello implica que el interesado tiene que explicar cuál es la exactitud de los hechos informados para poner en evidencia la inexactitud de la información; o alternativamente, tiene que explicar cómo la información lo agravia, es decir, cómo lo afecta u ofende en sus derechos personales, particularmente, en lo que concierne al derecho al honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación (Art. 60).

Este derecho, por otra parte, consiste en un derecho a respuesta o réplica; es decir, la persona afectada directamente por la información tiene derecho a responderla, se entiende, en la misma forma y por el mismo medio en el cual salió la información lesiva; o como lo dice la Convención Americana, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. Por ello, además, la persona afectada tiene derecho a que quien suministró la información inexacta o agravante, rectifique la misma, en la misma forma y en el mismo medio en el cual se dio la información.

El sujeto pasivo de este derecho a réplica y rectificación, por supuesto, tiene que ser la persona que expresó o comunicó la información, y esa persona puede ser el periodista que suscribe la información en la prensa o que la suministra en los medios audiovisuales, o la persona que edita una publicación o un programa de radio o televisión, si la información suministrada no tiene autoría específica, o la persona que tiene una columna periodística regular o un programa de radio o televisión regular, y que, por tanto, tienen los medios para poder rectificar y dar cabida a la respuesta que origine la información suministrada.

Para la efectiva protección de la honra y la reputación, agrega la Convención Americana, toda la publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión debe tener una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero personal.

Por último, debe destacarse, que en ningún caso el ejercicio del derecho a la rectificación o la respuesta eximen de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

f. *El principio de la alteridad en los derechos relativos a la libre expresión del pensamiento y a la información*

Todos los cinco derechos constitucionales que consagran los artículos 57 y 58 de la Constitución y los mencionados artículos de la Convención Americana y del Pacto Internacional, están configurados conforme al principio de la alteridad, de manera que no se trata de meras declaraciones de principios, sino que se trata de auténticos derechos constitucionales en los cuales se puede distinguir un titular de los mismos (sujeto activo) y un obligado (sujeto pasivo), ya que todo derecho implica la relación derecho-obligación. De manera que en los cinco derechos, se puede identificar un sujeto activo y un sujeto pasivo.

En cuanto al derecho a la libre expresión del pensamiento, tratándose básicamente de una libertad, el derecho consiste en la potestad de toda persona de expresar su pensamiento, sus ideas y sus opiniones como se ha dicho, por cualquier medio y en cualquier forma sin que pueda haber censura.

Este derecho de toda persona conlleva una obligación, también de toda persona estatal o no estatal, de no hacer, de abstención, es decir, de no impedir u obstruir la libre expresión del pensamiento. Esta obligación corresponde a toda persona y, particularmente, al Estado, cuyos órganos no pueden ejercer el Poder, para imponer censura ni para impedir el ejercicio de la libertad mediante otros medios indirectos como los señalados en la Convención Americana.

La alteridad en este caso, es la de libertad-abstención.

La misma relación de alteridad se da respecto de la libertad de información y de comunicación. Toda persona tiene derecho a buscar información y a difundirla, libremente, derecho que no sólo tienen los periodistas. Esta libertad de información implica la obligación de todos de no impedir u obstaculizar el ejercicio de tal libertad, es decir, un deber de abstención que corresponde a toda persona y, en particular, también al Estado cuyos órganos no pueden ejercer el Poder para restringir o limitar el ejercicio de la libertad de información o comunicación.

La misma alteridad se encuentra respecto del derecho de crear y establecer medios de comunicación, que corresponde a toda persona; estando obligada tam-

bién, toda persona y, en particular, el Estado, a abstenerse de establecer restricciones al ejercicio del derecho, en particular por vías o medios indirectos, encaminadas a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

El cuarto de los derechos regulados en la Constitución es el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial. Los sujetos activos de este derecho son todas las personas, y los sujetos pasivos, son todas aquellas personas que informan y que se dedican en cualquier forma a informar y a comunicar. Por tanto, los medios de comunicación y los periodistas, que se dedican a informar y comunicar, están obligados a asegurar que la información que difundan sea oportuna, veraz e imparcial. En otras palabras, el sujeto pasivo en este derecho no puede suministrar información inoportuna, falsa o parcial. Ya hemos señalado, sin embargo, la dificultad que existe de considerar estos elementos objetivamente.

El quinto derecho relativo a la libre expresión del pensamiento y a la información, es el derecho a réplica (respuesta) y a rectificación. Este derecho tiene un sujeto activo, que es toda persona que haya sido directamente afectada por una información inexacta o agravante; y el sujeto pasivo, es todo aquél que haya suministrado tal información, y que no puede ser otro que un medio de comunicación, un comunicador determinado o toda persona que disponga de un espacio regular en medios de comunicación. La obligación de estos consiste en dar cabida a la respuesta o réplica en el mismo medio y de efectuar la rectificación de la información inexacta o agravante también en el mismo medio.

C. *La interpretación vinculante de la Sala Constitucional*

Ahora bien, en diversas sentencias importantes, el Tribunal Supremo de Justicia ha delineado diversos criterios limitantes respecto del ejercicio de estos derechos constitucionales, entre las cuales deben destacarse las siguientes:

En primer lugar, la sentencia N° 1155 de 18 de mayo de 2000 de la Sala Político Administrativa (Caso: *Tulio A. Alvarez et al. vs. Gobernación del Estado Apure*) en la cual con motivo de la impugnación de un Decreto N° G-195 que había dictado por el Gobernador del Estado Apure exhortando a las emisoras, medios de comunicación, sujetos ligados con los medios de comunicación social y al público en general, a abstenerse de efectuar determinadas actividades de transmisión y comunicación, expresó lo siguiente sobre los límites a la libertad de prensa, los derechos de expresión y de información y del equilibrio de tales derechos frente a otros derechos de la personalidad:

La libertad de prensa y opinión, así como la libertad de conciencia, encuentran en la Carta Magna límites importantes que este órgano jurisdiccional procede a continuación a desarrollar.

En nuestra realidad actual la información no sólo queda configurada como un derecho fundamental del ciudadano según su reconocimiento y garantía por la suprema norma jurídica, sino que junto a este aspecto subjetivo no puede ignorarse su valor objetivo, en el sentido del indudable interés de la sociedad en la libertad de información, de la sociedad como receptora de una información libre y veraz. Esta perspectiva objetiva del derecho a la información, va a suponer un elemento decisivo a la hora de la resolución del conflicto jurídico que cotidianamente se produce entre libertad de prensa y derechos de la personalidad –derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a la

vida privada, a la confidencialidad y a la reputación- bienes jurídicos que son reconocidos constitucionalmente por igual.

La continua interrelación entre los enunciados derechos fundamentales, debe manifestarse en una constante búsqueda del equilibrio en el ejercicio de tales derechos constitucionales, cuando resultan contrapuestas a saber “libertad de prensa y de expresión” y “derechos de la personalidad”...

Es decir, la dimensión institucional de la libertad de prensa, de opinión y de la información, sobre su caracterización subjetiva como derechos del ciudadano, conllevan a esta Sala a la resolución -en el presente caso y sin que ello implique una jerarquización de unos derechos constitucionales sobre otros- de adoptar una posición preferente en la tutela de los derechos colectivos de la libertad de prensa y de información respecto de los derechos de la personalidad, dada la ponderación mental de los intereses que efectúa esta Juzgadora, por cuanto en su criterio, la interpretación judicial debe tener muy en cuenta la función social de la libertad de prensa, su carácter institucional como elemento esencial del sistema democrático, por cuanto las libertades fundamentales a expresar las ideas y a difundir las informaciones por cualquier medio de comunicación son en verdad libertades básicas en la sociedad democrática, y sirven, en especial, como destacó una jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, siguiendo de cerca el pensamiento de Alexander Meiklejohn, “para la formación de la opinión pública libre, para el enriquecimiento del debate público que no es, simplemente, posible si no se sostiene sobre bases suficientemente informadas”.

Otro de los límites a la libertad de prensa viene constituido por el derecho de toda persona a la rectificación así como a la réplica cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. En la indagación de la naturaleza de estos derechos, se descubre una doble dimensión: de un lado, el aspecto individual, como derecho público subjetivo que tiene como fin la defensa del patrimonio moral de la persona, es decir, como un derecho de la personalidad que restablece la igualdad de posición entre los particulares y los medios de comunicación; de otro, la dimensión institucional, en cuanto el derecho de rectificación y el de réplica afecta al cuerpo social en su conjunto al pretender garantizar la información plural, libre, oportuna, veraz e imparcial, “sin censura”, como un bien colectivo.

La Sala, además, destacó el valor ambivalente de estos derechos fundamentales a la libertad de prensa y a la libertad de opinión, así:

En primer lugar, el derecho a réplica como mecanismo protector contra las informaciones inexactas o agraviantes, derecho que a su vez tiene su exégesis en la protección de los derechos subjetivos de la personalidad (honor, reputación, propia imagen, vida privada, reputación, intimidad) derivado del ejercicio del derecho a comunicar y a recibir libremente información; y en segundo lugar, se configura también como un límite constitucional de la información, en la medida en que se reconoce el valor jurídico de la veracidad, bien colectivo éste, cuyo aseguramiento, también se logra mediante el ejercicio del derecho de rectificación, perfectamente tutelable por parte de quien se considere lesionado, incluso bajo la modalidad del hábeas data prevista en el artículo 28 del texto constitucional, quedando a salvo, el límite constitucional previsto en la misma disposición, del secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

Todos estos límites a la libertad de prensa y al derecho a la libre expresión, vienen expresamente reconocidos en la Carta Magna y, delimitan, por tanto, el régimen jurídico constitucional de aquel derecho fundamental, no quedando allí agotado el examen de toda la problemática derivada del tal ejercicio, por cuanto toda persona afectada por el inconstitucional e ilegítimo ejercicio de tales derechos, igualmente dispone del conjun-

to de remedios procesales y jurisdiccionales que el ordenamiento jurídico coloca a su disposición, tales como la acción civil o patrimonial derivadas de la actuación agravante de los periodistas, de los medios de comunicación social o de cualquier persona en general, así como también de la acción penal si el hecho es tipificado como “injuria” o “difamación”⁷⁷⁴.

En segundo lugar, se destaca la sentencia de la Sala Constitucional N° 1013 de 12 de junio de 2001 (Caso: *Elías Santana y Asociación Civil queremos elegir vs. Presidente de la República y Radio Nacional de Venezuela*), en la cual al declarar *in limine litis* la improcedencia de la acción de amparo intentada por Elías Santana y la Asociación que presidía, contra el Presidente de la República y la Radio Nacional de Venezuela, solicitando un derecho de réplica, la Sala lo hizo, considerando que su decisión “será doctrina vinculante en la interpretación de los artículos 57 y 58 de la Carta Fundamental”, en la forma siguiente:

La Sala comenzó su razonamiento con la misma constatación de que “la vigente Constitución separa el Derecho a la libre expresión del pensamiento (artículo 57), del Derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, el cual involucra el derecho a la réplica y rectificación por aquellos que se vean afectados por informaciones inexactas o agraviantes (artículo 58)” de manera que “se trata de dos derechos diferentes, uno dirigido a garantizar la expresión de las ideas a opiniones, y otro, en beneficio de los ciudadanos, constituido por el derecho de ser informados de manera oportuna, veraz e imparcial y sin censura, por los medios de comunicación, ya que el artículo 58 se refiere a la comunicación” En consecuencia “es en relación con la información comunicacional que surge el derecho a la réplica y a la rectificación, como un derecho de los ciudadanos ante los medios de comunicación en general”. Con base en ello, la Sala señaló:

El Derecho a la libre expresión del pensamiento, permite a toda persona expresar libremente su pensamiento, sus ideas u opiniones, bien en forma oral (de viva voz), en lugares públicos o privados; bien por escrito o por cualquier otra forma de expresión (como la artística, o la musical, por ejemplo)...

La norma constitucional (art. 57) autoriza que esa expresión del pensamiento se haga oralmente en círculos privados, en lugares públicos, en mítines, en la docencia, charlas callejeras, mediante altoparlantes, etc; y que igualmente pueda realizarse por escrito mediante hojas volantes, cartas privadas, vallas publicitarias y otras formas de comunicación escrita, artística, científica o técnica (cuadros, esculturas, imágenes, etc).

Además, sea oral, escrita o artística, la libertad de expresión puede realizarse utilizando los medios de comunicación social, escritos, radiofónicos, audiovisuales o de cualquier otra naturaleza que existan o surjan en el futuro.

Sin embargo, la posibilidad de acudir a los medios de comunicación para expresarse, no es un derecho irrestricto que tiene todo ciudadano para transmitir su pensamiento, ya que cada medio tiene limitaciones de tiempo y espacio, por lo que es el director del mismo quien, en vista de las limitantes señaladas, escoge cuales ideas, pensamientos a opiniones son comunicables masivamente, lo que restringe el acceso de la libertad de expresión de las personas a través de los medios de comunicación masivos.

774 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 291 y ss.

Si bien es cierto que la libertad de expresión es irrestricta en el sentido que se puede expresar cualquier pensamiento, concepto, idea u opinión y que, en consecuencia, no puede su emisión ser censurada previamente, impidiendo la divulgación de las manifestaciones generales del pensamiento, de hecho (en la práctica) ella sufre una restricción cuando se pretende utilizar para divulgarla los medios de comunicación masiva, por las razones antes señaladas, al igual que la situación económica de quien expresarse libremente a través de los medios de comunicación social, sin mas limitaciones que las establecidas en la Constitución y las leyes, resulta una norma que no puede interpretarse literalmente.

Surge así una diferencia entre la libertad de expresión, que es en principio irrestricta, y la libertad de comunicación de esa expresión, cuando se hace necesario acudir a vías a las cuales no tiene acceso quien se expresa, sin que le nazca un derecho -derivado de la libertad de expresión- de utilizar correctivamente la forma de comunicación y difusión que crea mas conveniente. Luego, el derecho al "uso de cualquier medio de comunicación o difusión", que otorga a las personas el artículo 57 constitucional, es un derecho relativo, dependiente de la posibilidad real de acceso que se tenga a los medios de comunicación o difusión. Lo que se interpreta de dicha norma es que, en principio, los medios no pueden vetar a nadie para expresarse en ellos, pero que tal actividad depende del tiempo, oportunidad, espacio, etc., que puedan brindarle a las personas para emitir sus pensamientos. Sin embargo, apunta la Sala, que aquellos medios que utilizan servicios, bienes, o derechos concedidos por el Estado, deben prestar una mayor colaboración hacia la sociedad, en beneficio de la libertad de expresión de los ciudadanos.

Por otra parte, si bien es cierto que la libertad de expresión es irrestricta en el sentido que no puede ser impedida por la censura previa oficial (ya que de hecho los medios de comunicación masiva, públicos o privados, limitan lo que se ha de difundir mediante ellos), una vez emitido el pensamiento, la idea o la opinión, el emisor asume plena responsabilidad por todo lo expresado, tal como lo señala el artículo 57 constitucional, y surge así, conforme a la ley, responsabilidad civil, penal, disciplinaria, o de otra índole legal, conforme al daño que cause a los demás la libertad de expresión utilizada ilegalmente.

Puede suceder que, con todo expresado se difame o injurie a alguien (artículos 444 y 446 del Código Penal); o se vilipendie a funcionarios o cuerpos públicos (artículos 223 y 226 del Código Penal); o se ataque la reputación o el honor de las personas, todo que puede constituir un hecho ilícito que origine la reparación de danos materiales y morales, conforme al artículo 1196 del Código Civil; o puede formar parte de una conspiración nacional o internacional, tipificada como delito en el artículo 144 del Código Penal; o puede ser parte de una campana destinada a fomentar la competencia desleal, o simplemente a causar danos económicos a personas, empresas o instituciones. Estos y muchos otros delitos y hechos ilícitos pueden producir la "libertad de expresión"; de allí que el artículo 57 constitucional señale que quien ejerce dicho derecho, asume plena responsabilidad por todo lo expresado, responsabilidad, que al menos en materia civil, puede ser compartida, en los casos de comunicación masiva, por el que pudiendo impedir la difusión del hecho dañoso, la permite, convirtiéndose en coautor del hecho ilícito, conforme a lo previsto en el artículo 1.195 del Código Civil. En otras palabras, la libertad de expresión, aunque no esta sujeta a censura previa, tiene que respetar los derechos de las demás personas, por lo que su emisión genera responsabilidades ulteriores para el emisor, en muchos casos compartidas con el vehículo de difusión, sobre todo cuando este se presta a un terrorismo comunicacional, que busca someter al desprecio publico a personas o a instituciones, máximo cuando lo difundido no contiene sino denuestos, insultos y agresiones que no se compaginan con la discusión de ideas o conceptos.

De todas maneras, apunta la Sala, que el criterio del *animus injuriandi*, para enjuiciar delitos, debe ponderarlo el juzgador, en concordancia con el derecho a la libertad de

expresión, para determinar si la actitud de quien expone sus pensamientos, realmente persigue dañar (como cuando se insulta o arremete sin motivo alguno, o por uno baladí), o es parte de la crítica que se ejerce sobre ciertas situaciones, que por lo regular, involucra políticas públicas y sus protagonistas, tal como lo resalta sentencia de la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia de fecha 29 de febrero de 2000 (caso: *Procter & Gamble de Venezuela, C.A.*).

Diversas convenciones internacionales que son leyes vigentes en el país, con jerarquía constitucional, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la vigente Constitución, señalan responsabilidades derivadas de la libertad de expresión, las cuales deben ser fijadas por la ley.

El artículo 19 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reza:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona libre derecho a la libertad de expresión: este derecho 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 procedente de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede esta sujeto a ciertas restricciones, que deberán sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Una norma similar, con igual texto, ha sido recogida en el artículo 13-2-b de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otra parte, el artículo 13 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, es aún más acabado en todos los sentidos, y es del tenor siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información 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.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente 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:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

3. 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.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma o origen nacional”.

Consecuencia de las normas citadas, todas de rango constitucional, es que la libertad de expresión genera responsabilidades, que deben ser expresamente fijadas por la ley, y que deben asegurar: 1. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás (artículos 444 y 446 del Código Penal, 1196 del Código Civil, por ejemplo). 2. La protección de la seguridad nacional (artículo 144 del Código Penal), el orden público, o la salud o la moral pública. 3. La protección moral de la infancia y la adolescencia (*V. Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente*).

Una serie de delitos y hechos ilícitos que pudieran cometerse mediante la libertad de expresión, irrespetando los derechos de los demás, originarían por tanto responsabilidades ulteriores a quienes se expresan, y los perjuicios a las personas derivadas de la libertad de expresión, no dependen de su difusión, sino del hecho de la expresión irreflexiva.

Son muchos los casos de personas absueltas de un delito, a quienes se les sigue calificando de homicidas, narcotraficantes, corruptos y otros epítetos semejantes, sometiéndolos al escarnio público en franca violación de sus derechos humanos, creando tensiones y daños familiares (que a veces atentan contra el interés del niño y el adolescente, o contra la mujer y la familia, tipificados estos últimos, como violencia psicológica, en el artículo 6 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia).

En relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está previsto en ninguna de las normas comentadas, el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado, ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella, y los daños que cause o los delitos que cometa por lo expresado (en público o en privado) darán lugar a las acciones penales, civiles o de otra naturaleza a que haya lugar.

Lo que sí sostienen las normas transcritas es que el derecho previsto en el artículo 57 constitucional no puede estar sujeto a censura previa (ni directa ni indirecta); pero hay materias donde, a pesar de dicha prohibición, antes de su publicación puede impedirse la difusión de ideas, conceptos, etc., si ocurre una infracción del citado artículo 57 constitucional, ya que éste prohíbe el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promueven la intolerancia religiosa; prohibición también recogida en el numeral 5 del artículo 13 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José) y en el artículo 20 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para que estos mensajes dañosos y expresiones anónimas puedan llevarse adelante, se necesita de la utilización de sistemas de difusión escritos, sonoros (altoparlantes, por ejemplo), radiofónicos, visuales o audiovisuales y, ante la infracción del artículo 57 aludido así como de las otras normas citadas, es el amparo constitucional la vía para que dichas disposiciones se cumplan, y se restablezca la situación jurídica lesionada o amenazada por estas transgresiones.

Igualmente, será el amparo constitucional la vía para impedir la censura previa tanto oficial como privada (boicots); o cuando, como resultado de ella, se mutilen antes de publicarlas, expresiones del pensamiento, o se les tergiverse haciéndolas perder el sentido (lo que igualmente se logra mediante la edición de unas declaraciones, que las tergiversa o mutila), por lo que la situación jurídica del emisor del pensamiento se restablece ordenando su publicación tal como fue expresado.

Apunta la Sala que la Ley puede ordenar y crear mecanismos tendientes a impedir que sean difundidos anónimos, propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o que promuevan la intolerancia religiosa, y que ello no constituiría censura, sino cumplimiento de

la prohibición contenida en el artículo 57 constitucional. Igualmente, la ley puede prohibir la circulación de expresiones del pensamiento que atenten contra otros derechos constitucionales, como son, por ejemplo, los relativos al interés superior del niño (artículo 75 de la vigente Constitución), previstos en el artículo 13 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 67 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

No constituyen formas indirectas de censura, las tasas impositivas que se impongan -en igualdad de condiciones- a las empresas editoriales, ni las normas sobre concesiones de bienes del dominio público (espacio radioeléctrico), ni las disposiciones legales que permitan medidas preventivas sobre programas comunicacionales, obras contentivas de expresiones del pensamiento, etc, tal como las previstas en la Ley sobre el Derecho de Autor, ni las limitaciones al principio de publicidad del proceso; estas últimas más consonas con el derecho a la información.

El artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela desarrolla otro concepto distinto al anterior, el del Derecho a la Información, el cual está íntimamente ligado al de la libertad de expresión, ya que las ideas, pensamientos y opiniones a emitirse se forman con base en la información. El derecho a la información es un derecho de las personas que se adelanta, entre otras formas de adquirirlo, por los medios de comunicación; de allí que, en el choque de este derecho con otros de raíz constitucional, el juez debe ponderar el conflicto de intereses entre el derecho de las personas a estar informados y los otros derechos que pudieran transgredirse, utilizando para ello criterios de proporcionalidad y razonabilidad para determinar cual debe prevalecer.

Pero este último derecho no está referido únicamente a la transmisión de expresiones del pensamiento como conceptos, ideas u opiniones, sino a la propagación de noticias del acontecer diario en el mundo, en el país o en una región del mismo; a la entrevista periodística, al reportaje, a la ilustración fotográfica o visual, tal como lo previene el artículo 3 de la Ley de Ejercicio del Periodismo.

Es la información del suceso y de sus consecuencias una función básicamente periodística, que se ejerce, no en forma clandestina sino pública, por los medios de comunicación social de circulación diaria o periódica, sean ellos escritos, radiales, visuales, audiovisuales o de otra clase.

El artículo 58 citado preferentemente trata la noticia periodística, realizada mediante imágenes, sonidos o escritos, y que trata las informaciones de todo tipo.

El artículo 58 *eiusdem* no se refiere a las obras sujetas a los derechos de autor en sentido lato (libros, cuadros, etc.), que se corresponden con el ejercicio de la libertad de expresión, sino a la información de noticias, que no es otra cosa que el suceso (actual o pasado, o sus proyecciones futuras) transmitido a la colectividad por los medios de comunicación social (lo que hasta podría realizarse mediante pantallas públicas de información, por ejemplo), que también incluye a los anuncios que la ley ordena se difundan y a la publicidad en general, la cual no es *per se* una información de noticias, pero sí sobre la existencia y cualidades de bienes y servicios de toda clase al alcance del público, las cuales no deben ser engañosas a tenor del artículo 117 constitucional.

El manejo masivo de la noticia, que permite a la persona ejercer el derecho a la información oportuna, puede efectuarse por instituciones públicas o privadas, siendo por lo regular estas últimas empresas mercantiles, con fines de lucro, que realizan actos de comercio a tenor del artículo 2º del Código de Comercio, las cuales escogen a dedo, conforme a sus conveniencias, a sus periodistas y colaboradores, y que presentan, junto con las noticias y la publicidad, artículos de opinión, emanados o no de periodistas, entre los que se encuentran los editoriales de la prensa de todo tipo, siendo -por lo tanto- las empresas o instituciones de comunicación masiva, un medio para difundir noticias (informaciones) y opiniones, muchas de las cuales se insertan más en los cánones pu-

blicitarios que en el ejercicio de la libertad de expresión *strictu sensu*, ya que lo que buscan es vender bienes o servicios de manera interesada, más que expresar ideas, conceptos o pensamientos con fines no comerciales. Muchas veces estas opiniones que difunden los medios se basan en sucesos (hechos) a los cuales se remiten, y no es raro que tales opiniones (incluso adversas) estén destinadas a dar publicidad a un personaje, y sean parte de una trama para ese fin.

La información es un derivado de la libertad de expresión, pero por su especificidad y autonomía, la trató aparte el Constituyente, sobre todo al tomar en cuenta la existencia de los medios de comunicación, ya que la información se comunica y, de no ser así, prácticamente no existiría. La información clandestina no pasa de ser el chisme, el rumor o la intriga, a nivel personal y no masivo.

Esta autonomía de la libertad de información, con respecto a la libertad de expresión, ya la había reconocido el Tribunal Constitucional Español en el caso Vinader (105/83).

Sin embargo, la información (la noticia o la publicidad), efectuada por los medios capaces de difundirla a nivel constitucional, debe ser oportuna, veraz, imparcial, sin censura y ceñida a los principios constitucionales (artículo 58 *eiusdem*), y la violación de esos mandatos que rigen la noticia y la publicidad, hace nacer derechos en toda persona para obrar en su propio nombre si la noticia no se amoldó a dichos principios. Igualmente la comunicación (pública) comporta tanto en el comunicador como en el director o editor del medio, las responsabilidades que indique la ley, como lo señala expresamente el artículo 58 constitucional, y el artículo 14 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José.

Ello tiene que ser así, desde el momento que las fuentes de información de los periodistas son secretas por mandato constitucional (artículo 28 de la Carta Fundamental) y legal (artículo 8 de la Ley de Ejercicio del Periodismo). En consecuencia, los dislates periodísticos que atentan contra el derecho de los demás y contra el artículo 58 constitucional, generan responsabilidades legales de los editores o de quienes los publican, al no tener la víctima acceso a la fuente de la noticia que lo agravia. Pero además de estas acciones, y sin que sean excluyentes, las personas tienen el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados por informaciones inexactas o agraviantes.

Los medios de comunicación, al permitir a las personas estar informados, satisfaciéndoles su derecho, en cuanto a esa información o noticia actúan en dos planos: uno general, donde deben emitir información veraz, oportuna e imparcial, donde se evita la difusión de la noticia falsa, o manipulada con medias verdades; de la desinformación que niega la oportunidad de conocer la realidad de la noticia; o de la conjetura o información parcializada para lograr un fin específico contra algo o alguien.

Este derecho constitucional, a favor de toda persona, crea en los medios la obligación de información veraz, oportuna e imparcial, que da derecho a réplica o rectificación, el cual puede ejercerse mediante un amparo, si la situación jurídica de la persona se ve afectada por la información inexacta (así no esté referido a ella), que le impide recibir y difundir informaciones o ideas que le permitan ejercer correctamente su derecho a la libertad de pensamiento o expresión.

Se trata, según el artículo 58 constitucional, de un derecho individual (la norma prevé que la persona se vea afectado directamente), y no colectivo. Sin embargo, y conforme a lo expuesto por esta Sala en sentencia del 31 de agosto de 2000 (caso: William Ojeda Orozco), será posible incoar acciones para ejercer derechos e intereses difusos, cuando la publicidad atente contra la calidad de la vida, cuando la comunicación deja de ser plural, o cuando no contribuyan a la formación ciudadana (artículo 108 constitucional).

En este plano como lo señalara el Tribunal Constitucional Español en fallo del 19 de abril de 1993, "*el requisito de la veracidad condiciona el ejercicio de la libertad de información, imponiendo al comunicador un específico deber de diligencia en la com-*

probación razonable de la veracidad, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales, que no se cumple con la simple afirmación de que lo comunicado es cierto o con alusiones indeterminadas a fuentes anónimas o genéricas, como las policiales, y sin que ello suponga que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información, dejándola reducida a un conjunto de rumores deshonrosos e insinuaciones vejatorias o meras opiniones gratuitas que no merecen protección constitucional”.

La doctrina transcrita, que hace suya esta Sala, que ha sido tomado de la obra de Tomás Gui Mori, *Jurisprudencia Constitucional 1981-1995*, pág. 1976, Edit. Civitas S.A., Madrid 1957, es clave para el manejo del alcance de la libertad de información y las responsabilidades que el abuso de la misma puede generar, así como para delinear los derechos y acciones que tienen las personas.

Resulta un abuso de los medios, que contraría la libertad de información, emitir conceptos negativos o críticos sobre ideas, pensamientos, juicios, sentencias, etc., sin señalar en qué consiste lo criticado, impidiéndole a las personas que tienen el derecho a informarse, enterarse de qué es lo deleznable.

De igual entidad abusiva es acuñar frases con lugares comunes, tales como que una actitud es funesta, una idea un exabrupto o una locura, sin exponer cuál es la actitud o la idea criticada, o aislando de un contexto un sector y comentarlo, sin tomar en cuenta el todo donde se insertó lo resaltado, lo que cambia el sentido de lo aislado.

También es un atentado a la información veraz e imparcial tener un número mayoritario de columnistas de una sola tendencia ideológica, a menos que el medio en sus editoriales o por sus voceros, mantenga y se identifique con una línea de opinión congruente con la de los columnistas y colaboradores.

Tales actitudes permiten, a quien se sienta minimizado en su derecho a estar informado correctamente, incoar las acciones tendientes a que se le informe debidamente, lo que, en puridad de principios, no corresponde ni a un derecho de réplica ni de rectificación, sino más bien a un amparo, por transgresión directa de los derechos que le atribuye a las personas, el artículo 58 constitucional.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, al respecto ha señalado: *“una información inexacta no constituye un objeto digno de protección, porque no puede servir a la correcta formación de la opinión postulada por el Derecho Constitucional”* (Tomado de la obra *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid 1984).

El otro plano es particular. Está referido a las personas que se ven afectadas por informaciones inexactas o agraviantes o que atentan contra sus derechos humanos, contra su dignidad o contra derechos constitucionales que les corresponden, quienes, hasta ahora, no reciben ningún apoyo de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a los derechos humanos, cuando su dignidad, el desenvolvimiento de la personalidad, el honor, la reputación, la vida privada, la intimidad, la presunción de inocencia y otros valores constitucionales se ven vulnerados por los medios de comunicación social.

En este último plano nacen, para las personas agraviadas, varios derechos distintos: uno, establecido en el artículo 58 constitucional, cual es el derecho a réplica y rectificación; otro, que también dimana de dicha norma, así como del artículo 14 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cual es obtener reparación (responsabilidad civil) por los perjuicios que le causaren, los cuales incluyen la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas, ya que si el Estado la tiene, conforme al artículo 30 constitucional, los victimarios particulares también tienen dicha obligación, aunque el juez siempre debe conciliar el derecho que tienen las personas a estar informados, con los otros derechos humanos que se infringen al reclamante.

Esto último lo resaltó la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo, en fallo de 29 de febrero de 2000, donde analizó la responsabilidad penal de los periodistas y editores (que sería otro derecho de los agraviados, el de querellarse), y señaló: “En los Estados Unidos de América, donde la prensa y los medios de comunicación en general han alcanzado la más elevada potencialidad, la jurisprudencia ha establecido hace décadas la doctrina de la “Real Malicia”, en lo concerniente a la responsabilidad de dichos medios. Consiste esa doctrina en no hallar responsabilidad penal o civil para los periodistas, aunque lo que comuniquen sea incierto, con excepción de cuando actúen a sabiendas de la falta de veracidad”.

Hay falta de veracidad, cuando no se corresponden los hechos y circunstancias difundidas, con los elementos esenciales (no totales) de la realidad.

Cuando la información ha sido supuestamente contrastada por el medio antes de su divulgación, aunque tenga errores o inexactitudes, la información puede considerarse veraz, ya que tiene una correspondencia básica con la realidad, y no puede exigirse a quien busca la información, que va a beneficiar a las personas que tienen el derecho a ella, una meticulosidad y exactitud que choca con la rapidez sobre la captura de la noticia, con la dificultad de comprobar la fiabilidad de la fuente de la misma (la cual muchas veces es oficial) o con las circunstancias -a veces oscuras- como sucede con los hechos que interesan al público, etc.

Corresponde a la jurisprudencia, en cada caso, determinar si hubo o no una investigación suficiente sobre la veracidad de lo publicado, como noticia, o como base de una opinión. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español, en fallo de 1988, citado por Rubio Llorente en su obra *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, pág. 208, Edit. Ariel Derecho, 1995), sentó: “*Cuando la Constitución requiere que la información sea ‘veraz’ no está tanto privado de protección a las informaciones que pueden resultar erróneas -o sencillamente no probadas en juicio- cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la ‘verdad’ como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía sería el silencio. (STC6/1988, FJ 5°). Véase también SSTC 171/1990, FJ 8°, 143/1991, FJ 6°, 15/1993, FJ.2°”.*

El mismo Tribunal en sentencia de 1990 (Rubio Llorente, *Ob. cit.*, p. 208), expresó: “(...) la veracidad no actúa de manera uniforme en toda clase de supuestos, puesto que su operatividad excluyente de la antijuricidad de las intromisiones en el honor e intimidad de las personas es muy distinta, según que se trate de hechos u opiniones o la intromisión afecte al derecho al honor o a la intimidad (...) El deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues, al asumir y transmitir a opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad o inveracidad, en cuanto que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador (...) Entendido así el requisito de la veracidad, es de especial importancia distinguir entre pensamientos, ideas, opiniones y juicios de valor, de un lado, y hechos, del otro, puesto que tal distinción delimita teóricamente el respectivo contenido de los derechos de libre expresión e información,

siendo propio de este último la recepción y comunicación de hechos (...). (Ahora bien, la) mezcla de descripción de hechos y opiniones, que ordinariamente se produce en las informaciones, determina que la veracidad despliegue sus efectos legitimadores en relación con los hechos, pero no respecto de las opiniones que los acompañen o valoraciones que de los mismos se hagan, puesto que las opiniones, creencias personales o juicios de valor no son susceptibles de verificación y ello determina que el ámbito de protección del derecho de información quede delimitado, respecto de esos elementos valorativos, por la ausencia de expresiones injuriosas, que resulten innecesarias para el juicio crítico, careciendo de sentido alguno introducir, en tales supuestos, el elemento de veracidad, puesto que, en todo caso, las expresiones literalmente vejatorias o insultantes quedan siempre fuera del ámbito protector del derecho de información. También merece distinto tratamiento el requisito de la veracidad, según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, en sentido inverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa. (STC 172/1990, FJ 3º)".

El derecho a la información, de esencia constitucional, debe ponderarse cuando debe prevalecer sobre otros derechos constitucionales de las personas, pero estos tendrán primacía, cuando la información no es veraz, por falsa, o por falta de investigación básica del medio que la pública o la utiliza.

En el ámbito penal, esto lo tomó en cuenta el fallo de 29 de febrero de 2000 de la Sala de Casación Penal, antes aludido, el cual agregó: "*Las informaciones suministradas en los medios de comunicación y por los periodistas en principio, no llegan a ser delictuosas (difamación e injuria) porque se consideran expuestas con un "animus narrandi" o intención de narrar, informar o comunicar"*.

Dichas informaciones pueden ser erradas, y conculcarían los derechos personales de naturaleza constitucional, cuando se difunden con conocimiento de que eran falsas o con indiferencia temeraria acerca de si la afirmación era falsa o no. Esto es lo que la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica, en el caso *New York Times vs Sullivan* (citado por Rafael Saraza Jimena en su obra *Libertad de Expresión e Información Frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Aranzadi Editorial, 1995); llamó la "*actual malice*" o malicia real.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (extraída de la obra de Saraza Jimena citado) no ha considerado ilegítima la intromisión en los derechos fundamentales de la personalidad, cuando el error era inevitable, o intrascendente, o que no es absolutamente inveraz, o que ha habido pronta corrección o rectificación posterior por el medio.

Se trata, a título enunciativo, de señalar razones que otorgan la tuición constitucional a informaciones erróneas, sin que se considere por ello, que hay menoscabo a derechos de la personalidad.

Sin embargo, a juicio de esta Sala, la información siempre genera responsabilidad civil, cuando ella por falsa o inexacta daña a las personas, y el medio no realizó actividad periodística razonable para confirmarla.

Igualmente, el ejercicio de la libertad de expresión y en cierta forma el de la libertad de información a ello unida, admite opiniones y valoraciones críticas de los hechos noticiosos que se comunican, incluso con el empleo de expresiones molestas, hirientes o excesos terminológicos, siempre que los mismos no constituyan insultos o descalifica-

ciones fuera de discurso, desconectadas o innecesarias con el tema objeto de opinión o información; ni de expresiones hirientes, insidiosas o vejatorias sin conexión con el tema objeto de información u opinión, o innecesarias para la formación de la opinión pública, ni cuando se trata de expresiones injuriosas que exteriorizan sentimientos personales ajenos a la finalidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre y responsable.

No puede existir un insulto constitucionalmente protegido, y ellos, carecen de cobertura constitucional.

El artículo 58 constitucional, reza:

“La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

Mientras que el artículo 14 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, señala:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Nace a nivel constitucional para las personas agraviadas por la información, un derecho de réplica (respuesta) y de rectificación; pero tal derecho no lo tienen ni los medios, ni a quienes en ellos se expresan, ya que, repite la Sala, el derecho a réplica y rectificación no ha sido concedido sino a quienes reciben la *información* y no a quien la suministra.

El artículo 14 citado, señala que la respuesta o la rectificación se efectuará por el mismo órgano de difusión, que produjo la información inexacta o agraviante, en las condiciones que establezca la ley.

La ley, que no es otra que la Ley de Ejercicio del Periodismo, en su artículo 9 señala: “*Toda tergiversación o ausencia de veracidad en la información debe ser ratificada oportuna y eficientemente. El periodista está obligado a rectificar y la empresa a dar cabida a tal rectificación o a la aclaratoria que formule el afectado*”.

No pauta la norma cómo se hará la respuesta o la rectificación, si en la misma página, programa, emisión, etc., donde se difundió la noticia; pero lo que sí está claro es que el obligado a hacerlo es el periodista o la empresa periodística, que claro está podrá agregar lo que verazmente le excluya la responsabilidad, como un aditamento hacia sus lectores u oyentes.

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Ejercicio del Periodismo, son los periodistas los que deben el derecho a réplica o rectificación, pero ellos no lo tienen en el sentido señalado en dicho artículo.

La razón para ello radica en que el medio de difusión, siempre puede contestar (replacar) o rectificar la noticia inexacta o agraviante que sobre él, sus periodistas o colaboradores, haya sido difundida en otro medio.

Por otra parte, no es el derecho a réplica o rectificación un derecho dirigido a refutar opiniones o a mantener una diatriba pública, ya que tal cuestión, por estar dirigida a personas indeterminadas, haría infinita la discusión sin que se pudiera medir con exactitud quien convenció al público. Ello no excluye las discusiones públicas, pero estas no forman parte del derecho de réplica o rectificación.

Estos derechos a la réplica y la rectificación, solo los puede utilizar la persona directamente afectada por la información, así esta se encuentre contenida en un artículo de opinión o un remitido, y siempre que estos sean inexactos o agraviantes (artículo 58 constitucional).

La primera causa para ello, cual es la inexactitud en la información, obliga a quien pide la rectificación o la réplica, a convencer al medio de tal inexactitud, a justificar los elementos en que basa su solicitud, no bastando para ello la sola afirmación de quien ejerce el derecho, de que la información es falsa o inexacta.

Si a pesar de los argumentos que demuestran la inexactitud o falsedad, el medio se niega a publicar la respuesta o a rectificar, las vías jurisdiccionales, entre ellos el amparo, están abiertas para la víctima, donde tendrá la carga de demostrar su afirmación.

La información agraviante, es aquella que lesiona la dignidad, el honor, la reputación, la imagen, la vida privada o íntima, de las personas, exponiéndolas al desprecio público, que puede dañarlas moral o económicamente, y que resulta de una imputación que no se corresponde con la realidad, o que no atiende a la situación actual en que se encuentra una persona. Se trata de imputarle o endilgarle hechos o calificativos que no son congruentes con la situación fáctica o jurídica del agraviado.

Ante tal información, nace en la "víctima" el derecho a que se rectifique, o a dar respuesta contraria a lo que se le imputa, y en ambos casos, el amparo constitucional podría ser la acción que concretaría la protección a los derechos que le otorga el artículo 58 comentado, si se niega la réplica o la rectificación.

Cuando lo que se imputa, es una opinión sin base en hechos que la sustenten, a juicio de esta Sala no hay información que desvirtuar, sino la vía de las acciones ordinarias existentes o que creare la ley.

En el conflicto entre la libertad de expresión e información y los derechos de la personalidad, el juez tiene que ponderar los derechos en conflicto, dándole un valor prevalente a los derechos a la libertad de expresión e información en su colisión con los derechos de personalidad, también fundamentales, siempre que aquellos se refieran a hechos o personas con relevancia pública, o estén destinados a la formación y existencia de una opinión pública libre, o no vacien de contenido a los derechos de la personalidad, o dichas libertades se ejecuten conforme a su naturaleza y función constitucional, o si se trata de información, que ella sea veraz. Corresponderá a la jurisprudencia en cada caso realizar la ponderación y analizar los conceptos de relevancia pública y veracidad de la información.

En el caso que ocupa a la Sala, se observa que tanto los diarios El Nacional, por ejemplo, en su editorial titulado "Ya Basta", así como "El Universal" han disentido de opiniones adversas que sobre ellos ha emitido por televisión o radio el Presidente de la República, y esa disensión se ha llevado adelante por medio de Editoriales publicados en ambos diarios. A juicio de esta Sala, ello demuestra cómo el medio escrito, en el caso de estos ejemplos, pero podría ser en cualquiera otro, puede contestar, contrastar opiniones o informaciones, etc., sin necesidad de acceder al otro medio donde se originó la opinión (o la noticia adversa), ya que su carácter de medio de comunicación social, le permite la proyección pública de la cual carecen los particulares.

Por ello, considera la Sala, que el derecho a la réplica y a la rectificación no lo tienen ni los medios, ni quienes habitualmente ejercen en ellos el periodismo, ni quienes mantie-

nen en ellos columnas o programas, ni quienes mediante “remitidos” suscitan una reacción en contra. Se trata de un derecho concedido a quienes se ven afectados por la información de los medios, y que carecen de canales públicos para contestar o dar su versión de la noticia.

Quien publica un remitido en un medio, si un interesado le contesta en otro medio, no puede pretender (quien publicó el primero) le den gratis un espacio en el segundo medio para contrareplicar, ya que los remitidos no forman parte del periodismo de información al cual se refiere el artículo 58 comentado; pero tampoco pueden los periodistas, directores y editores de medios de comunicación, pretender que en otro medio se le permita responder lo que en el se haya difundido y consideren los perjudica, ya que estarían utilizando innecesariamente un espacio, cuando muy bien ellos, utilizando sus canales de difusión escritos, orales o audiovisuales, pueden hacerlo.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el caso “Richard Schmid vs Der Spiegel” expuso: “*las declaraciones publicadas en la prensa, formuladas como réplica a un ataque en la prensa y a su impacto en la opinión pública, caían bajo el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión...*” (*Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, Ob. cit. pág. 359*), considerando como réplica, la respuesta dada en otro medio distinto al agraviante.

Dentro de ese orden de ideas, el ciudadano Elías Santana, quien tiene en el diario El Nacional una columna semanal, pretende refutar al Presidente de la República, por la vía de la réplica, en relación con unas opiniones dadas por éste que, sobre la popularidad de ambos ciudadanos (Santana y él), emitió el Presidente en el programa “Aló, Presidente”.

Considera la Sala que si Elías Santana o la Asociación Civil Queremos Elegir creen que han sido agraviados por el Presidente de la República, pueden ejercer las acciones que sean procedentes, pero que al ser un periodista con una columna fija en el diario El Nacional (El Ombudsman), y un programa radial diario “Santana Total”, en Radio Capital, quien pide el derecho de réplica en su propio nombre y en el de la persona jurídica de la cual es vocero y por quien habla, carece de derecho a réplica o rectificación alguno, ya que lo que crea conveniente contestar al Presidente puede hacerlo, tanto en su columna como en el diario donde la tiene, que además es un periódico de circulación nacional, o en el programa radial, sin que pueda hacerse para estos fines una separación entre su persona y la de la Asociación Civil Queremos Elegir, por quien también actúa, ya que él es el vocero de tal Asociación. Según lo transcrito en el escrito de amparo, reproducido en este fallo, en las declaraciones que los actores atribuyen al Presidente de la República, éste se refirió a su vez a declaraciones del Sr. Elías Santana, expuestas en el diario donde escribe, emitidas a nombre propio y de la Asociación Queremos Elegir, la cual por lo regular es representada por el Sr. Santana, quien se expresa en su nombre. En casos como éstos, en que en la persona de un columnista o periodista de un medio de comunicación, se confunde en él la representación de una persona jurídica, que también constantemente declara en los periódicos por medio del periodista o columnista, situación que conoce la Sala por tratarse de hechos notorios comunicacionales, mal puede existir una dicotomía que otorgue un derecho de réplica o rectificación especial para su representada.

Además, apunta la Sala, que los hechos que se imputan al Presidente de la República para solicitar el derecho a réplica, no constituyen informaciones inexactas o agraviantes que se endilguen a los actores, sino se trata de opiniones, que se centran en la popularidad que dice tener el Presidente comparada con la de los actores, así como en una actitud amenazante que colige el Presidente de lo expresado por los accionantes, y que mal podrían originar el derecho a réplica o rectificación contenido en el artículo 58 constitucional, y así se declara.

Es más, lo que pretenden los accionantes no es el ejercicio del derecho de réplica, ya que fue a ellos a quienes les contestó el Presidente, sino el de sostener una discusión pública, para lo que no es necesario, para el columnista, acudir al artículo 58 constitucional.

Igualmente consta en autos que, a los accionantes, Radio Nacional de Venezuela les otorgó el derecho a réplica que ahora solicitan, pero que éstos, sin base legal alguna, quisieron imponer al medio las condiciones de ejercicio del derecho, lo que equivale a obligar a un medio, que por ejemplo, publicó una noticia en primera página, a publicar en esa misma página la respuesta o la rectificación; proceder que no aparece en las leyes citadas en este fallo⁷⁷⁵.

En tercer lugar, se destaca la sentencia N° 1942 de la Sala Constitucional de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación de los artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 223, 224, 225, 226, 227, 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal*, sobre las llamadas leyes de desacato), en la cual la Sala al declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los mencionados artículos del Código Penal, por no colidir contra la libertad de expresión e información consagrados en la Constitución (declarando sin embargo, parcialmente con lugar la acción de inconstitucionalidad de los artículos 223, 224, 225 y 226 de dicho Código). fijó los siguientes criterios:.

La “libertad de expresión” consiste en el derecho que tiene toda persona de expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y hacer uso de cualquier medio de comunicación o difusión para ello (artículo 57 constitucional). Este derecho incluye la libertad de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, por lo que íntimamente unida a la libertad de expresión se encuentra la libertad de información que consagra el artículo 58 constitucional.

Se trata de un derecho constitucional que no es absoluto, ya que según la propia norma, quien lo ejerce, asume plena responsabilidad por todo lo expresado, y de allí que las Constituciones, por lo general, reconozcan la inmunidad parlamentaria, tal como lo hace la vigente en el artículo 200, para eximir de responsabilidad la libertad de expresión de los diputados o miembros de parlamentos.

Se trata de la responsabilidad proveniente de la ley que así restringe, por mandato del propio artículo 57 constitucional, el derecho -en principio ilimitado- que tienen las personas de expresar libremente sus pensamientos, ideas u opiniones. Por lo tanto, las normas que establezcan responsabilidades por lo expresado, son normas que se adaptan a la Constitución y cumplen con ella.

Esta última, en su artículo 57, prohíbe el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa, por lo que la expresión de ideas, pensamientos, conceptos, etc., que promuevan la guerra (interna o externa), los mensajes discriminatorios que persigan excluir o fomentar el odio entre las personas por razones de raza, sexo, credo o condición social (artículo 21.1 constitucional), así como los que promuevan la intolerancia religiosa, no gozan de la protección constitucional y pueden, al estar legalmente prohibidos, perseguirse y reprimirse. En igual situación se encuentran los mensajes y exposiciones que colidan con otros dere-

775 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 117 y ss. Sobre esta sentencia véase Allan R. Brewer-Carías et al, *La Libertad de expresión amenazada. Sentencia 1013*, Instituto Interamericano de Derechos humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas / San José 2001.

chos y principios constitucionales, correspondiendo a esta Sala determinar cuál es la norma aplicable en casos antinómicos.

La Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13, establece otros límites a la libertad de expresión o de pensamiento, contemplando responsabilidades ulteriores a la expresión que están expresamente fijadas en la ley (artículo 13.2). Tal advertencia la realiza la norma, ya que ella prohíbe la censura previa, como forma para impedir la expresión del pensamiento, y de allí que establezca la responsabilidad por lo que se va a expresar, utilizando cualquier medio de comunicación; responsabilidad que nace con motivo de lo expresado.

El citado artículo 13.2, a su vez señala para los países suscriptores del Convenio, cuáles materias generarán las responsabilidades ulteriores de quienes expresan opiniones o ideas y las informen, y ellas son: 1) Los que afecten el respeto o a la reputación de los demás; 2) Los que afecten la seguridad nacional; 3) Los que atenten contra el orden público; 4) Los que perjudiquen la salud; 5) Los que ataquen la moral pública; 6) La propaganda de guerra; y, 7) La apología del odio nacional, racial o religioso, que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas.

En consecuencia, los países signatarios de la Convención, pueden legislar en esas siete áreas, para exigir responsabilidad a posteriori de su comunicación a lo expresado por las personas.

A juicio de esta Sala, el artículo 13.2 colide en cierta forma con el artículo 57 constitucional. Este prohíbe la censura a las expresiones que se difundirán por los medios de comunicación o difusión, lo que es coincidente con la letra del artículo 13.2 comentado, pero el artículo 57 constitucional no permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa, sin diferenciar, al no prohibirla, en qué oportunidad se impedirá su difusión. Como el artículo 58 constitucional se refiere a la comunicación de la expresión e información "sin censura, de acuerdo a los principios de esta Constitución", la Sala interpreta que en materia comunicacional y por aplicación de otros principios constitucionales, la ley puede impedir la difusión de informaciones que dejen sin contenidos otras normas constitucionales o los principios que rigen la Carta Fundamental.

A juicio de la Sala, ello puede tener lugar aun antes de que los medios de comunicación lo hagan conocer, ya que, de no ser así, el efecto nocivo, que reconoce la norma constitucional y que trata de impedir, tendría lugar irremisiblemente.

La Sala anota, que las ideas o pensamientos que el artículo 57 de nuestra Carta Fundamental prohíbe (propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o los que promuevan la intolerancia religiosa), colocados en la norma después de la declaratoria de que la comunicación y difusión de las ideas, pensamientos y opiniones, no pueden ser sometidos a censura previa, constituyen restricciones a dicho derecho, ya que luego de establecerse el principio, la norma establece que no se permitirá ni el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Para que no se permitan tales expresiones, la ley puede crear censura previa a su difusión o comunicación, siempre que actos jurisdiccionales la ordenen. Sin embargo, las prohibiciones del artículo 57 constitucional son en parte distintas de aquellas que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla, las cuales nunca pueden ser objeto de censura anterior a su difusión o comunicación, pero que sí generan responsabilidades (de acuerdo con lo que establece la ley) a quien las exprese en cualquier forma. Apunta la Sala que son en parte distintas, ya que hay supuestos contemplados en ambas normas, las cuales al ser diferentes, otorgan efectos distintos a los supuestos coincidentes.

Resultan de aplicación preferente, ya que garantizan mayor protección a los derechos humanos de la colectividad, las prohibiciones, y los efectos que ellas producen, contempladas en el artículo 57 constitucional, sobre las que, a su vez, establece el artículo 13.2 del "Pacto de San José", por lo que la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa, además de la responsabilidad personal de quienes los emitan, podrán ser censurados previamente si la Ley lo señala.

El artículo 13.2 aludido, consideró a la propaganda de guerra y a los mensajes discriminatorios o promotores de la intolerancia religiosa, sólo como generadores de responsabilidad, pero no sujetos a censura previa. La Sala considera, que los bienes jurídicos tutelados por la Constitución favorecen más a los derechos humanos colectivos y, por ello, el artículo 57 constitucional es de aplicación preferente al ser desarrollado por la ley.

Lo importante del artículo 13.2 de la Convención, es que sólo en las materias allí contempladas es que nace responsabilidad (civil, penal, etc.) para quien se expresa, resultando contrarias a la Convención y a su naturaleza constitucional, las normas que fuera de esas materias establezcan responsabilidades. De allí que, para decidir sobre las nulidades planteadas, la Sala previamente debe determinar cuál es el alcance del artículo 13.2, así como el de los impedimentos contemplados en el artículo 57 constitucional, para después comparar las normas impugnadas con dichos artículos a fin de establecer si coliden o no con la Constitución y la Convención.

A ese fin la Sala procede a analizar.

En primer lugar, la libertad de expresión debe respetar el derecho de los demás. En un sentido amplio, ninguna persona natural o jurídica puede ser dañada en forma arbitraria por la expresión de otro; es decir, los daños que éste cause se pueden subsumir en el artículo 1185 del Código Civil, o en cualquier otro que precave a las personas de daños de cualquier clase, como los que pueden surgir -por ejemplo- de la competencia desleal producida comunicacionalmente o en otra forma.

En un sentido estricto y debido a la redacción respecto a los derechos o a la reputación de los demás, podría interpretarse que las responsabilidades de quien se expresare sólo tienen lugar cuando atentan contra la reputación de las personas naturales, que es a quienes se aplica la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 2), tal como lo estableció el Informe N° 47/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 16 de octubre de 1997, en el caso de: Tabacalera Boquerón S.A. Paraguay. Esto no significa que las personas jurídicas, en otro ámbito como el mercantil, no puedan ser objeto de daños en la "reputación mercantil" como producto del hecho ilícito proveniente de la libertad de expresión. Pero existiendo el derecho a la integridad personal (que corresponde a las personas naturales) que involucra la integridad psíquica y moral, la protección a la reputación se refiere a la lesión de esa integridad psíquica y moral, lo que se ve apuntalado por el artículo 10 de la ya mencionada Convención Americana que protege la honra, reputación y la dignidad, y otorga el derecho de ser protegido contra injerencias y ataques a la vida privada, al domicilio, a la correspondencia, a la honra y reputación.

Dentro de esta interpretación restringida, las normas que tipifican los delitos de difamación e injuria contra las personas, lo que involucraría la responsabilidad por la imputación pública prevenida en el artículo 290 del Código Orgánico Procesal Penal, no violan la Constitución, incurriendo, quien se exprese, en responsabilidad penal, sin que pueda considerarse que el artículo 13 de la Convención, en general, proteja a quien con su conducta infrinja las normas protectoras de la reputación de los demás.

En segundo lugar, la protección a la seguridad nacional o seguridad de la nación, se encuentra conceptualizada tanto en la Constitución vigente, en el Título destinado a la Seguridad de la Nación, como en la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa.

Conforme a ambas leyes, la seguridad se fundamenta en el desarrollo integral de la Nación, siendo la defensa una responsabilidad de los venezolanos y venezolanas, personas naturales o jurídicas, que se encuentren en el espacio geográfico nacional.

La defensa integral de la Nación, conformada por las estrategias y planes de seguridad exterior e interior, y la ejecución de operaciones a esos fines; la soberanía y la integridad del espacio geográfico (artículos 323 y 325 constitucionales), lo que incluye la atención de las fronteras, son aspectos de la seguridad de la nación, conforme al artículo 326 constitucional. La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, seguridad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. Este principio de corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar.

En consecuencia, lo que debilita, atenta o enerva los fundamentos de la seguridad nacional, conforme al artículo 13.2 aludido, puede generar responsabilidad, si es que las acciones en ese sentido provienen del ejercicio de la libertad de expresión. Toda expresión que busque debilitar a las Fuerzas Armadas y a los órganos de seguridad ciudadana, como elementos de la seguridad de la nación, pueden igualmente producir responsabilidades legales.

En tercer lugar, las expresiones que atenten contra el orden público, también pueden generar responsabilidad de quien las emite, responsabilidad que puede ser civil, penal, administrativa, disciplinaria, etc.

A juicio de esta Sala, el orden público es una noción ligada a evitar el caos social. La Sala lo ha definido como el "... Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos..." (tomado del Diccionario Jurídico Venezolano D & F, pág. 57, señalado en la stc. N° 77 del 9 de marzo de 2000, Caso: *José Alberto Zamora Quevedo*).

En cuarto lugar, la protección de la salud, física o mental, permite exigir responsabilidades a quien abusando de la libertad de expresión, incite al consumo de sustancias de cualquier clase que dañen la salud, o que debilita o enerva campañas sanitarias, o que atenta contra la salud mental de la población o de sectores de ella y hasta de particulares, generando histeria, odio, depresiones, sentimientos de intolerancia, adicciones y otros sentimientos afines.

Por último, la libertad de expresión utilizada para disminuir la moral pública, también puede generar responsabilidad de quien la expresa.

Se trata de efectos a posteriori a la comunicación, los cuales deben estar señalados por las leyes debido a las responsabilidades que de ellas emanan, distinto a los límites a priori que evitan que las ideas o conceptos, se difundan, siempre que se considere que se está ante propaganda de guerra, incitación a la intolerancia religiosa, o ante mensajes discriminatorios. Conforme al artículo 253 Constitucional, corresponderá a los órganos jurisdiccionales establecer las responsabilidades.

En relación con leyes que exigen las responsabilidades provenientes del uso abusivo de la libertad de expresión, en las áreas permitidas por la Constitución y los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales suscritos por Venezuela, la Sala señaló que deben adaptarse a los principios que informan la Constitución contenidos en el Título de los Principios Fundamentales, en particular, el artículo 2, precisando que:

Dentro de un Estado Democrático, entre cuyos valores se encuentra la libertad, la ética y el pluralismo político, el hecho político debe tenerse en cuenta al medir el acto abusivo del derecho a la libre expresión, ya que, de no ser así, quienes intervienen en la lucha política se convertirán en unos eunucos, ya que no podrían exponer a sus seguidores, o a quienes pretendan los acompañen, sus ideas y fines.

Una interpretación literal de las leyes que a priori o a posteriori inciden sobre la libertad de expresión, devendría en un obstáculo para el pluralismo político y para la confrontación de ideas que debe caracterizar un sistema democrático; ideas y conceptos que muchas veces emergen de hechos -supuestos o reales- con los cuales se consustancia el mensaje.

Esta realidad, que surge del artículo 2 constitucional, flexibiliza la interpretación que ha de darse a muchas normas que señalan responsabilidades provenientes de la libertad de expresión y que, por aplicación constitucional, el juez debe ponderar antes de aplicarlas.

Pero la Sala acota que la flexibilización funciona con quienes forman parte de partidos o movimientos políticos que, de una u otra forma, intervienen en los comicios que se celebran nacional o localmente, mas no con respecto a difamadores de oficio, o de cualquier otra índole.

Dentro del ámbito político, el juzgamiento de las conductas debe hacerse adecuándolos, no sólo a los principios constitucionales, sino a las prácticas, usos, costumbres y convenciones del correspondiente régimen político, como lo apunta el Presidente del Tribunal Constitucional de la República Española, Manuel Jiménez de Parga, en artículo publicado en el Diario ABC de Madrid el 3 de octubre de 2000, titulado "El Derecho Político no es el Derecho Penal".

La democracia no sólo es un sistema político, sino una forma de convivencia, y en la interpretación de las normas sobre responsabilidad, originada por el uso abusivo de la libertad de expresión, el juez tiene que calificar el abuso, la imprudencia, la intención y si tal abuso proviene de quienes ejercen la política. Debe igualmente valorar si lo expuesto efectivamente atenta contra la convivencia y con la realidad, ya que el funcionamiento verdadero de las instituciones, muy lejanas a veces al deber ser legal, puede generar duros ataques que comprueban la discrepancia entre lo que la Constitución y las leyes prescriben y lo que en la realidad ocurre.

Se trata de la denuncia concreta de la divergencia entre el texto legal y la conducta de los miembros de los poderes, la cual puede tener visos efectistas para hacerlas más conocidas o impactante, y ello no debe generar responsabilidades para quien opine con base en hechos que resalta, a menos que sean totalmente falsos. Se trata de una situación con cierta semejanza a la prevista en el artículo 449 del Código Penal.

Esta expresión es diferente a la vejatoria, a la referida a generalidades y lugares comunes que sólo buscan -por reiteradas- el desprestigio de instituciones o personalidades, la quebrar del patrimonio moral de las personas.

La particularidad que reconoce la Sala a la expresión política, como función pluralista y democrática, no la tienen -ni la pueden tener- quienes no hacen política y simplemente ofenden, desprestigian, difaman o mienten, en atención a sus intereses particulares y concretos, quienes más bien irrespetan la libertad de expresión.

La Sala quiere apuntar, a pesar de que no fue alegado, que ni siquiera en la manifestación de la libertad de conciencia, que garantiza el artículo 61 constitucional, puede fundarse el ataque a las normas impugnadas por el accionante, ya que dicho artículo 61 expresa que tal derecho no existe si su práctica constituye delito.

La Sala señala este criterio de interpretación con carácter vinculante, como un derivado de la libertad de expresión que contiene el artículo 57 constitucional y las responsabili-

dades que la misma norma impone y a las cuales se refiere la sentencia N° 1013 de esta Sala del 12 de junio de 2001 (Caso: *Eliás Santana*).

Aduce igualmente el accionante que las normas impugnadas también contrarían el artículo 58 constitucional.

Este artículo desarrolla otro aspecto de la libertad de expresión, cual es el de la libertad de comunicación, que no es otra que la de divulgar las ideas y opiniones. Pero la norma incluye el derecho de las personas a estar informadas en forma oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios constitucionales, lo que se refiere a un aspecto diferente, aunque conexo, de la libertad de expresión, y que gravita sobre los medios destinados a producir masivamente opiniones y noticias sobre sucesos, es decir, los medios destinados, en cualquier forma, a la comunicación, los cuales asumirán las responsabilidades que indique la ley.

Se trata de una responsabilidad que puede emanar de la propia comunicación, por los ilícitos en que ella incurra, como sería la responsabilidad hacia los que tienen derecho a la información, si es que ella no es oportuna, veraz, imparcial y sin censura (excepto la permitida por el artículo 57 constitucional, ante las violaciones a su mandato, o la autocensura que en determinados casos puede realizar un medio para precaver otros valores constitucionales, pero que no es del caso analizarlas en este fallo).

Luego, tanto en la expresión y comunicación de las ideas como en la de sucesos (noticias), la propia Constitución dispone responsabilidades para quien opina y para quien comunica.

Tal responsabilidad no cesa, salvo que la normativa así lo señale, porque se ejerza el derecho de réplica y rectificación expresados en dicho artículo 58, el cual se ejercerá conforme la Sala lo explicó en la sentencia N° 1013 antes citada. Esta última decisión, la cual se reitera, señaló los criterios que deben ponderar los jueces para determinar la responsabilidad de los que ejercen legalmente el periodismo, ya que la emisión de informaciones y noticias por parte de estos profesionales, cuando obran dentro de los parámetros del ejercicio profesional, debe ser ponderada por los jueces con laxitud, debido a las diversas condiciones que gravitan sobre la obtención de la noticia.

El artículo 58 en comento debe concatenarse con el artículo 13 del Pacto de San José y, por lo tanto, la información debe asegurar el derecho a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública.

Del citado artículo 13, se colige que existe una diferencia en cuanto al material comunicacional, entre la información y la propaganda (producto también de la libertad de expresión).

Mientras la información busca dar a conocer ideas, sucesos, etc., la propaganda tiene como finalidad dar a conocer algo con el fin de atraer adeptos (propaganda política, religiosa, etc.) o consumidores (propaganda comercial). Tal finalidad le da una estructura diferente a este tipo de comunicación que la separa, en principio, de la información o la exposición de ideas, conceptos y opiniones, por lo que puede ser objeto de regulaciones que toman en cuenta sus características, motivo por el que existen leyes que regulan la propaganda comercial, por ejemplo.

Corresponde a la ley o a los jueces, por aplicación directa de las normas constitucionales, prohibir cualquier tipo de propaganda a favor de la guerra, o del odio nacional, racial o religioso, o que incite a la violencia. Las limitaciones legales o judiciales (amparos) en ese sentido se ajustan al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y no necesariamente deben surgir de leyes específicas, destinadas a regular la propaganda⁷⁷⁶.

776 Véase sobre esta sentencia los comentarios en Alberto Arteaga Sánchez et al, *sentencia 1942 vs. Libertad de expresión*, Caracas, 2004.

Con fundamento en los criterios anteriormente transcritos, la Sala Constitucional, en la mencionada sentencia N° 1942 de 15 de julio de 2003, declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 227, 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal, por no colidir contra la libertad de expresión e información consagrados en la Constitución, declarando sin embargo, parcialmente con lugar la acción de inconstitucionalidad contra los artículos 223, 224, 225 y 226 del mismo Código. Dentro de los criterios sentados por la Sala, se destacan los contenidos en las siguientes afirmaciones:

En virtud de que las fuentes de información de los periodistas son secretas por mandato constitucional (artículo 28 de la Carta Fundamental) y legal (artículo 8 de la Ley de Ejercicio del Periodismo):

Los dislates periodísticos que atentan contra el derecho de los demás y contra el artículo 58 constitucional, generan responsabilidades legales de los editores o de quienes los publican, al no tener la víctima acceso a la fuente de la noticia que lo agravia. Pero además de estas acciones, y sin que sean excluyentes, las personas tienen el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados por informaciones inexactas o agraviantes...

Sobre el tema de la información veraz, la Sala señaló:

Los medios de comunicación, al permitir a las personas estar informados, satisfaciéndoles su derecho, en cuanto a esa información o noticia actúan en dos planos: uno general, donde deben emitir información veraz, oportuna e imparcial, donde se evita la difusión de la noticia falsa, o manipulada con medias verdades; de la desinformación que niega la oportunidad de conocer la realidad de la noticia; o de la conjetura o información parcializada para lograr un fin específico contra algo o alguien. Este derecho constitucional, a favor de toda persona, crea en los medios la obligación de información veraz, oportuna e imparcial, que da derecho a réplica o rectificación, el cual puede ejercerse mediante un amparo, si la situación jurídica de la persona se ve afectada por la información inexacta (así no esté referido a ella), que le impide recibir y difundir informaciones o ideas que le permitan ejercer correctamente su derecho a la libertad de pensamiento o expresión.

Se trata, según el artículo 58 constitucional, de un derecho individual (la norma prevé que la persona se vea afectado directamente), y no colectivo...

En este plano como lo señalara el Tribunal Constitucional Español en fallo del 19 de abril de 1993, "el requisito de la veracidad condiciona el ejercicio de la libertad de información, imponiendo al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales, que no se cumple con la simple afirmación de que lo comunicado es cierto o con alusiones indeterminadas a fuentes anónimas o genéricas, como las policiales, y sin que ello suponga que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información, dejándola reducida a un conjunto de rumores deshonrosos e insinuaciones vejatorias o meras opiniones gratuitas que no merecen protección constitucional".

La doctrina transcrita, que hace suya esta Sala, que ha sido tomado de la obra Jurisprudencia Constitucional 1981-1995, de Tomás Gui Mori (Edit. Civitas S.A Madrid 1957 p. 1976), es clave para el manejo del alcance de la libertad de información y las responsabilidades que el abuso de la misma puede generar, así como para delinear los derechos y acciones que tienen las personas.

Resulta un abuso de los medios, que contraría la libertad de información, emitir conceptos negativos o críticos sobre ideas, pensamientos, juicios, sentencias, etc., sin señalar en qué consiste lo criticado, impidiéndole a las personas que tienen el derecho a informarse, enterarse de qué es lo deleznable. De igual entidad abusiva es acuñar frases con lugares comunes, tales como que una actitud es funesta, una idea un exabrupto o una locura, sin exponer cuál es la actitud o la idea criticada, o aislando de un contexto un sector y comentarlo, sin tomar en cuenta el todo donde se insertó lo resaltado, lo que cambia el sentido de lo aislado...

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, al respecto ha señalado: “una información inexacta no constituye un objeto digno de protección, porque no puede servir a la correcta formación de la opinión postulada por el Derecho Constitucional” (Tomado de la obra “Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales”. Centro Estudios Constitucionales. Madrid. 1984).

En relación con las personas que se ven afectadas por informaciones inexactas o agraviantes o que atentan contra sus derechos humanos, contra su dignidad o contra derechos constitucionales que les corresponden, la Sala señaló que:

Hasta ahora, no reciben ningún apoyo de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a los derechos humanos, cuando su dignidad, el desenvolvimiento de la personalidad, el honor, la reputación, la vida privada, la intimidad, la presunción de inocencia y otros valores constitucionales se ven vulnerados por los medios de comunicación social.

En este último plano nacen, para las personas agraviadas, varios derechos distintos: uno, establecido en el artículo 58 constitucional, cual es el derecho a réplica y rectificación; otro, que también dimana de dicha norma, así como del artículo 14 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cual es obtener reparación (responsabilidad civil) por los perjuicios que le causaren, los cuales incluyen la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas, ya que si el Estado la tiene, conforme al artículo 30 constitucional, los victimarios particulares también tienen dicha obligación, aunque el juez siempre debe conciliar el derecho que tienen las personas a estar informados, con los otros derechos humanos que se infringen al reclamante.

Esto último lo resaltó la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo, en fallo de 29 de febrero de 2000, donde analizó la responsabilidad penal de los periodistas y editores (que sería otro derecho de los agraviados, el de querellarse), y señaló: “En los Estados Unidos de América, donde la prensa y los medios de comunicación en general han alcanzado la más elevada potencialidad, la jurisprudencia ha establecido hace décadas la doctrina de la “Real Malicia”, en lo concerniente a la responsabilidad de dichos medios. Consiste esa doctrina en no hallar responsabilidad penal o civil para los periodistas, aunque lo que comuniquen sea incierto, con excepción de cuando actúen a sabiendas de la falta de veracidad”.

Hay falta de veracidad, cuando no se corresponden los hechos y circunstancias difundidas, con los elementos esenciales (no totales) de la realidad.

Cuando la información ha sido supuestamente contrastada por el medio antes de su divulgación, aunque tenga errores o inexactitudes, la información puede considerarse veraz, ya que tiene una correspondencia básica con la realidad, y no puede exigirse a quien busca la información, que va a beneficiar a las personas que tienen el derecho a ella, una meticulosidad y exactitud que choca con la rapidez sobre la captura de la noticia, con la dificultad de comprobar la fiabilidad de la fuente de la misma (la cual muchas veces es oficial) o con las circunstancias –a veces oscuras- como sucede con los hechos que interesan al público, etc.

Corresponde a la jurisprudencia, en cada caso, determinar si hubo o no una investigación suficiente sobre la veracidad de lo publicado, como noticia, o como base de una opinión. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español, en fallo de 1988, citado por Rubio Llorente en su obra *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales* (Edit. Ariel Derecho, 1995, p. 208), sentó: “Cuando la Constitución requiere que la información sea ‘veraz’ no está tanto privado de protección a las informaciones que pueden resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la ‘verdad’ como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía sería el silencio. (STC6/1988, FJ 5.º). Véase también STC 171/1990, FJ 8.º, 143/1991, FJ 6.º, 15/1993, FJ.2º”.

El mismo Tribunal en sentencia de 1990 (Rubio Llorente, *ob. cit.*, p. 208), expresó: “(...) la veracidad no actúa de manera uniforme en toda clase de supuestos, puesto que su operatividad excluyente de la antijuricidad de las intromisiones en el honor e intimidad de las personas es muy distinta, según que se trate de hechos u opiniones o la intromisión afecte al derecho al honor o a la intimidad (...) El deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues, al asumir y transmitir a opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad o inveracidad, en cuanto que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador (...) Entendido así el requisito de la veracidad, es de especial importancia distinguir entre pensamientos, ideas, opiniones y juicios de valor, de un lado, y hechos, del otro, puesto que tal distinción delimita teóricamente el respectivo contenido de los derechos de libre expresión e información, siendo propio de este último la recepción y comunicación de hechos (...). (Ahora bien, la) mezcla de descripción de hechos y opiniones, que ordinariamente se produce en las informaciones, determina que la veracidad despliegue sus efectos legitimadores en relación con los hechos, pero no respecto de las opiniones que los acompañen o valoraciones que de los mismos se hagan, puesto que las opiniones, creencias personales o juicios de valor no son susceptibles de verificación y ello determina que el ámbito de protección del derecho de información quede delimitado, respecto de esos elementos valorativos, por la ausencia de expresiones injuriosas, que resulten innecesarias para el juicio crítico, careciendo de sentido alguno introducir, en tales supuestos, el elemento de veracidad, puesto que, en todo caso, las expresiones literalmente vejatorias o insultantes quedan siempre fuera del ámbito protector del derecho de información. También merece distinto tratamiento el requisito de la veracidad, según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, en sentido inverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa. (STC 172/1990, FJ 3.º)”.

El derecho a la información, de esencia constitucional, debe ponderarse cuando debe prevalecer sobre otros derechos constitucionales de las personas, pero estos tendrán primacía, cuando la información no es veraz, por falsa, o por falta de investigación básica del medio que la pública o la utiliza.

En el ámbito penal, esto lo tomó en cuenta el fallo de 29 de febrero de 2000 de la Sala de Casación Penal, antes aludido, el cual agregó: "Las informaciones suministradas en los medios de comunicación y por los periodistas en principio, no llegan a ser delictuosas (difamación e injuria) porque se consideran expuestas con un "animus narrandi" o intención de narrar, informar o comunicar".

Dichas informaciones pueden ser erradas, y conculcarían los derechos personales de naturaleza constitucional, cuando se difunden con conocimiento de que eran falsas o con indiferencia temeraria acerca de si la afirmación era falsa o no. Esto es lo que la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica, en el caso *New York Times vs Sullivan* (citado por Rafael Saraza Jimena en su obra *Libertad de Expresión e Información Frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Aranzadi Editorial. 1995); llamó la "actual malice" o malicia real.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (extraída de la obra de Saraza Jimena citado) no ha considerado ilegítima la intromisión en los derechos fundamentales de la personalidad, cuando el error era inevitable, o intrascendente, o que no es absolutamente inveraz, o que ha habido pronta corrección o rectificación posterior por el medio.

Se trata, a título enunciativo, de señalar razones que otorgan la tuición constitucional a informaciones erróneas, sin que se considere por ello, que hay menoscabo a derechos de la personalidad.

Sin embargo, a juicio de esta Sala, la información siempre genera responsabilidad civil, cuando ella por falsa o inexacta daña a las personas, y el medio no realizó actividad periodística razonable para confirmarla.

Igualmente, el ejercicio de la libertad de expresión y en cierta forma el de la libertad de información a ello unida, admite opiniones y valoraciones críticas de los hechos noticiosos que se comunican, incluso con el empleo de expresiones molestas, hirientes o excesos terminológicos, siempre que los mismos no constituyan insultos o descalificaciones fuera de discurso, desconectadas o innecesarias con el tema objeto de opinión o información; ni de expresiones hirientes, insidiosas o vejatorias sin conexión con el tema objeto de información u opinión, o innecesarias para la formación de la opinión pública, ni cuando se trata de expresiones injuriosas que exteriorizan sentimientos personales ajenos a la finalidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre y responsable. No puede existir un insulto constitucionalmente protegido, y ellos, carecen de cobertura constitucional". Ello se reitera en este fallo.

D. *Apreciación crítica sobre la interpretación vinculante contenida en la sentencia N° 1013 de la Sala Constitucional*

a. *La falsa dicotomía de derechos constitucionales de la cual partió la Sala Constitucional para su interpretación*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la citada Sentencia N° 1.013 de 12-06-01, ha pretendido interpretar los artículos 57 y 58 de la Constitución sentando una "doctrina vinculante", para lo cual partió del falso supuesto de que la Constitución "separa" en forma absoluta en esas normas, dos derechos: primero, el derecho a la libre expresión del pensamiento; y segundo, el derecho a la

información “en beneficio de los ciudadanos”, “el cual involucra el derecho a la réplica y rectificación” que tienen aquellos afectados por informaciones inexactas o agraviantes (p. 5 de 22).

Con esta premisa, equivocada, la Sala sentó, a la vez, una doctrina equivocada⁷⁷⁷. En efecto, en primer lugar, la Constitución no consagra sólo dos derechos, como lo señala la sentencia, sino como hemos señalado, al menos cinco derechos: el derecho a la libre expresión del pensamiento; el derecho a comunicar e informar; el derecho a establecer medios de comunicación; el derecho a la información; y el derecho a réplica (respuesta) y rectificación.

En segundo lugar, es falso que el derecho a réplica y respuesta sólo esté vinculado, o relacionado con “el derecho a la información” o con “la información comunicacional” como lo dice la Sala (p. 5 de 22). El derecho a réplica y rectificación corresponde a toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes, e “informaciones” son toda forma de comunicación al público, en general, a través de medios de comunicación, de expresiones del pensamiento de una persona, en cualquier forma que sea. No es cierto, por tanto, que el derecho a réplica y rectificación sea sólo “un derecho de los ciudadanos ante los medios de comunicación en general”, si bien es por la información de ideas, opiniones o hechos que sean inexactos o agraviantes en los medios que, en general, surge el derecho. Sin embargo, el derecho podría surgir, también, ante cualquier otra forma de comunicación de ideas o pensamiento que se realice en forma regular, en público, y que afecte a una persona. Por ejemplo, el profesor en su clase universitaria, al expresar su pensamiento, ideas u opiniones puede dar una información u opinión inexacta o agraviante respecto de otra persona. Esta tendría derecho a respuesta y rectificación en las clases del profesor involucrado, en el mismo curso.

Por ello, el derecho a rectificación y respuesta es un derecho que surge como contrapartida, en general al derecho a la libre expresión del pensamiento, cuando éste se exprese en medios o actividades realizados en forma regular y al público.

- b. *El derecho a la libre expresión del pensamiento, el acceso a los medios de comunicación y el olvido del tratamiento de los medios de comunicación oficiales (del Estado)*

Hemos señalado que además del derecho a la libre expresión del pensamiento está el derecho a la comunicación, divulgación o información del pensamiento mediante medios de comunicación. Este derecho a comunicar o informar, sin embargo, como lo ha señalado la Sala, implica “la posibilidad de acudir a los medios de comunicación para expresarse”; pero ello “no es un derecho irrestricto que tiene todo ciudadano para transmitir su pensamiento, ya que cada medio tiene limitaciones de tiempo y espacio”, correspondiendo al “director” del mismo escoger cuáles ideas, pensamientos u opiniones son comunicables masivamente. Por ello, dijo la Sala que si bien la libertad de expresión del pensamiento “es irrestricta”, sufre una “restricción” de hecho, cuando se pretende utilizar para divulgarla en los medios de comunicación masiva. (p. 6 de 22).

777 Véase lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías et al. *La Libertad de expresión amenazada. Sentencia 1013*, Caracas-San José, 2001, pp. 17-57.

En realidad no se puede hablar de “restricción” a la libertad de expresión del pensamiento por el hecho de que no exista “libertad” de acceso a los medios de comunicación. La Sala, confundió el derecho a la libre expresión del pensamiento con el derecho a informar o comunicar en los medios de comunicación, para cuyo ejercicio debe tenerse acceso a los mismos.

En todo caso, de lo afirmado por la Sala surge una distinción entre los dos primeros derechos que hemos mencionado, entre “la libertad de expresión que es en principio irrestricta” y la “libertad de comunicación de esa expresión” que no origina un derecho de utilizar “coercitivamente la forma de comunicación y difusión que la persona crea más conveniente”. La Sala incluso dijo que el derecho al “uso de cualquier medio de comunicación o difusión” a que se refiere el artículo 57, es un “derecho relativo” que depende del real acceso que se tenga a los medios (p. 6 de 22).

Esto, por supuesto, no es lo que dice el artículo 57 en el cual la referencia al derecho “de hacer uso” para expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones, “de cualquier medio de comunicación y difusión”, es para indicar la amplitud del derecho, el cual no puede ser objeto de limitación por vía legal que establezca, por ejemplo, que determinadas personas no pueden hacer uso de determinados medios de comunicación.

En todo caso, lo que evidentemente deriva del derecho a comunicar o a informar como lo dice la Sala, es que “los medios no pueden vetar a nadie para expresarse en ellos, pero tal actividad depende del tiempo, oportunidad, espacio, etc., que puedan brindarle a las personas para emitir sus pensamientos”.

La sentencia agrega respecto de los medios de comunicación que aquellos “que utilizan servicios, bienes o derechos concedidos por el Estado, deben prestar una mayor colaboración hacia la sociedad, en beneficio de la libertad de expresión de los ciudadanos” (p. 6 de 22). Apunta esta afirmación a la radio o la televisión que requieren de concesiones o permisos de uso del dominio público radioeléctrico.

Esto no deriva de las normas constitucionales, ni puede imponerse a quien realiza legítimamente una actividad vinculada a los medios de comunicación, la obligación de prestar colaboración “a la sociedad” por el hecho de requerir una concesión del Estado (uso del aspecto radioeléctrico, por ejemplo) para la realización de la misma. Esta carga no está prevista en norma alguna y sólo en la imaginación del Ponente de la sentencia.

En todo caso, se olvidó la Sala, sin embargo, dedicarle un párrafo más terminante a los medios de comunicación *del Estado*, es decir, los periódicos que publica el gobierno, la Radio Nacional o la Televisora Nacional, los cuales, con mayor énfasis, son los que deben abrirse a todos los ciudadanos, sin exclusivismos o exclusionismos, aún cuando sean oposición al gobierno. Téngase en cuenta que la acción de amparo que originó la sentencia se había intentado contra el Presidente de la República y contra la Presidenta de la Radio Nacional, por lo que la ocasión era propicia para imponerle a esta última la obligación de no excluir ni discriminar a la oposición en el acceso a la misma.

c. *La interpretación "regresiva" de la libertad de expresión del pensamiento, la responsabilidad ulterior y el fantasma del "vilipendio" a funcionarios*

La Sala Constitucional, por otra parte, dedica una serie de consideraciones a destacar la plena responsabilidad que corresponde al emisor del pensamiento por todo lo expresado, la cual puede ser una responsabilidad civil, penal, disciplinaria o de otra índole legal, conforme al daño que cause a los demás, la libertad de expresión utilizada ilegalmente. De allí deriva la apreciación de la Sala de que "la libertad de expresión, aunque no está sujeta a censura previa, tiene que respetar los derechos de las demás personas" (p. 7 de 22).

Esta responsabilidad para el emisor de la información, señala la Sala, en muchos casos está compartida:

Con el vehículo de difusión, sobre todo cuando éste se presta a un terrorismo comunicacional que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones, máxime cuando lo difundido no contiene sino denuestos, insultos y agresiones que no se compaginan con la discusión de ideas y conceptos (p. 7. de 22).

La Sala construyó, así, una responsabilidad solidaria entre comunicador y medio de comunicación que no tiene asidero jurídico alguno ¿cuándo, en efecto, puede decirse que hay "terrorismo comunicacional que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones"? Esto sólo ha ocurrido en la historia cuando los medios de comunicación están controlados por el Estado y quienes controlan el Poder los acaparan para aplastar la disidencia. ¿Y no es esto lo que ha ocurrido, en los tiempos presentes, en los programas de radio del Presidente de la República, con sus ruedas de prensa "en cadena nacional", y con el control político de los medios de comunicación del Estado; instrumentos mediante los cuales el propio Presidente de la República se ha encargado de expresar "denuestos, insultos y agresiones que no se compaginan con la discusión de ideas y conceptos "respecto de todo lo que sea disidencia con su gobierno y su política?

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad penal para enjuiciar delitos derivados del ejercicio de la libertad de expresión, la Sala precisó que es el juez quien debe ponderar el *animus injuriandi* para determinar si la actitud de alguien que expone sus pensamientos, "realmente persigue dañar o es parte de la crítica que se ejerce sobre ciertas situaciones, que por lo regular, involucra políticas públicas y sus protagonistas" (p. 7 de 22).

Ante esto, también cabe preguntarse ¿cómo el juez va a considerar probado que hubo *animus injuriandi*, que lo informado, así esté errado, se hizo con ánimo de injuriar, de causar daño? ¿Cómo se puede llegar a afirmar, objetivamente, algo que en definitiva es totalmente subjetivo?

En particular, debe señalarse que la Sala al hacer referencia a las responsabilidades penales derivadas del ejercicio de la libertad de expresión del pensamiento, destacó los casos de "vilipendio a funcionarios públicos (artículos 223 y 226 del Código Penal)", olvidándose de que dicho tipo delictivo (conocido en otros países, como "leyes de desacato") ha sido considerado como incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe sobre la compatibilidad entre las Leyes*

de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Doc 9, 88° Período de sesiones, Informe Anual, Washington, 17-02-95, Capítulo V). En este caso, en lugar de aplicar el principio de la progresividad que impone el artículo 19 de la Constitución en materia de derechos humanos, la Sala Constitucional, violando dicha norma, hizo su "interpretación" conforme al principio contrario, el de la "regresividad" o restrictivo de la libertad.

La Comisión Interamericana, en efecto, ha sentado la doctrina siguiente en el punto IV del *Informe* indicado:

Las leyes de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos porque reprimen la libertad de expresión necesaria para el debido funcionamiento de una sociedad democrática.

Y al final del *Informe*, en su último párrafo, afirma la Comisión en forma más general, que

Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida.

Es verdaderamente asombroso, por lo demás, que en su tarea de interpretar el contenido de los artículos 57 y 58 de la Constitución, la Sala constitucional haya ignorado, también, tan olímpicamente, la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos plasmada en esta materia en otros Informes específicos, como el *Informe N° 22/94, Caso 11.012 (Verbitsky)* referido, precisamente al tema de las leyes que establecen el delito que nuestro Código Penal denomina como "vilipendio a funcionarios públicos", considerado como incompatible con la Convención Americana. En su lugar, como analizaremos más adelante, la Sala recurrió a jurisprudencia europea (Alemania, España), siendo que, como es bien sabido, la Convención Americana es más generosa en su garantía de la libertad de expresión y menos restrictiva de ese derecho que las disposiciones pertinentes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

En todo caso, del análisis de la Sala Constitucional a las Convenciones internacionales que regulan la materia, se destaca que la libertad de expresión genera responsabilidades, que en todo caso "deben ser expresamente fijadas por la ley y que deben asegurar" el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; la protección de la seguridad nacional, del orden público, o la salud o la moral pública; y la protección moral de la infancia y la adolescencia.

Lo que le faltó precisar a la Sala Constitucional fue lo que indicó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que dichas restricciones, además, "tienen que ser compatibles con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas" conforme a lo que estipulan los artículos 29 y 30 de la Convención Americana, que como se ha dicho, tienen rango constitucional en Venezuela. Dichas normas, en efecto, establecen lo siguiente:

Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella:
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados:
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Como se verá, con su interpretación “regresiva” la Sala Constitucional violó abiertamente estas normas.

d. *La libertad de expresión del pensamiento y la extraña exclusión del derecho a réplica o rectificación*

En la sentencia, la Sala Constitucional, de golpe, sin motivación alguna, llegó a una conclusión que es a todas luces insostenibles constitucionalmente, al considerar el derecho a la libre expresión del pensamiento en forma aislada, y no en su globalidad, como parte de un conjunto de derechos que son, además, el derecho a comunicar o informar, el derecho a establecer medios de comunicación, el derecho a la información y el derecho de réplica o rectificación. La Sala, en efecto, afirmó lo siguiente:

En relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está previsto en ninguna de las normas comentadas (art. 19, PIDCP; art. 13 CADH), el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado, ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella, y los daños que cause o los delitos que cometa por lo expresado (en público o en privado) darán lugar a las acciones penales, civiles o de otra naturaleza a que haya lugar (p. 9 de 22).

De esto resulta, por tanto, la inconstitucional dicotomía que intentó montar la Sala: de que el ejercicio de la libertad de expresión del pensamiento sólo originaría responsabilidades ulteriores, pero no originaría el derecho a rectificación o réplica por parte de una persona agraviada por la expresión del pensamiento o lesionada directamente por la información inexacta, sino que, en consecuencia, el derecho a réplica y rectificación sólo se podría exigir ante la libertad de información o comunicación.

Esto no tiene asidero constitucional alguno, pues el hecho de que el conjunto de derechos constitucionales vinculados a la libertad de expresión esté regulado en

dos artículos separados (tanto en la Constitución como en la Convención Americana), no puede conducir a considerarlos como compartimientos estancos. El ejercicio del derecho a la libre expresión del pensamiento, el derecho a informar y a comunicar, el derecho a establecer medios de comunicación, como el ejercicio de cualquier derecho, genera responsabilidades, y además, respecto de todos ellos, la persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes tiene derecho a réplica o a rectificación cuando las mismas consten en un medio de comunicación o se produzcan en formas de difusión regular del pensamiento (las clases en un curso universitario, por ejemplo).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al contrario de lo afirmado por la Sala Constitucional, al referirse a los artículos 13 y 14 de la Convención Americana en la *Opinión Consultiva OC-7/86* de 29-08-86 (Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta) ha señalado:

25. La ubicación del derecho de rectificación o respuesta (art. 14) inmediatamente después de la libertad de pensamiento y expresión (art. 13), confirma esta interpretación. La necesaria relación entre el contenido de estos artículos se desprende de la naturaleza de los derechos que reconocen, ya que, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Estados partes deben respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13 y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14.1 (*La colegiación obligatoria de periodistas, supra* 18). Recuérdese que la Resolución (74) 26 del Comité de Ministros del Consejo de Europa fundamentó el derecho de respuesta en el artículo 10 de la Convención Europea, sobre la libertad de expresión.

La Sala Constitucional, contrariando esta doctrina, llega a una conclusión contraria, pero inmotivada, en el sentido de que supuestamente “en relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está prevista en ninguna de las normas comentadas, el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado, ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella” (p. 9 de 22) ... !!!.

Pues resulta que es todo lo contrario: el derecho de respuesta y rectificación es consustancial al derecho a la libertad de expresión, del cual deriva, independientemente de las responsabilidades ulteriores, que siempre existen.

e. *El derecho a la libre expresión del pensamiento y la burla a la prohibición constitucional de censura*

La Sala Constitucional, en su sentencia, argumentó sobre la prohibición de censura respecto del derecho a la libre expresión del pensamiento (art. 57), considerando que, sin embargo, no ocurriría censura en los casos en los cuales se impida la difusión de ideas y conceptos que se emitirían en violación del artículo 57, es decir, en los casos en que se pretenda expresar el pensamiento en forma anónima, que constituya propaganda de guerra, que contenga mensajes discriminatorios o que promueva la intolerancia religiosa (p. 9 de 22). Esto no es otra cosa que “legitimar” la censura previa, lo cual es totalmente inconstitucional.

En efecto, la prohibición de la censura previa en la Constitución y en la Convención Americana es de carácter absoluto, de manera que no es posible que se

prevea excepción alguna a la prohibición. Así lo ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe N° 11/96, Caso 11.230 Chile (Martorell)* (N° 56).

La sentencia de la Sala Constitucional, por tanto, puede considerarse violatoria de la Constitución y de la Convención Americana al admitir que “antes de su publicación” (p. 9 de 22) puede “impedirse” la difusión de ideas y conceptos en forma anónima, que constituyan propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o que promuevan la intolerancia religiosa.

Está afirmación es peligrosísima y peor cuando está contenida en una “doctrina vinculante”. ¿Quién, en efecto, se va a erigir en el definidor de que una difusión de ideas o conceptos va a caer, *a priori*, en una de las prohibiciones constitucionales?. Esa es la más clásica de las censuras: aquellas instrumentadas por el Poder para, con la excusa de que se trata de controlar la propaganda de guerra, o los mensajes discriminatorios o que promuevan la intolerancia religiosa, pueda impedirse con antelación, la difusión de ideas o conceptos que, en definitiva, lo que constituyen son manifestaciones contrarias al régimen político imperante.

Al final de su absurda consideración, sin embargo, la Sala Constitucional señaló que:

Ante informaciones de esta naturaleza en los medios de comunicación, el amparo constitucional es la vía para que dichas disposiciones se cumplan y se restablezca la situación jurídica lesionada o amenazada por estas trasgresiones (p. 10 de 22).

En esta forma, en una forma todavía más absolutamente inconstitucional, la Sala Constitucional pretende convertir al amparo constitucional en un instrumento de censura, lo cual sería gravísimo sobre todo si se trata de aparos decididos *in limine litis*, como el resuelto en la sentencia que comentamos.

No obstante, la Sala Constitucional fue más allá en su absurda argumentación al considerar que mediante *ley* pueden regularse “mecanismos tendientes a impedir que sean difundidos anónimos, propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o que promuevan la intolerancia religiosa, y que ello no constituiría censura” (p. 10 de 22).

Para impedir la publicación de tales conceptos o ideas, la ley tendría que establecer mecanismos de “revisión” previa de los textos, lo que no es otra cosa que censura previa. La Sala Constitucional, al hacer esta afirmación ha violado abiertamente la Constitución que establece una prohibición absoluta de la censura.

La Sala Constitucional, además señaló que “la ley puede prohibir la circulación de expresiones del pensamiento que atenten contra otros derechos constitucionales como son, por ejemplo, los relativos al interés superior del niño”, (p. 10 de 22), prohibición que, sin embargo, la Sala consideró es distinta a la censura y cuya trasgresión originaria responsabilidades.

La Ley puede, en efecto, en cumplimiento de la Constitución (art. 78), dictar una legislación en protección del niño que prohíba determinadas expresiones contrarias a la niñez en los medios de comunicación; pero lo que no puede es permitir la instalación de “censores” en los medios, para revisar con carácter previo el material a ser publicado o divulgado, y poder impedir la difusión de lo que el “censor” considere que violaría las prohibiciones legales.

Además, en su sentencia, la Sala, consideró que la acción de amparo constitucional sería la vía para impedir la censura previa tanto oficial como privada, calificando a esta última como “boicot” (p. 10 de 22). El amparo constitucional es también la vía para ordenar de nuevo una publicación, cuando se mutilen expresiones del pensamiento antes de publicarse, o se las tergiverse haciéndolas perder sentido (p. 10 de 22).

Ahora bien, la censura previa, como se dijo, esta prohibida en términos absolutos. Por ello, no es posible ni siquiera admitir la figura del “juez censor” que establece la Sala. Al abrir la vía para la censura judicial previa, la Sala Constitucional viola la Constitución.

Sobre el tema de la censura, se destaca, además, la siguiente declaración de la Sala en el sentido de que:

No constituyen formas indirectas de censura, las tasas impositivas que se imponga -en igualdad de condiciones- a las empresas editoriales, ni las normas sobre concesiones de bienes del dominio público (espacio radioeléctrico), ni las disposiciones legales que permitan medidas preventivas sobre programas comunicacionales, obras contentivas de expresiones del pensamiento, etc. (tal como las previstas) (p. 10 de 22).

Por supuesto, al contrario, estos mecanismos indirectos sí pueden ser instrumentos de censura, al lesionar la independencia de los medios de comunicación. Por ello, el principio N° 13 de la *Declaración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, aprobada por la OEA, sobre libertad de expresión señala que:

La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública, la concesión de prebendas arancelarias, la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley.

Agrega, además, la Declaración que “los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente”, por lo que “presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión”.

La afirmación general, de la Sala Constitucional, en todo caso, formulada fuera de contexto con el objeto del proceso que originó la sentencia, como tantas otras afirmaciones que se formulan en la decisión, sin duda es peligrosa. Todos esos procedimientos pueden traducirse en formas de censura, precisamente, indirectas, cuando se abusa de ellas.

f. *El derecho a la información, el derecho de autor y las noticias*

La Sala Constitucional, además, entró a considerar el derecho a la información el cual consideró “íntimamente ligado al de la libertad de expresión”, definiéndolo como “un derecho de las personas que se adelanta, entre otras formas de adquirirlo, por los medios de comunicación”.

La Sala estimó que este derecho no está únicamente referido

A la transmisión de expresiones del pensamiento como conceptos, ideas u opiniones, sino a la propagación de noticias del acontecer diario en el mundo, en el país o en una región del mismo; a la entrevista periodística, al reportaje, a la ilustración fotográfica o visual (art. 3 Ley de Ejercicio del Periodismo) (pp. 10 de 22 y 11 de 22).

La amplitud del concepto es indudable, por lo que el derecho a la información a que se refiere el artículo 58 constitucional, comprende tanto a la expresión del pensamiento como a la difusión de noticias en cualquier forma.

Pero esta amplitud fue luego reducida por la propia Sala Constitucional: primero dijo que la norma trata “preferentemente” la noticia periodística y luego, señaló que la norma

No se refiere a las obras sujetas a los derechos de autor en sentido lato (libros, cuadros, etc.) que se corresponden con el ejercicio de la libertad de expresión, sino a la información de noticias (11 de 22).

Ante todo debe señalarse que no hay un derecho de autor en “sentido lato” y otro que no lo sea (¿sentido estricto?). El derecho de autor se refiere a cualquier creación del intelecto de una persona, lo que incluye desde una fotografía hasta la interpretación de un hecho cualquiera, por lo que no tiene sentido la diferencia que pretendió hacer la Sala. Sobre toda creación existe derecho de autor, y como expresión del pensamiento está sujeto a la Constitución y protegido por la misma (art. 98).

Ahora, que el derecho ciudadano a la información se ejercite con más frecuencia en relación con la difusión de noticias, no implica que no exista respeto de otras formas de expresión del pensamiento. Los ciudadanos tienen así derecho, por ejemplo, que en las bibliotecas públicas estén las obras de todos los autores posibles, por lo que se violaría el derecho a la información, si las bibliotecas públicas sólo contienen libros de ciertos autores, por ejemplo, afectos al gobierno o al régimen. Igual sucede con los museos de obras de arte: los ciudadanos tienen derecho a la información sobre la plástica, por lo que un museo público, por ejemplo, debe tender a tener pinturas representativas de la mayor cantidad de corrientes artísticas representativas del universo de las tendencias en un país; y no sólo pinturas de los artistas amigos o favorecidos por el régimen.

Ahora, en cuanto a la noticia, la Sala Constitucional la define como:

El suceso (actual o pasado, o sus proyecciones futuras) transmitido a la colectividad por los medios de comunicación social (lo que hasta podría realizarse mediante pantallas públicas de información, por ejemplo), que también incluye a los anuncios que la ley ordena se difundan y a la publicidad en general, la cual no es *per se* una información de noticias, pero sí sobre la existencia y cualidades de bienes y servicios de toda clase al alcance del público, las cuales no deben ser engañosas a tenor del artículo 117 constitucional (p. 11 de 22).

Mezcla así, la Sala Constitucional en su concepto de “noticia” incluso la “publicidad comercial” sobre la existencia y cualidades de bienes y servicios, convirtiendo la competencia desleal en el mundo mercantil o de la libre competencia en una materia constitucional.

Luego, vienen apreciaciones de la Sala sobre el manejo masivo de la noticia, respecto de lo cual no se entiende en qué puede consistir la “doctrina vinculante” de lo que se dice en el párrafo; así:

El manejo masivo de la noticia, que permite a la persona ejercer el derecho a la información oportuna, puede efectuarse por instituciones públicas o privadas, siendo por lo regular estas últimas empresas mercantiles, con fines de lucro, que realizan actos de comercio a tenor del artículo 2º del Código de Comercio, las cuales escogen a dedo, conforme a sus conveniencias, a sus periodistas y colaboradores, y que presentan, junto con las noticias y la publicidad, artículos de opinión, emanados o no de periodistas, entre los que se encuentran los editoriales de la prensa de todo tipo, siendo -por lo tanto- las empresas o instituciones de comunicación masiva, un medio para difundir noticias (informaciones) y opiniones, muchas de las cuales se insertan más en los cánones publicitarios que en el ejercicio de la libertad de expresión *strictu sensu*, ya que lo que buscan es vender bienes o servicios de manera interesada, más que expresar ideas, conceptos o pensamientos con fines no comerciales. Muchas veces estas opiniones que difunden los medios se basan en sucesos (hechos) a los cuales se remiten, y no es raro que tales opiniones (incluso adversas) estén destinadas a dar publicidad a un personaje, y sean parte de una trama para ese fin”. (p. 11 de 22).

La referencia a la escogencia, “a dedo”, conforme a sus conveniencias, de los colaboradores de los medios de comunicación contenida en este párrafo (p. 11 de 22), en realidad, lo que recuerda es la designación de los propios Magistrados de la Sala Constitucional que dictaron la sentencia, ocurrida el 22-12-99, al margen de toda norma constitucional por la Asamblea Nacional Constituyente, y la designación o “ratificación” de algunos de dichos Magistrados, con fundamento tanto en una ley que se apartó de la Constitución de 2000 y en una sentencia de los mismos Magistrados de la Sala Constitucional, en la cual decidieron que la Constitución no se les aplicaba a ellos mismos. Nada impide en ejercicio de la libertad económica (art. 112 C) y de la libre competencia (art. 299 C) que los medios de comunicación escojan, como quieran a sus colabores.

Por otra parte, la sugerencia de que los medios de comunicación privados persiguen fines de lucro, lo que es natural y normal, aparece en la sentencia como un estigma; al igual que se estigmatiza el hecho de que un medio de comunicación escoja libremente sus colaboradores, periodistas o columnistas, “a dedo”. Eso es libertad de contratación y nada más, pues los medios no tienen por qué hacer concurso alguno para seleccionar a su personal, ni existe una ley que defina el perfil o requisitos de los periodistas o columnistas que se puede contratar. Ello sí debería existir en los medios de comunicación del Estado, pero allí sólo laboran las personas afectas al régimen; y sobre esto nada dijo la sentencia. En los medios oficiales de comunicación, en efecto, si deberían existir mecanismos para la selección de funcionarios públicos, al contrario de lo que sucedió con los propios Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, como los que dictaron la sentencia, los cuales sin embargo sí fueron escogidos “a dedo” por el Poder.

g. *La libertad de información, la confusión entre las noticias y la publicidad: el derecho y las responsabilidades*

En otra parte de la sentencia, la Sala Constitucional destacó “la información” como derivado de la libertad de expresión, pero con especificidad y autonomía,

pues -dijo- “la información se comunica” a través de medios de comunicación, afirmando que

La información clandestina no pasa de ser el chisme, el rumor o la intriga a nivel personal, y no masivo (p. 11 de 22).

Para reafirmar “esta autonomía de la libertad de información, con respecto a la libertad de expresión” la Sala remitió a lo decidido por el Tribunal Constitucional español en el *Caso Vinader (105/83)*.

La Sala Constitucional, dándole un tratamiento único a la información, sea “la noticia o la publicidad”, efectuada por medios de comunicación, que debe ser conforme al artículo 58 de la Constitución, oportuna, veraz, imparcial, sin censura y ceñida a los principios constitucionales, precisó que:

La violación de esos mandatos que rigen las noticias y la publicidad, hace nacer derechos de toda persona para obrar en su propio nombre si la noticia no se amoldó a dichos principios. (p. 12 de 22).

La Sala precisó, además, que “la comunicación (pública) comporta tanto en el comunicador como en el director o editor del medio, las responsabilidades que indique la ley”, lo que “tiene que ser así” por el secreto de las fuentes de información periodística (art. 28 de la Constitución). En consecuencia, dijo la Sala,

Los dislates periodísticos que atentan contra el derecho de los demás y contra el artículo 58 constitucional, generan responsabilidades legales de los editores o de quienes los publican (p. 12 de 22).

Queda por determinar, en todo caso, cuándo se está en presencia de un “dislate”, es decir, de un “disparate”, que es lo mismo que algo “atroz” o “contrario a la razón” de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*; y quién debe o puede determinarlo.

La Sala, por otra parte, precisó cómo los medios de comunicación pueden asegurar el derecho a la información, en la siguiente forma: emitiendo información veraz, oportuna e imparcial; y evitando la difusión de la noticia falsa, o manipulada con medias verdades; la desinformación que niega la oportunidad de conocer la realidad de la noticia; o la conjetura o información parcializada para lograr un fin específico contra algo o alguien (p. 12 de 22).

Consideró la Sala, además, en la sentencia como:

Un abuso de los medios, que contraría la libertad de información, emitir conceptos negativos o críticos sobre ideas, pensamientos, juicios, sentencias, etc., sin señalar en qué consiste lo criticado, impidiéndole a las personas que tienen el derecho a informarse, enterarse de qué es lo deleznable. De igual entidad abusiva es acuñar frases con lugares comunes, tales como que una actitud es funesta, una idea un exabrupto o una locura, sin exponer cuál es la actitud o la idea criticada, o aislando de un contexto un sector y comentarlo, sin tomar en cuenta el todo donde se insertó lo resaltado, lo que cambia el sentido de lo aislado. (p. 13 de 22).

Contra estas actitudes, la Sala consideró que procedía intentar acciones para lograr que se informe debidamente, lo que, estimó, sin explicación alguna, que no se correspondía con el derecho de réplica ni de rectificación, sino a una acción de amparo (p. 13 de 22).

En todo caso, quedaría por resolver cómo se intentaría esta acción de amparo. Si alguien dijera, respecto de la sentencia de la Sala Constitucional, que es “funesta”, un “exabrupto”, sin señalar en qué consiste lo criticable de la sentencia; entonces, en qué consistiría la acción de amparo. ¿Se intentaría contra la persona que emitió esos conceptos negativos o críticos contra la sentencia, para “obligarlo” a acudir a los medios de comunicación a razonar sus asertos? ¿Y si simplemente se niega a hacerlo? ¿Incurriría en desacato y podría ser objeto de una medida de privación de la libertad? El sólo pensar en la consecuencia de lo que afirma la sentencia, confirma su absurdo contenido. ¿O es que la Sala ha querido de nuevo abrir la vía a la censura judicial, para que por vía de amparo se impida que alguien emita esos conceptos sobre un acto o un hecho?. El sólo pensar en esta posibilidad lleva a rechazar el texto de esta sentencia, por inconstitucional.

En todo caso, con las “lecciones de periodismo”, que contiene este párrafo de la sentencia, sin embargo, la Sala Constitucional, por ejemplo, ignoró cómo ante expresiones de “tribunal genuflexo” y de calificar a un Magistrado del Tribunal Supremo de Argentina como “asqueroso”, resultó el *Informe N° 22/94 Caso 11.012, Argentina (Verbitsky)* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que implicó la derogación del artículo del Código Penal Argentino (art. 244) que regulaba la figura equivalente al vilipendio de funcionarios, y se dejó sin efecto la condena por ello contra el periodista Sr. Horacio Verbitsky.

Para concluir, la Sala dictó otra norma en evidente usurpación de funciones, estableciendo como “doctrina vinculante” lo siguiente:

Igualmente, el ejercicio de la libertad de expresión y en cierta forma el de la libertad de información a ello unida, admite opiniones y valoraciones críticas de los hechos noticiosos que se comunican, incluso con el empleo de expresiones molestas, hirientes o excesos terminológicos, siempre que los mismos no constituyan insultos o descalificaciones fuera de discurso, desconectadas o innecesarias con el tema objeto de opinión o información; ni de expresiones hirientes, insidiosas o vejatorias sin conexión con el tema objeto de información u opinión, o innecesarias para la formación de la opinión pública, ni cuando se trata de expresiones injuriosas que exteriorizan sentimientos personales ajenos a la finalidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre y responsable. No puede existir un insulto constitucionalmente protegido, y ellos, carecen de cobertura constitucional” (p. 17 de 22).

h. *La información veraz, imparcial y oportuna y la línea de opinión de los medios de comunicación*

De acuerdo con la Constitución, las personas tienen derecho a réplica y rectificación cuando se vean afectadas por informaciones inexactas o agraviantes. Se trata, como lo indicó la Sala Constitucional, de un derecho individual y no colectivo; aún cuando, afirma la Sala, que:

Será posible incoar acciones para ejercer derechos e intereses difusos, cuando la publicidad atente contra la calidad de la vida, cuando la comunicación deja de ser plural, o cuando no contribuyan a la formación ciudadana (artículo 108 constitucional), (p. 12 de 22).

De nuevo, estas frases provocan la pregunta, por ejemplo, sobre quién, cómo y cuándo puede juzgarse que una comunicación “no contribuye a la formación ciudadana”. Expresiones tan indeterminadas, lo que abren es el paso a la intervención oficial.

En todo caso, la Sala Constitucional “hizo suya” la doctrina del Tribunal Constitucional español sentada en fallo de 19-04-93, en la cual, sobre la información veraz, estableció que implicaba un deber de diligencia del comunicador en la comprobación razonable de la veracidad, aún cuando su total exactitud fuera controvertible o se incurriera en errores circunstanciales (p. 13 de 22).

Con otras citas de otras sentencias del Tribunal Constitucional español, la Sala continuó la elaboración sobre el deber de diligencia del informador (pp. 15 de 22 y 16 de 22); y luego se refirió a la doctrina de la “malicia real” sentada en el *Caso New York Times vs. Sullivan* mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América de 09-03-64, con ponencia del juez William J. Brennan, conforme a la cual aún manifestaciones de hechos falsos pueden estar amparados constitucionalmente si para su expresión no se comprueba “real malicia”. O como lo dijo la Sala Constitucional, las

Informaciones pueden ser erradas, y conculcarían derechos personales de naturaleza constitucional, cuando se difunden con conocimiento de que eran falsas o con indiferencia temeraria acerca de si la afirmación era falsa o no (p. 16 de 22).

En otra parte de la sentencia, sin embargo, la Sala sólo apuntó que:

Hay falta de veracidad, cuando no se corresponden los hechos y circunstancias difundidas, con los elementos esenciales (no totales) de la realidad (p. 14 de 22).

El problema con la información veraz, en todo caso, sigue siendo el de la determinación de la “verdad”. Esta, en muchos casos, es subjetiva, pues de determinados hechos, cada quien puede tener “su” verdad, la cual no es objetiva. El peligro de la objetivización es que alguien pretenda decir cuál es la verdad “oficial” y ello, en definitiva, significa control de lo que se puede decir.

Consideró además, la Sala que:

También es una atentado a la información veraz e imparcial tener un número mayoritario de columnistas de una sola tendencia ideológica, a menos que el medio en sus editoriales o por sus voceros, mantenga y se identifique con una línea de opinión congruente con la de los columnistas y colaboradores (p. 13 de 22).

Con esta norma (doctrina vinculante), que estableció la Sala, usurpando la función legislativa que corresponde exclusivamente a la Asamblea Nacional (art. 187,1 de la Constitución), cometió un atentado contra la libertad de información y contra el derecho a establecer medios de comunicación. ¿Qué significa “mayoría”? ¿La mitad más uno o se trata de una “mayoría” específica? ¿Cómo se definen las “ten-

dencias ideológicas? ¿Es lo mismo una tendencia ideológica que una línea de opinión? ¿Estaba la Sala pensando en la línea de opinión oficialista o de oposición? ¿Son esas tendencias ideológicas?

La sentencia, al menos, tiene la siguiente implicación: si los voceros de un medio de comunicación, donde la mayoría de los columnistas tienen una posición política general, y mantienen e identifican esa posición, entonces no habría atentado alguno a la información veraz e imparcial. ¿Estaría pensando la Sala en la Radio Nacional y en el programa *Aló Presidente* que lleva el Presidente de la República, donde la oposición no tiene cabida alguna?

¿Cómo se puede obligar a un medio de comunicación, a su director y editor, a los columnistas y periodistas del mismo, a declararse como voceros de una corriente ideológica? Parece que esa es la única forma como la Sala Constitucional concibe que un diario que tiene columnistas con una corriente de opinión relativamente uniforme, no viole la libertad de expresión. La verdad es que una confesión de ese tipo, además de violar la libertad de conciencia, sólo podría darse en un diario oficialista, del gobierno.

i. *El conflicto entre el derecho a informar y otros derechos constitucionales*

La Sala Constitucional, en su sentencia, al referirse en un “plano particular” al derecho a réplica y rectificación, constató lo siguiente:

Está referido a las personas que se ven afectadas por informaciones inexactas o agraviantes o que atentan contra sus derechos humanos, contra su dignidad o contra derechos constitucionales que les corresponden, quienes, hasta ahora, no reciben ningún apoyo de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a los derechos humanos, cuando su dignidad, el desenvolvimiento de la personalidad, el honor, la reputación, la vida privada, la intimidad, la presunción de inocencia y otros valores constitucionales se ven vulnerados por los medios de comunicación social (p. 14 de 22).

En estos casos, dijo la Sala, las personas agraviadas tienen derecho a réplica y rectificación y, además, derecho a obtener reparación por los perjuicios que se causen (p. 14 de 22).

Sin embargo, más adelante, en la sentencia, la Sala afirmó:

El derecho a la información, de esencia constitucional, debe ponderarse cuando debe prevalecer sobre otros derechos constitucionales de las personas, pero estos tendrán primacía, cuando la información no es veraz, por falsa, o por falta de investigación básica del medio que la publica o la edita (p. 16 de 22).

La tesis de la ponderación de los derechos, de manera que priven los derechos a la reputación y honra sobre la libertad de expresión en los casos de que la información no sea veraz, oportuna e imparcial, lamentablemente abre el camino a la discrecionalidad judicial, en la evaluación de la veracidad y al hostigamiento respecto de periodistas. Estos están sujetos a responsabilidades, pero tal responsabilidad ulterior no puede dar pie a la censura judicial previa de informaciones sobre la base de considerarlas falsas, inoportunas o imparciales.

Sin embargo, luego, contradictoriamente, recurriendo a la doctrina de la “malicia real” del citado *Caso New York Times vs. Sullivan*, la Sala Constitucional dijo, como ya se señaló, que las informaciones erradas sólo conculcan los derechos personales de naturaleza constitucional, cuando se difundan con conocimiento de que eran falsas o con indiferencia temeraria acerca de si la afirmación era falsa o no” (p. 16 de 22).

Por último, y citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la Sala señaló que la misma:

No ha considerado ilegítima la intromisión en los derechos fundamentales de la personalidad, cuando el error era inevitable, o intrascendente, o que no es absolutamente inveraz, o que ha habido pronta corrección o rectificación posterior por el medio.

Se trata, a título enunciativo, de señalar razones que otorgan la tuición constitucional a informaciones erróneas, sin que se considere por ello, que hay menoscabo a derecho de la personalidad (p. 16 de 22).

Sin embargo, concluyó la Sala señalando que “la información siempre genera responsabilidad civil, cuando por falsa o inexacta daña a las personas, y el medio no realizó actividad periodística razonable para confirmarla” (p. 17 de 22).

Esta medida de la “razonabilidad”, sin embargo, se aleja de la doctrina de la “real malicia”, antes citada en la misma sentencia.

Pero más adelante, en la sentencia, la Sala volvió sobre este tema del conflicto entre derechos constitucionales, indicado lo siguiente:

En el conflicto entre la libertad de expresión e información y los derechos de la personalidad, el juez tiene que ponderar los derechos en conflicto, dándole un valor prevalente a los derechos a la libertad de expresión e información en su colisión con los derechos de personalidad, también fundamentales, siempre que aquellos se refieran a hechos o personas con relevancia pública, o estén destinados a la formación y existencia de una opinión pública libre, o no vacíen de contenido a los derechos de la personalidad, o dichas libertades se ejecuten conforme a su naturaleza y función constitucional, o si se trata de información, que ella sea veraz. Corresponderá a la jurisprudencia en cada caso realizar la ponderación y analizar los conceptos de relevancia pública y veracidad de la información (p. 19 de 22).

j. *La inconstitucional restricción al derecho a réplica y rectificación*

La Constitución y la Convención Americana precisan que las personas tienen derecho a réplica (respuesta) y rectificación en el mismo órgano de difusión cuando se vean afectadas directamente por informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de medios de comunicación.

No hay excepción constitucional alguna respecto de este derecho, pero la Sala Constitucional la estableció, en evidente violación del principio de igualdad (art. 21 de la Constitución), al señalar que:

Tal derecho no lo tienen ni los medios, ni a quienes en ellos se expresan ya que, repite la Sala, el derecho a réplica y rectificación no ha sido concedido sino a quienes reciben la información y no a quien la suministra (p. 17 de 22).

Y agrega la Sala, más adelante, lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Ejercicio del Periodismo, son los periodistas los que deben el derecho a réplica o rectificación, pero ellos no lo tienen en el sentido señalado en dicho artículo (p. 18 de 22).

Más adelante, en la sentencia, la Sala repite su inconstitucional doctrina, así:

El derecho a la réplica y a la rectificación no lo tienen ni los medios, ni quienes habitualmente ejercen en ellos el periodismo, ni quienes mantienen en ellos columnas o programas, ni quienes mediante “remitidos” suscitan una reacción en contra. Se trata de un derecho concedido a quienes se ven afectados por la información de los medios y que carecen de canales públicos para contestar o dar su versión de la noticia (p. 20 de 22).

De este razonamiento resulta entonces que quienes suministren información, por ese sólo hecho, no tendrían el derecho ciudadano a la información, lo que no tiene sentido alguno. Un informador profesional puede ser destinatario de una información inexacta o agravante emitida por otro comunicador, y frente a ella tiene tanto derecho a réplica y rectificación como cualquier ciudadano que se vea afectado directamente por dicha información. Por ello, la excepción establecida por la Sala Constitucional viola la Constitución.

El hecho de que un periodista tenga acceso a un medio informativo no puede significar que carezca del derecho a réplica y rectificación en el mismo medio en el que se difundió la noticia inexacta o agravante que lo afecta personalmente.

En todo caso, en la misma sentencia, al referirse al caso concreto del amparo intentado por Elías Santana, la Sala Constitucional insistió en su “doctrina vinculante” inconstitucional, señalando:

Dentro de ese orden de ideas, el ciudadano Elías Santana, quien tiene en el diario *El Nacional* una columna semanal, pretende refutar al Presidente de la República, por la vía de la réplica, en relación con unas opiniones dadas por éste que, sobre la popularidad de ambos ciudadanos (Santana y él), emitió el Presidente en el programa *Aló Presidente*.

Considera la Sala que si Elías Santana o la Asociación Civil Queremos Elegir creen que han sido agraviados por el Presidente de la República, pueden ejercer las acciones que sean procedentes, pero que al ser un periodista con una columna fija en el diario *El Nacional* (El Ombudsman), y un programa radial diario “Santana Total”, en Radio Capital, quien pide el derecho de réplica en su propio nombre y en el de la persona jurídica de la cual es vocero y por quien habla, carece de derecho a réplica o rectificación alguno, ya que lo que crea conveniente contestar al Presidente puede hacerlo, tanto en su columna como en el diario donde la tiene, que además es un periódico de circulación nacional, o en el programa radial, sin que pueda hacerse para estos fines una separación entre su persona y la de la Asociación Civil Queremos Elegir, por quien también actúa, ya que él es el vocero de tal Asociación. Según lo transcrito en el escrito de amparo, reproducido en este fallo, en las declaraciones que los actores atribuyen al Presidente de la República, éste se refirió a su vez a declaraciones del Sr. Elías Santana, expuestas en el diario donde escribe, emitidas a nombre propio y de la Asociación Queremos Elegir, la cual por lo regular es representada por el Sr. Santana, quien se expresa en su nombre. En casos como éstos, en que en la persona de un columnista o periodista de un

medio de comunicación se confunde en él la representación de una persona jurídica, que también constantemente declara en los periódicos por medio del periodista o columnista, situación que conoce la Sala por tratarse de hechos notorios comunicacionales, mal puede existir una dicotomía que otorgue un derecho de réplica o rectificación especial para su representada. (p. 20 y 21 de 22).

Y la razón para sentar esta “doctrina vinculante” absolutamente contraria a la Constitución y a la Convención Americana, es que:

El medio de difusión siempre puede contestar (replicar) o rectificar la noticia inexacta o agravante que sobre él, sus periodistas o colaboradores hayan sido difundidas en otro medio (p. 18 de 22).

Lamentablemente, a pesar de haber consultado doctrina jurisprudencial europea (Alemania y España) y norteamericana, la Sala Constitucional se olvidó de consultar la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en la *Opinión Consultiva OC-7/86* del 29-8-1982 (Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta) estableció, contrariamente a lo resuelto por la Sala que:

Si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos (Nº 28).

Pero no contenta con sentar una “doctrina vinculante” contraria a la Convención Americana y a la Constitución, la Sala Constitucional pasó a regular el ejercicio de este derecho constitucional, sentando diversas “normas”, usurpando las funciones legislativas de la Asamblea Nacional. En efecto, la Sala dictó las siguientes normas:

Primera norma: Que el derecho a réplica o rectificación no es:

Un derecho dirigido a refutar opiniones o a mantener una diatriba pública, ya que tal cuestión, por estar dirigida a personas indeterminadas, haría infinita la discusión sin que se pudiera medir con exactitud quien convenció al público. Ello no excluye las discusiones públicas, pero éstas no forman parte del derecho de réplica o rectificación”. (p. 18 de 22).

Esta “norma” carece de todo asidero constitucional. No es posible establecer una distinción entre “información” y “opinión”; cuando se informa, en general, se opina; y cuando se opina siempre se informa. De manera que no se puede excluir el derecho de réplica y rectificación respecto de las opiniones, pues ello no lo autoriza la Constitución ni la Convención Americana en la cual, incluso, la versión en francés del texto del artículo 14 admite la réplica y rectificación respecto de ideas y opiniones.

Segunda norma: Que

Estos derechos a la réplica y la rectificación sólo los puede utilizar la persona directamente afectada por la información, así se encuentre contenida en un artículo de opinión o un remitido, y siempre que estos sean inexactos o agravantes (artículo 58 constitucional) (p. 18 de 22).

Tercera norma: Que la causa para ejercer el derecho de réplica es la inexactitud de la información o cuando se trate de información agravante.

1. En cuanto a la *inexactitud* de la información, dijo el Tribunal Supremo:

Obliga a quien pide la rectificación o la réplica a convencer al medio de tal inexactitud, a justificar los elementos en que basa su solicitud, no bastando para ello la sola afirmación de quien ejerce el derecho, de que la información es falsa o inexacta.

Si a pesar de los argumentos que demuestran la inexactitud o falsedad, el medio se niega a publicar la respuesta o a rectificar, las vías jurisdiccionales entre ellos el amparo, están abiertas para la víctima, donde tendrá la carga de demostrar su afirmación. (p. 18 y 19 de 22).

2. En cuanto a la información *agravante*, la define la Sala, así:

La información agravante, es aquella que lesiona la dignidad, el honor, la reputación, la imagen, la vida privada o íntima, de las personas, exponiéndolas al desprecio público, que puede dañarlas moral o económicamente, y que resulta de una imputación que no se corresponde con la realidad, o que no atiende a la situación actual en que se encuentra una persona. Se trata de imputarle o endilgarle hechos o calificativos que no son congruentes con la situación fáctica o jurídica del agraviado.

Ante tal información, nace en la "víctima" el derecho a que se rectifique, o a dar respuesta contraria a lo que se le imputa, y en ambos casos, el amparo constitucional podría ser la acción que concretaría la protección a los derechos que le otorga el artículo 58 comentado, si se niega la réplica o la rectificación. (p. 19 de 22).

Cuarta norma: Que

Cuando lo que se imputa es una opinión sin base en hechos que la sustenten, a juicio de esta Sala no hay información que desvirtuar, sino la vía de las acciones ordinarias existentes o que creare la Ley (p. 19 de 22).

Ya hemos señalado la inconstitucionalidad de esta distinción, por la imposibilidad de establecer esta dicotomía entre "opinión" e "información".

En todo caso, de esta inconstitucional tesis, la Sala Constitucional plasmó su apreciación final sobre el caso, señalando lo siguiente:

Además, apunta la Sala, que los hechos que se imputan al Presidente de la República para solicitar el derecho a réplica, no constituyen informaciones inexactas o agravantes que se endilguen a los actores, sino se trata de opiniones, que se centran en la popularidad que dice tener el Presidente comparada con la de los actores, así como en una actitud amenazante que colige el Presidente de lo expresado por los accionantes, y que mal podrían originar el derecho a réplica o rectificación contenido en el artículo 58 constitucional, y así se declara.

Es más, lo que pretenden los accionantes no es el ejercicio del derecho a réplica, ya que fue a ellos a quienes les contestó el Presidente, sino el de sostener una discusión pública, para lo que no es necesario, para el columnista, acudir al artículo 58 constitucional. (p. 21 de 22).

En todo caso, la indicación de que el derecho a rectificación y respuesta no nace de la expresión de opiniones, sino de la emisión de informaciones no sólo es inconstitucional, por restrictivo, sino que no es precisa, pues no se puede distinguir objetivamente cuándo se trata de una opinión y cuándo de una información. Como se señaló, muchas veces hay informaciones de hechos en artículos de opinión; y al contrario, hay opiniones en las informaciones periodísticas.

Quinta norma: Que:

Quien publica un remitido en un medio, si un interesado le contesta en otro medio, no puede pretender (quien publicó el primero) le den gratis un espacio en el segundo medio para contrareplicar, ya que los remitidos no forman parte del periodismo de información al cual se refiere el artículo 58 comentado; (p. 20 de 22).

Sexta norma: Que

Tampoco pueden los periodistas, directores y editores de medios de comunicación, pretender que en otro medio se le permita responder lo que en el se haya difundido y consideren los perjudica, ya que estarían utilizando innecesariamente un espacio, cuando muy bien ello, utilizando sus canales de difusión escritos, orales o audiovisuales, pueden hacerlo. (p. 20 de 22).

Ahora bien, el derecho a rectificación y respuesta tiene que ser efectivo respecto de la información inexacta o agravante, y ello se logra con la publicación en el mismo medio en el cual apareció ésta. ¿Qué sentido tiene que un periodista agraviado por una información que apareció en un diario del extremo oriental del país pueda hacer su réplica en el diario donde trabaja que se edita en el extremo occidental del país? Por tanto, el solo hecho de ser periodista y trabajar en un diario o tener una columna de opinión en el mismo no es garantía de ejercicio al derecho de respuesta y rectificación.

La sentencia, en todo caso, es un ejemplo de táctica de amedrentamiento a medios de comunicación, editores, directores, periodistas y columnistas. El efecto perverso de la sentencia, en definitiva, es la auto censura para evitar caer en cualesquiera de las situaciones narradas en la sentencia, y que podrían dar lugar a represalias. La auto censura impuesta es antidemocrática, y es la antesala a la censura oficial.

k. *Apreciación general*

De todo lo anteriormente expuesto en torno al derecho a la libre expresión del pensamiento y al derecho a la información, conforme a la interpretación que como "doctrina vinculante" ha hecho la Sala Constitucional en su Sentencia N° 1.013 de 12-06-01, resultan las siguientes conclusiones:

1. La Sala, ante todo, violó el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 26 de la Constitución y violó, además, su propia "interpretación vinculante" adoptada en cuanto al procedimiento de la acción de amparo (Sentencia N° 7 de 01-02-00, *Caso José A. Mejía y otros*), al decidir declarar improcedente la acción de amparo intentada en el mismo momento de admitirla.

Conforme a la "interpretación" vinculante establecida por la Sala en materia de amparo, el tribunal debe ineludiblemente tomar la decisión inicial de admitir o no la

acción; y si la admite, debe proseguir con el proceso, no estándole permitido concluirlo *in limine litis* ni para declarar con lugar el amparo, ni para declararlo sin lugar. Incluso, debe recordarse que la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena (sentencia de 21-05-96) había declarado la nulidad por violación al derecho a la defensa, del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo que permitía a los jueces *in limine litis* restablecer la situación jurídica que se alegaba violada.

2. La Sala Constitucional, además usó abusivamente de su competencia para establecer interpretaciones vinculantes sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales que está prevista en el artículo 335 de la Constitución. No guarda relación alguna de logicidad o racionalidad, que una interpretación vinculante de dos normas constitucionales tenga un texto de 16 páginas, en las cuales se crean normas, se establecen excepciones, se dan opiniones, se sientan criterios de todo tipo, que no tienen relación alguna con la cuestión a la que se refería el proceso. Interpretar es fijar el sentido, alcance, valor o finalidad de una norma, y ello es lo que puede tener carácter vinculante.

La interpretación de la norma, como una técnica de aplicación del derecho, es la que podría tener carácter vinculante, la cual se configura en la parte dispositiva del fallo, no la "doctrina" que elabore la Sala en la parte motiva de la sentencia.

3. La Sala Constitucional, por otra parte, violó el principio de la separación de poderes que consagra la Constitución (art. 136), conforme al cual cada uno de los órganos del Poder Público tiene sus atribuciones propias, que debe ejercer conforme a la Constitución y las leyes (art. 137). Corresponde a la Asamblea Nacional "legislar en las materias de la competencia nacional" (art. 187,1) y conforme al artículo 156,32, "la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales" es una de esas materias de competencia del Poder Público Nacional.

En consecuencia, al establecer "normas" reguladoras respecto del ejercicio de los derechos constitucionales garantizados en los artículos 57 y 58 de la Constitución, como las contenidas en la sentencia, la Sala Constitucional (como órgano del Poder Judicial) usurpó las funciones y atribuciones de la Asamblea Nacional (como órgano del Poder Legislativo).

4. Entre las garantías constitucionales de los derechos constitucionales, está el de la reserva legal, es decir, que tales derechos sólo pueden ser regulados por "ley" en el sentido de actos que emanan de la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador (art. 202). Cualquier regulación, limitación o restricción de los derechos constitucionales, dentro de los parámetros autorizados expresamente por la Constitución, sólo puede ser establecida, por tanto, en una ley emanada del órgano de representación democrática, es decir, integrado por los diputados electos para tal fin. Es el principio democrático de la organización y funcionamiento del Poder (art. 6) que impide que los derechos constitucionales puedan ser regulados por cualquier otro órgano que no sea el que ejerce el Poder Legislativo. La sentencia de la Sala, por tanto, además, al regular los derechos constitucionales previstos en los artículos 57 y 58 de la Constitución, violó el principio democrático que es el pilar fundamental del funcionamiento del Estado.

5. La Sala Constitucional, en todo caso, al pretender regular dichos derechos constitucionales, estableció restricciones, limitaciones y excepciones no autorizadas en la Constitución, que ni siquiera el órgano legislativo podía sancionar mediante ley, como la eliminación del derecho a réplica (respuesta) y rectificación a los pe-

riodistas, o la permisión de mecanismos de censura que está absolutamente prohibida en la Constitución.

Al establecer tales restricciones o limitaciones, no autorizadas por la Constitución, la Sala Constitucional violó directamente los artículos 57 y 58 de la Constitución, los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que conforme al artículo 23 de la propia Constitución, tienen rango constitucional.

Por otra parte, al establecer excepciones no autorizadas al derecho a réplica y rectificación, excluyendo del mismo a determinadas personas con evidente discriminación, la Sala Constitucional violó, además, el principio de la igualdad ante la ley que garantiza el artículo 21 de la Constitución.

6. Por último, al establecer excepciones y discriminaciones respecto del ejercicio de derechos constitucionales no autorizadas en la Constitución, lejos de respetar el principio de la progresividad en la interpretación de tales derechos, como lo exige el artículo 19 de la Constitución, los interpretó regresivamente, contrariando tal disposición que implica, entre otros aspectos, que en caso de duda la interpretación tiene que ser a favor de la libertad y del derecho y no en contra.

13. *La libertad religiosa*

El artículo 59 de la Constitución establece que el Estado debe garantizar la libertad de religión y de culto, y consagra el derecho de toda persona a profesar su fe religiosa y cultos y a manifestar sus creencias en privado o en público, mediante la enseñanza u otras prácticas, siempre que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público.

La norma garantiza además, la independencia y la autonomía de las iglesias y confesiones religiosas, sin más limitaciones que las derivadas de esta Constitución y la ley.

Se consagra, adicionalmente el derecho del padre y la madre a que sus hijos o hijas reciban la educación religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones.

En todo caso, queda claro que nadie puede invocar creencias o disciplinas religiosas para eludir el cumplimiento de la ley ni para impedir a otro u otra el ejercicio de sus derechos.

14. *El derecho a la protección del honor, a la intimidad y a la vida privada*

El artículo 60 de la Constitución además de proteger el honor como lo hacía el artículo 59 de la Constitución de 1961, amplía la protección incorporando el concepto de intimidad y vida privada, recogiendo así aspectos novedosos en la materia⁷⁷⁸, en la siguiente forma:

778 Véase Allan R. Brewer-Carías y Carlos M. Ayala Corao, *El derecho a la intimidad y a la vida privada y su protección frente a las injerencias abusivas o arbitrarias del Estado*, Caracas 1995; Rafael Ortiz Ortiz, "Configuración del derecho a la intimidad como derecho civil fundamental", en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 5, Caracas, 2002, pp. 87-149; Cosimina Pellegrino Pacera, "El derecho a la intimidad en la nueva era informática, el derecho a la autodeterminación informativa y el hábeas data a la luz de la Constitución ve-

Artículo 60. Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.

Se consagra, así, entre otros el derecho a la intimidad, el cual también se ha regulado en las declaraciones internacionales de derechos humanos y en los pactos y acuerdos internacionales relativos a los mismos y que son Ley de la República.

En el plano internacional este derecho, inherente a la vida privada, fue prontamente proclamado por la ONU y la OEA en 1948. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, estableció:

Artículo 12. Nadie será objeto de *injerencias arbitrarias* en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques en su honra o a su reputación. Toda persona tiene *derecho a la protección* de la Ley contra tales injerencias o ataques.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptadas meses antes, en el mismo año 1948, por la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, expresa:

Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Adicionalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, y aprobado por Ley en Venezuela⁷⁷⁹, establece lo siguiente:

Artículo 17. 1. Nadie será objeto de *injerencias arbitrarias* o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene *derecho a la protección* de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Por último, en el ámbito internacional, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José) adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969, y aprobada por Ley en 1977⁷⁸⁰, establece lo siguiente:

Art. 11. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

nezolana de 1999", en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 143-216.

779 *Gaceta Oficial* N° 2146 Extraordinario de 28 de enero de 1978,

780 *Gaceta Oficial* N° 31.256 de 14 de junio de 1977

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques.

Estas normas internacionales, las cuales tienen rango constitucional en virtud de lo establecido en el artículo 23 de la Constitución, consagran por tanto el derecho de toda persona a la protección de su vida privada, ya que no se produzcan injerencias arbitrarias o abusivas en la misma. Como derecho inherente a la persona humana, ha devenido en el derecho a la vida privada y a la intimidad, como parte esencial de ella.

Como todo derecho constitucional, el mismo implica que todos los órganos del Estado, incluyendo al Legislador, así como los particulares, deben abstenerse de realizar injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y la intimidad de las personas; y que al contrario, los órganos del Estado están obligados a proteger ese derecho. La supremacía constitucional que es el fundamento de nuestro sistema jurídico implica que no sólo los tribunales y los órganos ejecutivos están sometidos a la Constitución, sino que también el Legislador debe respetar sus normas. En consecuencia, por más poder legislativo que ejerza el Congreso no puede lesionar los derechos constitucionales y está obligado a respetarlos; y en relación al derecho a la vida privada y a la intimidad, las Cámaras Legislativas están obligadas a proteger esos derechos y a impedir que se puedan realizar injerencias abusivas o arbitrarias en la vida privada o la intimidad de las personas⁷⁸¹.

En efecto, la intimidad (*intimus*) responde a la idea de lo más interno o recóndito de la vida privada o de la interioridad de la persona. Es lo que le pertenece exclusivamente, como secreto o reservado y que se manifiesta, incluso, en un derecho a la soledad (*ius solitudinis*) o a ser dejado tranquilo (*to be let alone*).

Debe señalarse que la primera mención al derecho a la intimidad la hicieron S.D. Warren y L.B. Brandeis (este último fue, décadas después, juez y *Chief Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos) en un artículo publicado en 1890, en el cual popularizaron el *right to privacy* como el *right to be let alone* (el derecho a estar solo o a ser dejado tranquilo)⁷⁸². La expresión e identificación del derecho a la intimidad, corresponde en italiano al "*diritto alla riservatezza*" (derecho a la reserva); en portugués, al "*dereito de estar só*"⁷⁸³; y en francés, a la "*liberté de la vie privé*"⁷⁸⁴.

Este derecho a la intimidad de la vida privada ha adquirido cada vez más importancia debido a los avances de la tecnología y de la informática, que han venido permitiendo una mayor posibilidad de penetración en la vida privada, sin consentimiento de las personas. Antes se escuchaba a través de las paredes, los susurros; ahora se puede escuchar y gravar por micrófonos direccionales situados a larga distancia, fotografiar de noche a una persona, o registrar sus imágenes a larga distancia. Los avances de la informática, además, colocan los datos e informaciones

781 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre el derecho a la vida privada y a la intimidad económica y a su protección" en *La Corte y el Sistema Internamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 1994, pp. 53-66.

782 Véase S.D. Warren y L.B. Brandeis, "The right to privacy (The implicit made explicit)", *Harvard Law Review*, Vol. IV, N° 5, 1890

783 Véase Paulo Jose Da Costa Junior, *O Direito de estar só*, Sao Paulo, 1970.

784 Véase R. Kayser, *La protection de la vie privé*, París, 1990, p. 58; André Roux, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers*, París, 1983.

relativas a las personas al alcance de muchos. Todo ello ha originado mayores posibilidades de penetraciones ilegítimas en la intimidad de las personas, que es necesario prevenir y proteger⁷⁸⁵. Ello por supuesto, ha planteado en forma aguda el dilema y conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, habiendo pasado el fiel de la balanza de uno a otro lado, dando a veces prioridad a la información y otras a la intimidad.⁷⁸⁶

En todo caso, el derecho a la vida privada y a la intimidad, reconocido en el artículo 59 de la Constitución de Venezuela, en concordancia con lo previsto en sus artículos 43 y 50, y en las antes mencionadas Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos que han sido aprobadas por ley de la República, es el derecho de toda persona a un ámbito o reducto de lo propio o suyo, que está vedado a que otros penetren, y que no puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas, ni por parte del Estado ni de otras personas. Como lo ha señalado J.M. de Pisón Cavero, la intimidad "hace alusión siempre a algo que es cercano al individuo, ya sea porque le es próximo o porque es algo propio, interno al mismo, que surge de él y que proyecta su entorno. Suele hablarse, por ello, -agrega- de la existencia de una esfera individual, de una vida privada, en la que sólo cada persona es quién para decidir lo que le afecta, sin tener que tolerar ningún tipo de intromisiones"⁷⁸⁷.

En sentido similar, G. Duby ha señalado con relación a la intimidad que es "un área particular netamente delimitada, asignada a esa parte de la existencia que todos los idiomas denominan como privada, una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro, donde uno puede abandonar las armas y las defensas de las que conviene hallarse provisto cuando se aventura al espacio público, donde uno se distiende, donde uno se encuentra a gusto, "en zapatillas", libre del caparazón con que nos mostramos y protegemos hacia el exterior"⁷⁸⁸.

El derecho a la intimidad de la vida privada, además, no sólo tiene una connotación negativa para impedir cualquier tipo de información referente a la persona o penetración e injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada; sino también una connotación positiva, que implica el derecho de controlar los datos referidos a la propia persona que han salido de la esfera privada para insertarse en los archivos públicos.

De allí la consagración de la acción de *habeas data*⁷⁸⁹ para asegurar el conocimiento de las informaciones relativas a las personas y la rectificación y corrección de los archivos y registros.

785 Véase Fulgencio Madrid Conesa, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Valencia, España 1984; Pablo Lucas Murillo de La Cueva, *Informática y protección de datos personales*, Madrid 1993; Fermín Morales Prats, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona 1984; Rafael Velásquez Bautista, *Protección jurídica de datos personales automatizados*, Madrid 1993; Pablo Lucas Murillo de La Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid 1990

786 Véase entre otros, Xavier O'Callaghan, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid 1991; Luis García San Miguel (ed), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid 1992.

787 Véase J.M. de Pisón Cavero, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid 1993, p. 27.

788 Véase G. Duby, en el "Prefacio" al libro de Ph. Aries y G. Duby, *Historia de la vida Privada*, Madrid 1987, Vol. I, p. 10.

789 Véase las referencias en Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas, 1993, pp. 50 y 88.

Ahora bien, este derecho a la vida privada y a la intimidad consagrado en la Constitución, implica el derecho de todos a ser protegida contra las intromisiones o injerencias arbitrarias o abusivas en el ámbito de la vida privada, que pertenece en forma exclusiva al individuo, por lo que como hemos dicho, no sólo las autoridades administrativas están obligadas a respetarlo, sino también las Cámaras Legislativas. La Constitución, en efecto, se aplica por la Ley de su Supremacía, a todos los órganos del Estado.

Pero la norma constitucional del artículo 60 también establece el derecho a la protección del honor de las personas, sobre lo cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 2442 de 1 de septiembre de 2003, señaló:

En primer lugar, que el honor es la percepción que el propio sujeto tiene de su dignidad, por lo que opera en un plano interno y subjetivo, y supone un grado de autoestima personal. En otras palabras, el honor es la valoración que la propia persona hace de sí misma, independientemente de la opinión de los demás.

Por otro lado, la honra es el reconocimiento social del honor, que se expresa en el respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona a ser respetada ante sí misma y ante los demás.

La reputación, en cambio, es el juicio que los demás guardan sobre nuestras cualidades, ya sean morales, personales, profesionales o de cualquier otra índole. La reputación, también conocida como derecho al buen nombre, se encuentra vinculado a la conducta del sujeto y a los juicios de valor que sobre esa conducta se forme la sociedad.

Atentan contra el derecho a la honra y a la buena reputación todas las conductas dirigidas a denigrar a la persona, las cuales incluyen la imputación de delitos y de inmoralidades, las expresiones de vituperio y los actos de menosprecio público⁷⁹⁰.

Por su parte, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 24 de abril de 2000 (Caso: *Pedro A. Lava vs. Consejo Nacional Electoral*) sentó los siguientes criterios:

El honor y la reputación son conceptos que han sido definidos por la Real Academia Española como: "*sentimiento de nuestra dignidad moral*" el primero y el segundo como "*fama, nombre: tener buena, o mala, reputación una persona*" en tal sentido como puede observarse éstos son derechos que si bien es cierto, nuestra Carta Magna consagra, los cuales deben ser protegidos, también lo es el hecho de que para que esta denuncia proceda es necesario contar con elementos probatorios suficientes para que los mismos sean denotados de la simple lectura y revisión de las actas que confirman el expediente contentivo de la pretensión de amparo constitucional; asimismo, y tal como lo señala el ente querellado y el Ministerio Público, el querellante no aportó ni siquiera los hechos de los cuales él pretende hacer valer que se le transgredieron su derecho al honor y reputación, por tanto, una vez verificado el expediente, esta Corte puede constatar que, del mismo no se puede llegar a una conclusión que conlleve a establecer que se han violentado los derechos denunciados como conculcados por el querellante.

No hay duda que el honor y la reputación constituyen pilares fundamentales de la dignidad humana y del desarrollo de la personalidad humana, y se trata de un bien jurídico que las legislaciones tienden a proteger. Con razón se ha señalado que el honor, como

790 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

atributo de la personalidad, tiene una historia tan larga como la del hombre mismo, y que se bifurca en dos sentidos:

a) El *honor externo y objetivo*: el cual es la opinión que, los demás integrantes de la sociedad, tienen de una persona determinada; la buena fama a que se ha granjeado mediante el exacto cumplimiento de los deberes sociales, morales, jurídicos y políticos que impone la vida social. Este honor externo u objetivo es propio de toda persona -natural o jurídica- que pretenda desarrollarse en sociedad y, sin duda, constituye uno de los baluartes o atributos de la personalidad; esta noción de honor bien puede identificarse con la "reputación" de la cual gozan las personas naturales, y la "fama" indispensable para las personas jurídicas para su cabal desenvolvimiento.

b) El *honor interno o subjetivo*: que se refiere a la opinión y estima que cada persona tiene de sí misma, es su propio concepto y su propia conciencia del valer. En términos kantianos se trata de la propia consideración como "fines en sí mismo" y nunca como medios o instrumentos del capricho de los demás. De allí su carácter subjetivo y relativo a cada persona, y tal vez por ello propio exclusivamente de las personas naturales aunque no de las personas jurídicas, aún cuando la aficción a este tipo de honor alcance a sus integrantes.

En ambos casos se requiere que el hecho constitutivo de lesión al bien jurídico del honor y reputación pueda ser "apreciado" objetivamente, esto no es, no basta con la sola afirmación de que se ha sufrido un daño, es necesario demostrar objetivamente que se ha infligido una lesión de tal naturaleza que, inexorable o causalmente, ello rebosa la esfera de tranquilidad y sosiego al cual se tiene derecho⁷⁹¹.

La Sala Constitucional, ha precisado, por otra parte, en cuanto a los derechos que derivan de los artículos 28 y 60 de la Constitución, que los que corresponden a toda persona natural serían "la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación", por ser éstas quienes tienen honor, vida privada e intimidad; y los que corresponden a las personas jurídicas serían la protección a su "reputación y confidencialidad"⁷⁹². En cuanto al derecho a la reputación, por tanto, no sólo corresponde a las personas naturales sino también a las personas jurídicas, como lo ha precisado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 14 de abril de 2000 (Caso: *Insaca C.A. vs. Ministerio de Salud y Desarrollo Social*), en la cual señaló que cualquier persona jurídica, como ente que interactúa en sociedad:

Tiene derecho a la reputación y al buen nombre, lo cual, no ha sido punto de discusión, sin embargo, no ha sido pacíficamente admitido por la doctrina y la jurisprudencia el hecho de que las personas jurídicas deben ser consideradas titulares del derecho al honor, por ser -según se alega- exclusivo de las personas naturales, lo cual no resulta adecuado, tomando en cuenta que los órganos a través de los cuales se materializa la voluntad de éstas, se encuentran conformados por personas, y que existiendo, por ejemplo, la posibilidad de levantamiento del velo corporativo de cualquier empresa son sus directivos (personas naturales) y accionistas (personas naturales o jurídicas), a quienes también les vulnera su honor, reputación y buen nombre, si se hacen imputaciones graves a las organizaciones de las que forman parte, máxime si las imputaciones

791 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 296 y ss.

792 Sentencia de la Sala Constitucional N° 332 de 14-03-2001 (Caso: *INSACA vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (Director de Drogas y Cosméticos)*, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 484 (En prensa).

en cuestión, son de similar naturaleza a las hechas a la empresa INSACA, C.A., a la que se le imputó entre otras cosas, poseer capital de dudosa procedencia, por tales razones, observa esta Corte, que es indispensable, no sólo reconocer a las personas jurídicas la titularidad del derecho al honor⁷⁹³.

Ahora bien, debe destacarse que este derecho constitucional a la protección de la honra y reputación, encuentra también otro ámbito de protección en el artículo 28 de la Constitución que regula la acción de habeas data. Como lo ha señalado la Sala Constitucional en sentencia N° 332 de 14 de marzo de 2001 (Caso: *Insaca vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*), en esa norma se establece un derecho de recopilar información sobre las personas y sus bienes, lo que se desprende implícitamente de dicha norma, y que tendrían tanto las personas naturales como las jurídicas, sean éstas últimas, entes de derecho público o privado; pero:

Quien recopila y por tanto registra datos e informaciones sobre las personas y sus bienes, tiene que respetar el derecho que tiene toda persona natural y -al menos en cuanto a ellas- a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación, que otorga el artículo 60 constitucional a las personas naturales, por ser éstas quienes tienen honor, vida privada e intimidad; y a respetar el derecho de las personas jurídicas en cuanto a su reputación y confidencialidad. Las recopilaciones no pueden lesionar tales valores, dejándolos sin protección; ni obteniendo en general los datos e informaciones a guardarse, infringiendo otros derechos o garantías constitucionales, tales como los contemplados en los artículos 20, 21 y según los casos el 46 de la vigente Constitución.

Consecuencia de lo anterior es que las informaciones y datos que se recopilan, no pueden atentar contra los derechos protectivos que otorga el artículo 60 citado, a menos que la ley (por tratarse de protecciones cuyas formas ella puede desarrollar), exprese el cómo y cuándo pueden compilarse dichos datos e informaciones. De allí que el artículo 60 aludido exprese en su único aparte: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos". Si se limita el uso de la informática (no que se prohíba), como medio moderno para el registro y almacenamiento de información, debe entenderse que la misma protección (limitación) debe existir para la recopilación de datos e información, que no utilice sistemas computarizados o semejantes. Resultado de lo apuntado, es que toda recopilación que exceda los límites legales, además de estar sujeta a los correctivos del comentado artículo 28 constitucional, no podrá hacer prueba en juicio, por ilegítima, excepción que sea contra el recopilador⁷⁹⁴.

15. *El derecho a acceder a las informaciones sobre la propia persona*

El artículo 28 de la Constitución, al regular la acción de habeas corpus, además, establece el derecho de las personas para acceder a la información que sobre su persona o bienes registre o haya sido recopilada por otra. Sobre este derecho, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 332 de 14 de marzo de

793 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 298. En sentido similar, sentencia de la misma Corte Primera de 20-06-2000 en la misma *Revista*, pp. 299-300.

794 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 484 (En prensa).

2001 (Caso: *INSACA vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*), ha señalado que:

No se trata de un derecho absoluto, ya que la ley puede restringirlo (“con las excepciones que establezca la ley”), tal como lo previene el artículo 28 de la Constitución de 1999, y es un derecho conformado -a su vez- por otros derechos. A este conjunto de derechos la doctrina los llama impropriamente el *habeas data* (tráigase el dato), se ejerza uno o varios de dichos derechos, siendo que con algunos de ellos no “hay entrega de dato” alguno, por lo que resulta inapropiado denominarlos a todos *habeas data*, ya que de ello no se trata únicamente. Sin embargo, a pesar de lo impropio de la denominación, en este fallo con el nombre de *habeas data* se reconocen los derechos del artículo 28 constitucional.

Del citado artículo 28, se evidencia que las personas tienen claramente dos derechos estrechamente unidos:

1) De acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sus bienes, consten en registros oficiales o privados (informáticos o no), a menos que la ley les niegue el acceso, lo que puede resultar de prohibiciones expresas derivadas de la protección de determinados secretos de la vida privada, de la seguridad del país, de derechos de autor, etc.

2) A conocer la finalidad y uso que da el compilador a esos datos e informaciones.

Pero ambos derechos serían nugatorios, si la persona carece de un derecho previo a conocer sobre la existencia de tales registros, sobre quienes los llevan y en general sobre quienes lo guardan, derecho que está vedado cuando la ley prevé ordenadores de información secretos, como los de los periodistas, reconocido por el artículo 28 citado, en cuanto a sus fuentes de información, o los de otros profesionales o actividades que determine la ley.

Este último derecho (conocer), se encuentra involucrado en los demás señalados expresamente en el aludido artículo 28, ya que de no existir, esos otros derechos resultarían restringidos. Toda persona tiene derecho a conocer si otra lleva registros en soportes físicos (no mentales) que se refieren a su persona, y a tal fin puede solicitar de alguien extrajudicialmente, por vía no contenciosa, que le informe si lleva sistemas de registro de información y si en ellos están recopilados datos del peticionante, teniendo por lo tanto derecho a la respuesta (positiva o negativa), por parte del requerido, por lo que también surge un derecho de respuesta. Se trata de averiguar quién lleva los registros, los cuales a veces pueden estar utilizados por personas distintas de quien los confeccionó, pero que los adquirió legítima o ilegítimamente. De no existir tal derecho, quienes se entrometan en los sistemas de otro -por ejemplo- adquiriendo de éstos lo guardado, quedarían fuera de la cobertura de la norma, ya que la recopilación siempre permanecería oculta.

El derecho a conocer en la forma expuesta, es aceptado doctrinariamente, tal como lo apunta el autor Rodolfo Daniel Uicich, *Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad*, Ad Hoc S.R.L., Buenos Aires, 1999.

Si queda establecido que una persona compila o lleva información sobre las otras y sus bienes (tangibles o intangibles), éstas tendrán derecho de acceso individual a la información (la cual puede ser totalmente nominativa, o donde la persona queda colectivamente vinculada a comunidades o grupos).

De la lectura del artículo 28 citado, que se refiere a registros, se deduce que el derecho a conocer, y el llamado *habeas data* en general, no funciona en relación a expedientes de trabajos que reposan en un archivo, a datos sueltos que alguien tenga sobre otro, anotaciones en diarios o papeles domésticos o comerciales, sino que funciona con sistemas -no solo informáticos- de cualquier clase de ordenación de información y datos

sobre las personas o sus bienes, con fines de utilizarlos en beneficio propio o de otros, y que real o potencialmente pueden serlo en forma perjudicial contra aquellos a que se refiere la recopilación. Se trata, por lo tanto, de bancos de datos, no referidos a alguien en particular, con independencia de que estén destinados a producir informaciones al público. Los registros objeto del *habeas data*, como todo registro, son compilaciones generales de datos sobre las personas o sus bienes ordenados en forma tal que se puede hacer un perfil de ellas, de sus actividades, o de sus bienes. Los registros oficiales, y por tanto los privados, objeto de la norma, tienen un sentido general, ellos están destinados a inscribir documentos, operaciones, actividades, etc., de las personas en determinados campos o temas, por lo que se trata de codificaciones de series de asuntos que forman patrones, matrices y asientos temáticos, que tienen repercusión sobre las personas en general, así sean ajenas a las actividades que se recopilan y las personas no las conozcan, y tal criterio debe ser aplicado al "registro" de datos e informaciones a que se refiere el artículo 28 constitucional.

En consecuencia los datos e informaciones particulares y aislados que alguien lleva con fines de estudio, o para uso personal o estadístico, o de consumo propio para satisfacer necesidades espirituales o culturales, o para cumplir objetivos profesionales, que no configuran un sistema capaz de diseñar un perfil total o parcial de las personas no forman parte de los registros sujetos al *habeas data*, ya que ellos carecen de proyección general. Sí podrían serlos los registros aparentemente inocentes, que cuando se entrecruzan con otros llevados por una o varias personas, permiten delinear un perfil de la vida privada o íntima de los demás, o de su situación económica, tendencias políticas, etc. La sola potencialidad de cruzar y complementar los datos de un registro, con la información almacenada en otros que lo completen, hacen que el conjunto de registros sea susceptible a los derechos referidos en el artículo 28 constitucional⁷⁹⁵.

Ahora bien, el derecho de acceder a la información sobre sí mismo, origina otro derecho de las personas, y es derecho a conocer si alguien lleva registros sobre los demás, y que es previo al derecho de acceso a dichas recopilaciones, para enterarse de qué existe en ellas relativo al interesado o a sus bienes. Este derecho no aparece expresamente señalado en el artículo 28, pero como lo ha señalado la Sala Constitucional en el fallo citado, puede ejercerse previamente al de acceso, como fórmula necesaria para ejercer éste, a menos que con certeza el interesado conozca y pueda hacer constar la existencia de tales registros llevados por alguna persona, caso en que podrá acudir directamente al de acceso, utilizando la vía judicial. En definitiva, el ejercicio del "derecho de conocer como derecho diferente al de acceder", requiere de un proceso inquisitivo no contemplado expresamente en la Constitución.

Por otra parte, destacó la Sala Constitucional, que:

El derecho al acceso y al conocimiento del fin para el cual se recopila, denota que la norma no es aplicable a registros abiertos al público, ya que la finalidad de estos últimos se encuentra establecida por la ley y es conocida por todos, además de ser por su naturaleza públicos, accesibles. De allí, que los registros públicos de cualquier naturaleza (estado civil, propiedad industrial, aéreo, mercantil, regido por la Ley de Registro Público, etc.) escapan del ámbito del artículo 28, y los errores, rectificaciones, anulaciones, y otros correctivos de los asientos se adelantarán por las leyes que los rigen (nulidades, rectificación de partidas, etc.). Los registros oficiales reservados, no secre-

795 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 485 y ss (En prensa).

tos, sí están sujetos al artículo 28, al igual que los datos de los públicos que carezcan de normativa que permita depurarlos, ya que tal omisión legal causaría a las personas los perjuicios que el artículo 28 constitucional, está tratando de evitar, con los derechos de actualización, rectificación y destrucción, que luego contempla este fallo⁷⁹⁶.

La Sala Constitucional, por otra parte, al analizar la norma del artículo 28 de la Constitución, además del derecho de acceder a la información sobre sí mismo, destacó que dicha norma también prevé el derecho a conocer la finalidad que se persigue con tales registros y qué utilidad se da a ellos. Si la finalidad o el uso viola otros derechos constitucionales o legales, tales registros se convierten en ilegales (total o parcialmente) y deben ser destruidos o limitados por inconstitucionales o ilegales. En definitiva “lo que persigue este derecho es determinar si objetivamente el uso y finalidad de la recopilación es o no legal; si las actividades de recolección y almacenamiento de datos, se realizan ceñidos a la ley, al igual que el uso que se está dando a la información”⁷⁹⁷.

Del artículo 28 de la Constitución, adicionalmente, derivan otros tres derechos en relación con lo que la Sala Constitucional denominó “a la información sensible, que es aquella que realmente afecta en sus derechos al peticionante”, que son:

- 1) La actualización de los datos e informaciones, a fin de que se corrija lo que resulta obsoleto o se transformó por el transcurso del tiempo.
- 2) La rectificación de los errores provenientes de datos o informaciones falsas o incompletas, sin reparar si los asuntos corresponden a errores dolosos o culposos de quien los guarda.
- 3) La destrucción de los datos erróneos, o que afecten ilegítimamente los derechos de las personas (como lo sería mediante ellos ingresar arbitrariamente en la vida privada, o íntima, de los individuos, recopilando datos o informaciones personales; o aquéllas que permitan obtener ilegítimamente un perfil del individuo, por ejemplo, que afecte el desarrollo de su personalidad). Este derecho, permite al reclamante optar entre la rectificación o la exclusión del dato erróneo⁷⁹⁸.

En estos tres supuestos, el solicitante debe previamente conocer el contenido de lo registrado a fin de que pueda hacer valer los derechos de actualización, rectificación o destrucción, lo que supone un acceso previo; además, el accionante debe probar, según cual sea su pedimento, “la existencia y falta de actualización de la información; o el error de lo compilado, que permita al juez ordenar la rectificación; o la adquisición ilegítima de la información y datos, así como la falsedad del asiento en el registro que se pide se destruya”⁷⁹⁹.

Por último, la Sala Constitucional en la misma citada sentencia, al comentar el contenido del artículo 28 de la Constitución, señaló que dicha norma no contempló:

El derecho de las personas a prohibir que los datos verdaderos sobre ellas, que no afectan ilegítimamente sus derechos, puedan ser transmitidos o distribuidos a otros por el recopilador. No se desprende del citado artículo 28, que la persona tenga un derecho

796 *Idem*, p. 489.

797 *Idem*, p. 490.

798 *Idem*, p. 491.

799 *Idem*.

sobre sus datos que se vería afectado, si el recopilador los vende o distribuye gratuitamente, pudiéndose incluso pensar que la tenencia de información y su ordenamiento constituye un "Know How" y una creación autoral, que representa un valor económico para el recopilador.

Tampoco previno la norma en comentario, que las personas puedan restringir a su arbitrio las informaciones que puedan captarse sobre ellas, prohibiendo la transmisión de los datos mediante las operaciones que se efectúen utilizando mecanismos electrónicos, dirigidas a otra base de datos que las centralice; pero es claro -a juicio de esta Sala- que toda persona tiene derecho a que no se procese información que le infrinja derechos o garantías constitucionales.

Debe tratarse de violaciones reales a derechos y garantías constitucionales, no a subterfugios para bloquear informaciones útiles para el Estado o la colectividad, que se amparan en desorbitadas interpretaciones de lo que es vida privada, intimidad, confidencialidad, etc, como materias restrictivas a la obtención de datos e informaciones.

El artículo 28 constitucional no previó la posibilidad que la persona que ejerce los derechos por él consagrados, pueda solicitar se declaren algunos de sus datos confidenciales y no puedan ser transmitidos a otros. No se trata de datos erróneos, sin actualización o que afectan ilegítimamente sus derechos, sino datos que considera el reclamante que lo pueden perjudicar, como serían opiniones de terceros que le desagradan y que por ser juicios subjetivos no son rectificables⁸⁰⁰.

16. *El derecho de acceso a las actuaciones administrativas*

La Constitución, en su artículo 143, establece

Art. 143: Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen 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. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad.

Como hemos señalado, de esta norma derivan los siguientes derechos constitucionales⁸⁰¹:

En *primer lugar*, el derecho de los ciudadanos a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que

800 *Idem.* pp. 496-497.

801 Véase Orlando Cárdenas Perdomo, "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos 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. 177-217; Manuel Rodríguez Costa, "Derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración Pública", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carias*, Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid 2003, pp. 1483-1505; Javier T. Sánchez Rodríguez, "La libertad de acceso a la información en materia del medio ambiente", *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 7, Caracas, 2002, pp. 459 a 495.

estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten;

En *segundo lugar*, el derecho a ser notificados de los actos administrativos y a ser informados de los trámites del procedimiento administrativo.

En *tercer lugar*, el derecho de acceder 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.

En *cuarto lugar*, el derecho de los funcionarios públicos en relación con las informaciones que puedan dar sobre los asuntos bajo su responsabilidad, a no ser sometidos a censura alguna.

Sobre este artículo 143, la Sala Constitucional ha expresado el siguiente criterio:

El transcrito artículo 143 establece dos derechos distintos, el primero debe ser cumplido por la Administración a favor de los ciudadanos, y es a informarles oportunamente del estado de las actuaciones contenidas en los expedientes administrativos en los cuales tengan interés, y donde se van a dictar resoluciones administrativas. Tratando el artículo 143, de resoluciones a dictarse, el derecho de los ciudadanos a estar informados, consagrado en la primera parte de la norma, está referido al procedimiento administrativo, y estas informaciones se adelantarán en la forma pautada en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, o en otras leyes aplicables que rijan procedimientos administrativos.

Además, la información que reciban de la Administración sobre el estado de las actuaciones del procedimiento debe ser veraz, desechándose lo falso que pueda enervar o inhibir tanto al derecho de defensa como el debido proceso, garantizado por el artículo 49 de la vigente Constitución para el proceso administrativo.

Este derecho de los ciudadanos de estar informados, involucra el derecho de acceder a los expedientes del procedimiento administrativo, lo cual está previsto en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Hasta allí llega el primer derecho que otorga el artículo 143 citado.

El segundo es un derecho de acceso, que coincide con el derecho de acceso contemplado en el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que se ejerce sobre los archivos y registros administrativos que se llevan en la Presidencia de la República, los Ministerios y demás organismos de la Administración Pública Nacional, que conforman el sistema de archivo documental (artículos 72 y 73 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central).

La consulta de esos archivos puede estar abierta al público, caso en que el ejercicio del derecho de acceso es inoperante, pero pueden ser reservados o secretos, como categoría esta última diversa a la reservada.

Así como no puede oponerse la reserva a la orden judicial de informar (artículo 433 del Código de Procedimiento Civil), tampoco es aceptable aducirla para negar el acceso a los archivos y registros de la Administración Pública, aunque para la consulta, en caso de reserva, habrá que seguir el procedimiento del artículo 75 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central. Si a pesar de la petición fundada en el citado artículo 75, ella se negare, el derecho de acceso establecido en el artículo 143 constitucional, haría posible la consulta.

Este derecho de acceso no funciona, por mandato constitucional, en materias secretas relativas a seguridad interior o exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule el contenido confidencial o secreto de estos archivos o registros, prevista en el artículo 143 constitucional y en el artículo 77 del citado Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central. Ahora bien, es necesario señalar una característica de este especial derecho de acceso, cuál es que el mismo se ejerce no para la obtención de datos nominativos, sino de cualquier tipo de información no calificada como secreta, o que pueda atentar contra la vida privada e intimidad de las personas, o que entraba o vulnere una investigación criminal, independientemente de que el acceso se efectúe para conocer hechos con relevancia comunitaria o no.

Como señaló la Sala en el Capítulo VIII de este fallo, hay materias excluidas del *habeas data*, lo que se ve apuntalado por el texto del artículo 143 de la Constitución; pero sobre los registros que lleva la Administración, así como sobre los archivos, existe a favor de los interesados un derecho de acceso no solo de igual naturaleza que el contemplado en el artículo 28 de la Constitución, sino aún mas amplio, ya que dentro del derecho a recoger información para fines propios, se encuentra el de consultar los archivos y registros del Estado, por estar éstos al servicio de los ciudadanos, contengan o no informaciones personales nominativas. Se trata de una aplicación del derecho a informarse que tiene toda persona.

El artículo 143 otorga un derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, mientras que el artículo 28 se refiere sólo a registros oficiales o privados.

Los archivos oficiales están formados por documentos, expedientes, gacetas y demás publicaciones que deban ser guardadas (artículos 72 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central). En consecuencia, en los archivos se guardan organizadamente documentos relacionados con las funciones y actividades de quien los lleva.

Conforme al artículo 74 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley citado, los documentos pueden ser reproducidos y conservados mediante sistemas fotográficos, técnicas de digitalización y cualquiera otro medio de registro magnético o virtual (Subrayado de la Sala).

Luego, para la Administración, y por mandato legal, archivo documental y registro es lo mismo, ya que las palabras se utilizan como sinónimas en el mencionado artículo 74, y por lo tanto, cuando el artículo 143 constitucional se remite a los archivos y registros administrativos, se refiere a archivos en general, tal como se deduce de los artículos 72 a 75 del Decreto con Fuerza y Rango de Ley Orgánica de la Administración Central; y ese mismo concepto debe privar con relación a los registros privados a que se refiere el artículo 28 constitucional, siempre que sirvan para sistematizar información nominal en la forma como los conceptúa este fallo.

Pero el derecho de acceso y los derechos de *habeas data* no pueden ejercerse sino sobre registros o archivos identificados, y de ello no escapan los archivos y registros oficiales, ya que conforme al artículo 76 del Decreto con Fuerza y Rango de Ley Orgánica de la Administración Central, no se podrá ordenar la exhibición o inspección de los archivos de ninguna dependencia de la Administración Pública Nacional, sino por los organismos a los cuales la ley atribuye específicamente tal función. Tal disposición dentro del Título de los Documentos Oficiales de la vigente Ley Orgánica de la Administración Central, prohíbe la inquisición general, y obliga a que el derecho del artículo 143 constitucional al ser desarrollado por la ley, sea ejercido sobre un determinado archivo o registro y dentro de él sobre una pieza o componente del mismo.

Esta idea de especificidad, congruente con lo que este fallo ha señalado con relación a la negativa de las pesquisas, la apuntala el mismo artículo 76 bajo comentario, cuando de una manera determinada expresa: "Podrá acordarse judicialmente la copia, exhibi-

ción o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro y se ejecutará la providencia, a menos que el órgano superior respectivo hubiere resuelto con anterioridad otorgarle al documento, libro, expediente o registro la clasificación como secreto o confidencial, de conformidad con los procedimientos legalmente establecidos”.

En consecuencia, el acceso a los archivos y registros administrativos, y el ejercicio de los derechos de *habeas data* sobre ellos, se refiere a archivos y registros determinados, así como a los documentos, libros o expedientes, que ellos contengan.

El “*habeas data*” del artículo 28 constitucional se enlaza así con el 143 *eiusdem*, pero esta última norma realmente no modifica en cuanto a la Administración, los límites del artículo 28 constitucional.

Advierte la Sala, que los archivos oficiales cumplen una finalidad relacionada con la actividad funcional de los órganos administrativos, y que la ley debe señalar lo que se ha de archivar. Si la ley no lo expresare, ellos deben contener los documentos relativos a la actividad del órgano, emanados de los particulares o de la Administración. Lo ajeno a ello no debe formar parte del archivo o registro, y debería ser desincorporado o destruido -por ilegal- de oficio o a solicitud del interesado.

Si ello no ocurre, y ante la ausencia de norma expresa que ordene su desincorporación o destrucción, a pesar que tales documentos o notas son ajenas al archivo y que no se trata en puridad de principio de recopilaciones de información y datos, sino de documentos o anotaciones supuestamente atinentes a la actividad administrativa, mal archivados, considera la Sala que lo ilegalmente guardado, puede ser destruido o desincorporado, por aplicación extensiva del artículo 28 constitucional, en lo que se refiera a datos nominales, pertenecientes a quien reclama, ya que lo que se persigue con el “*habeas data*”, cual es destruir lo falso o erróneo de los sistemas de información, se logrará por esta vía depurando el archivo, a pesar que este no contenga *per se* un sistema de información, e independientemente de que se trate de un archivo oficial abierto o no al público. Igual trato debe darse a los documentos emanados de la Administración que contengan menciones lesivas a las personas, no permitidas por la ley o por la Constitución, que formen parte de los archivos públicos, y que no estén sujetos a normas que ordenan la exclusión de tales menciones.

También deben recibir idéntico tratamiento, los documentos oficiales que contengan menciones ilegalmente o ilegítimamente incorporadas al texto, y que lesionen a las personas. En estos casos, al menos, la mención debe ser excluida (testada), tal como lo ordenó esta Sala en fallo del 19 de septiembre de 2000 (sentencia N° 1074)⁸⁰².

17. *La libertad y objeción de conciencia*

El artículo 61 establece el derecho de toda persona a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su practica afecte la personalidad o constituya delito. En todo caso, se dispone que la objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos.

18. *El derecho de protección por parte del Estado y la seguridad ciudadana*

Por último, en relación con los derechos civiles, el artículo 55 dispone que toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos

802 *Idem.*, pp. 497-499

de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes⁸⁰³.

En todo caso, los cuerpos de seguridad del Estado deben respetar la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. En cuanto, al uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionariado policial y de seguridad está limitado por los principios de “necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad”, conforme a la ley.

El artículo, además, exige que una ley especial regule la participación de los ciudadanos en los programas destinados a la prevención, seguridad ciudadana y administración de emergencias.

Con fundamento en estas normas, la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 10 de mayo de 2000 (Caso: *Asociación de Vecinos de la Urbanización Los Samanes vs. Municipio Girardot, Estado Aragua*) ha reconocido que “por la situación de inseguridad reinante, se tomen acciones en las urbanizaciones y espacios de la ciudad que logren minimizar los riesgos del ciudadano de ser objeto de actividades delictivas”; precisando que:

No puede condenarse a la comunidad organizada por proveerse de los mejores medios a su alcance para obtener una mayor seguridad, ya que la autoridad municipal, además de ser ineficaz en su tarea de policía preventiva estaría frustrando los esfuerzos de los vecinos para conseguir sus propias soluciones a la problemática existente en materia de seguridad pública. De modo tal que, en el caso en análisis, la pared colindante de la urbanización constituye un mecanismo de prevención y disuasión que produce en los habitantes del sector la sensación de seguridad y protección necesaria para el libre desenvolvimiento de sus actividades⁸⁰⁴.

III. LOS DEBERES CONSTITUCIONALES

En el Capítulo X del Título III se establecen el conjunto de deberes constitucionales de las personas⁸⁰⁵, los cuales se complementan con otras disposiciones del texto constitucional.

1. *El deber de defender a la patria*

Todos los venezolanos tienen el deber 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 (art. 130).

803 Véase en general, Véase Roberto Cuellar M., “Seguridad y Derechos Humanos: un desafío al Derecho Constitucional”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carias*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 2537-2548.

804 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 290.

805 Véase en general, Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 106 y ss.

2. *El deber de acatar la Constitución*

Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar la Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público (art. 131).

3. *Los deberes de solidaridad social*

Todas las personas tienen el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social (art. 132).

Además, conforme al artículo 135, las obligaciones que correspondan al Estado, conforme a la Constitución y a la ley, en cumplimiento de los fines del bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, correspondan a los particulares según su capacidad. En tal sentido, la ley debe proveer lo conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario.

Además, como se dijo, la Constitución dispone que quienes aspiren al ejercicio de cualquier profesión, tienen el deber de prestar servicio a la comunidad durante el tiempo, lugar y condiciones que determine la ley.

4. *El deber de contribuir con los gastos públicos*

Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley (art. 133).

5. *El deber de prestar el servicio civil y militar*

Toda persona, de conformidad con la ley, tiene el deber de prestar los servicios civil o militar necesarios para la defensa, preservación y desarrollo del país, o para hacer frente a situaciones de calamidad pública.

En cuanto al servicio militar, se establece expresamente que nadie puede ser sometido a reclutamiento forzoso.

Además, toda persona tiene el deber de prestar servicios en las funciones electorales que se les asignen de conformidad con la ley (art. 134).

6. *El deber de educarse*

Como se dijo, la educación, además de un derecho, se establece como un deber constitucional (deber social fundamental) por lo que es obligatoria (art. 102) en todos sus niveles desde el maternal hasta el nivel medio diversificado (art. 103).

7. *El deber de trabajar*

El trabajo, además de un derecho, también se lo considera como un deber constitucional (art. 87).

8. *Los deberes de los padres e hijos*

Los padres tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos; y estos tienen el deber de asistirlos cuando aquellos no puedan hacerlo por sí mismos (art. 76).

INDICE

INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN (ENERO 2000)	11
NOTA A LA SEGUNDA Y TERCERA EDICIÓN	17
NOTA A LA CUARTA EDICIÓN (2004)	19

TOMO I

PRIMERA PARTE

LOS CONDICIONANTES POLÍTICOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

I. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA POLÍTICO Y LA NECESIDAD DE RECONSTRUIR LA DEMOCRACIA.....	24
1. <i>La democracia de partidos: la democracia representativa de partidos y la deformación de la representatividad y participación</i>	25
2. <i>La forma del Estado: el centralismo de Estado y la crisis de la descentralización política</i>	26
3. <i>La separación de poderes, y los problemas del sistema de gobierno y del control del Poder</i>	27
II. LA CRISIS DEL SISTEMA POLÍTICO DE ESTADO DEMOCRÁTICO CENTRALIZADO DE PARTIDOS.....	28
III. LA POSIBILIDAD DE LA VÍA DEMOCRÁTICA PARA EL CAMBIO POLÍTICO Y LA CONFIGURACIÓN JUDICIAL DEL PROCESO CONSTITUYENTE	33
1. <i>La Asamblea Constituyente en democracia</i>	33
2. <i>La bandera electoral (1998) de la Asamblea Constituyente y los obstáculos constitucionales para convocarla</i>	37
3. <i>El dilema entre soberanía popular y supremacía constitucional y la omisión del juez constitucional en resolverlo</i>	39
4. <i>La apertura de la "Caja de Pandora" constituyente por la Corte Suprema de Justicia</i>	48
5. <i>La convocatoria al referéndum sobre la Asamblea Cōnstituyente y los intentos de secuestro del derecho a la participación popular</i>	62
6. <i>Los intentos por recoger los "demonios constituyentes" desatados y la ineffectividad en definirle límites de la Asamblea Nacional Constituyente convocada con fundamento en el referendo consultivo</i>	72
7. <i>Los intentos tardíos de la Corte Suprema en pretender someter el proceso constituyente a la Constitución de 1961</i>	84

8.	<i>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</i>	87
9.	<i>La Asamblea Nacional Constituyente como instrumento político para el de asalto al poder</i>	91
10.	<i>La sumisión de la Corte Suprema al poder constituyente de la Asamblea y su extinción final a manos de la Asamblea que había creado</i>	96
IV.	LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999	110
1.	<i>El sistema electoral escogido y el exclusivismo político de la Asamblea</i>	110
2.	<i>Las etapas en el funcionamiento de la Asamblea Constituyente</i>	112
3.	<i>La atropellada elaboración de la nueva Constitución y la ausencia real de participación política</i>	113
V.	EL FRACASO DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999 COMO INSTRUMENTO DE CONCILIACIÓN	118
1.	<i>La pervivencia de la democracia representativa de partidos</i>	119
2.	<i>La pervivencia de la Federación centralizada con el nombre de Federación descentralizada</i>	122
3.	<i>La concentración del Poder Público, el presidencialismo exacerbado y el militarismo</i>	123

SEGUNDA PARTE

LA CONSTITUCIÓN Y SU SUPREMACÍA

I.	LAS FUNCIONES DE LA CONSTITUCIÓN	127
II.	LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	130
III.	LA IMPERATIVIDAD Y OBLIGATORIEDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y EL PRINCIPIO DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL	133
IV.	EL PODER DEROGATORIO DE LA CONSTITUCIÓN	143
V.	LA GARANTÍA OBJETIVA DE LA CONSTITUCIÓN: LA NULIDAD DE LOS ACTOS INCONSTITUCIONALES	144
VI.	LA VIGENCIA PERMANENTE DE LA CONSTITUCIÓN Y EL RÉGIMEN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN	144
1.	<i>Los estados de excepción</i>	144
2.	<i>Las diversas formas de los estados de excepción</i>	146
A.	<i>El estado de alarma</i>	146
B.	<i>El estado de emergencia económica</i>	146
C.	<i>El estado de conmoción interior</i>	146
D.	<i>El estado de conmoción exterior</i>	146
3.	<i>El decreto de estado de excepción</i>	147
4.	<i>Medidas que pueden adoptarse en virtud del decreto de estado de excepción</i> ...	148
A.	<i>Régimen general</i>	148
B.	<i>La restricción de las garantías constitucionales</i>	148
C.	<i>La movilización</i>	151
D.	<i>La requisición</i>	151
E.	<i>Las medidas relativas a los artículos de primera necesidad y a los servicios públicos</i>	152

F.	<i>Las medidas de orden presupuestarias en cuanto al gasto público</i>	152
G.	<i>Los efectos jurídicos de los estados de excepción respecto de los ciudadanos: la obligación de cooperar</i>	152
5.	<i>El control de los decretos de estados de excepción</i>	153
A.	<i>El control por la Asamblea Nacional</i>	153
a.	<i>El sometimiento del decreto a la Asamblea</i>	153
b.	<i>La aprobación por la Asamblea</i>	153
B.	<i>El control por el Tribunal Supremo de Justicia</i>	154
a.	<i>La remisión del decreto a la Sala Constitucional</i>	154
b.	<i>Motivos de control</i>	155
c.	<i>Procedimiento y la participación de interesados</i>	156
d.	<i>Decisión</i>	156
C.	<i>El control por los demás tribunales</i>	157
D.	<i>El control por la comunidad organizada y las organizaciones públicas no estatales</i>	157
VII.	LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ...	158
1.	<i>Las Enmiendas Constitucionales</i>	159
A.	<i>Objeto</i>	159
B.	<i>La iniciativa</i>	159
C.	<i>La discusión parlamentaria</i>	159
D.	<i>El referendo aprobatorio</i>	160
E.	<i>La promulgación</i>	160
F.	<i>Las formalidades</i>	160
2.	<i>Las reformas constitucionales</i>	160
A.	<i>Objeto</i>	160
B.	<i>La iniciativa</i>	161
C.	<i>La discusión parlamentaria</i>	161
D.	<i>El referendo aprobatorio</i>	161
E.	<i>La promulgación</i>	162
3.	<i>La Asamblea Nacional Constituyente</i>	162
A.	<i>El poder constituyente originario y la Asamblea Nacional Constituyente</i> . ..	162
B.	<i>La iniciativa</i>	162
C.	<i>La promulgación de la nueva Constitución</i>	163
4.	<i>Las ilegítimas modificaciones al texto constitucional introducidas mediante su nueva publicación el 24-3-2000 y la "Exposición de Motivos" elaborada ex post facto</i>	163

TERCERA PARTE

LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO: LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y DEL SISTEMA POLÍTICO

I.	LAS IDEAS DEL PREÁMBULO	169
1.	<i>Declaraciones iniciales</i>	170
A.	<i>La Constitución como emanación del pueblo</i>	170
B.	<i>El Poder originario del pueblo y la invocación de Dios</i>	170
C.	<i>La invocación al Libertador, y a los forjadores de la Nación</i>	170

2.	<i>Los fines políticos</i>	171
A.	<i>La refundación de la República</i>	171
B.	<i>El perfeccionamiento de la democracia</i>	172
C.	<i>Las características socioculturales de la sociedad</i>	174
D.	<i>Las características del Estado</i>	174
E.	<i>Los valores de la sociedad política</i>	174
3.	<i>Los fines sociales</i>	175
A.	<i>Los derechos humanos esenciales</i>	175
B.	<i>La justicia social</i>	175
C.	<i>La igualdad</i>	175
4.	<i>Los fines internacionales</i>	175
A.	<i>La cooperación internacional</i>	176
B.	<i>La integración latinoamericana</i>	176
II.	LA REPÚBLICA Y LOS FUNDAMENTOS DEL ESTADO	176
1.	<i>La configuración de la República</i>	176
A.	<i>La denominación de la República como "República Bolivariana de Venezuela"</i>	176
B.	<i>La Independencia</i>	178
C.	<i>Los valores de la República</i>	178
D.	<i>Los derechos de la Nación</i>	179
2.	<i>La configuración del Estado</i>	179
A.	<i>El Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia</i>	179
B.	<i>Los valores superiores del ordenamiento jurídico</i>	183
C.	<i>La distribución y división de Poder del Estado y su limitación y control</i>	185
3.	<i>Los fines del Estado</i>	186
A.	<i>Los fines esenciales</i>	186
a.	<i>Fines económicos-sociales</i>	187
b.	<i>Fines políticos</i>	187
c.	<i>Fines jurídicos</i>	187
B.	<i>La garantía constitucional y la seguridad jurídica</i>	187
C.	<i>Los procesos sociales: educación y trabajo</i>	188
4.	<i>Los símbolos de la Patria</i>	188
5.	<i>El idioma oficial</i>	189
III.	EL TERRITORIO NACIONAL Y DEMÁS ESPACIOS GEOGRÁFICOS DEL ESTADO	190
1.	<i>La definición del territorio y su evolución constitucional</i>	190
A.	<i>La previsión constitucional: el uti possidetis juris</i>	190
B.	<i>El territorio nacional formado por las provincias de la Capitanía General de Venezuela</i>	191
C.	<i>El territorio nacional referido al de la Capitanía General de la República en 1810 (el uti possidetis juris)</i>	192

D.	<i>El territorio nacional referido al de la Capitanía General de Venezuela en 1810, con modificaciones resultantes de Tratados</i>	193
a.	<i>Los Tratados suscritos antes de 1901</i>	193
a'	<i>Tratados suscritos con Colombia</i>	193
b'	<i>Tratados suscritos con el Reino Unido</i>	195
c'	<i>Tratado suscrito con Brasil</i>	195
d'	<i>Tratado suscrito con Holanda</i>	195
b.	<i>La evolución posterior a 1901</i>	196
a'	<i>Tratados suscritos con Colombia</i>	197
b'	<i>Acuerdos suscritos con el Reino Unido</i>	199
c'	<i>Acuerdos suscritos con el Brasil</i>	199
E.	<i>El territorio nacional referido al de la Capitanía General de Venezuela en 1810, con modificaciones resultantes de tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad: el caso de la Guayana Esequiba</i>	200
2.	<i>La soberanía y los espacios geográficos</i>	204
3.	<i>La inalienabilidad del territorio</i>	205
A.	<i>El principio de la inalienabilidad</i>	205
B.	<i>El territorio nacional como territorio de paz</i>	205
C.	<i>Las sedes diplomáticas</i>	206
4.	<i>El régimen de los nuevos territorios</i>	206
5.	<i>El régimen de las fronteras</i>	206
IV.	LA FORMA DEL ESTADO	207
1.	<i>La "Federación Descentralizada"</i>	207
2.	<i>Los principios del Estado Federal</i>	209
V.	LA SOBERANÍA POPULAR Y EL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO	210
1.	<i>La soberanía del Pueblo</i>	210
2.	<i>La democracia representativa</i>	211
3.	<i>La democracia participativa y la democracia directa</i>	212
4.	<i>El sistema democrático de Gobierno</i>	214
5.	<i>La sujeción de los órganos estatales a la soberanía popular</i>	217
VI.	EL ESTATUTO DE LAS PERSONAS Y DE LOS CIUDADANOS	217
1.	<i>El régimen de la nacionalidad</i>	217
A.	<i>La nacionalidad venezolana originaria o por nacimiento</i>	218
B.	<i>La nacionalidad venezolana derivada o por naturalización</i>	218
C.	<i>El principio de la doble nacionalidad</i>	219
D.	<i>La pérdida y renuncia de la nacionalidad</i>	219
a.	<i>La pérdida de la nacionalidad</i>	219
b.	<i>La renuncia y recuperación de la nacionalidad</i>	220
c.	<i>El régimen legal de la nacionalidad</i>	220
2.	<i>El régimen de la ciudadanía</i>	220
A.	<i>El ciudadano</i>	220
B.	<i>Los derechos políticos y los ciudadanos</i>	221

a.	<i>El régimen general</i>	221
b.	<i>La igualdad entre venezolanos por nacimiento y naturalización</i>	221
c.	<i>Las excepciones</i>	221
d.	<i>La equiparación absoluta en cuanto a los venezolanos</i>	223
3.	<i>El derecho de asilo y la extradición</i>	223
A.	<i>El derecho de asilo</i>	223
B.	<i>El tema de los refugiados</i>	224
C.	<i>El régimen de la extradición</i>	224
VII.	EL SISTEMA POLÍTICO DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y PARTICIPATIVA	225
1.	<i>El derecho a la participación política</i>	226
2.	<i>El sistema electoral y la democracia representativa</i>	227
A.	<i>El derecho al sufragio y el sistema de escrutinio</i>	227
B.	<i>Los electores (el derecho a elegir)</i>	228
C.	<i>Los representantes electos</i>	230
a.	<i>El derecho a ser elegido</i>	230
b.	<i>El derecho a postular candidatos</i>	231
c.	<i>La rendición de cuentas</i>	231
3.	<i>El sistema de partidos políticos y de asociación política</i>	231
A.	<i>El derecho de asociación política</i>	231
B.	<i>La democracia interna</i>	233
C.	<i>El financiamiento de las asociaciones políticas</i>	234
D.	<i>Las incompatibilidades en materia de contratación pública</i>	235
4.	<i>El derecho de manifestar</i>	235
5.	<i>El sistema de referendos y la democracia directa</i>	235
A.	<i>Los referendos consultivos</i>	236
B.	<i>Los referendos revocatorios</i>	239
a.	<i>Oportunidad en la cual se puede ejercer el derecho a solicitar la revocación del mandato</i>	241
b.	<i>La legitimación para formular la solicitud de iniciativa popular</i>	242
c.	<i>Los requisitos de la solicitud de convocatoria del referendo revocatorio</i>	243
d.	<i>La oportunidad para formular la solicitud</i>	244
e.	<i>Quórum para la revocación</i>	245
f.	<i>Efectos de la revocatoria del mandato</i>	247
C.	<i>Los referendos aprobatorios</i>	247
D.	<i>Los referendos abrogatorios</i>	249
VIII.	LA ACTUACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO	249
1.	<i>Principios generales</i>	249
2.	<i>Régimen constitucional de la integración económica regional</i>	249
3.	<i>Aprobación legislativa de Tratados</i>	255
4.	<i>Cláusula de solución pacífica de controversias</i>	256

IX. EL RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD Y DEFENSA DE LA NACIÓN	256
1. <i>La competencia estatal y de la población</i>	257
2. <i>Los principios de la seguridad de la Nación como corresponsabilidad entre el Estado y la Sociedad Civil</i>	257
3. <i>Los órganos de Seguridad y Defensa</i>	257
A. <i>El Consejo de Defensa de la Nación</i>	257
B. <i>La Fuerza Armada Nacional</i>	258
a. <i>Integración</i>	258
b. <i>Responsabilidades de los componentes</i>	258
c. <i>Carácter</i>	258
C. <i>Los órganos de seguridad ciudadana</i>	259
4. <i>El régimen de las armas</i>	260
5. <i>El régimen de los documentos concernientes a la seguridad de la Nación</i>	260
6. <i>Apreciación general: La base constitucional para el militarismo</i>	260

CUARTA PARTE

LA CONSTITUCIÓN DEL PODER PÚBLICO

I. LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER PÚBLICO: NACIONAL, ESTADAL Y MUNICIPAL	263
II. LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES	265
1. <i>El Estado y la personalidad jurídica estatal</i>	265
2. <i>Las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico</i>	266
3. <i>Las personas jurídicas en la Constitución</i>	268
III. RÉGIMEN DEL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO EN LOS TRES NIVELES TERRITORIALES	271
1. <i>Principios generales</i>	271
A. <i>El principio de legalidad</i>	271
B. <i>La nulidad de los actos emanados de la autoridad usurpada</i>	272
C. <i>Responsabilidad de los funcionarios</i>	273
D. <i>Responsabilidad patrimonial del Estado</i>	273
2. <i>El régimen de la Administración Pública</i>	276
A. <i>Ámbito de la Administración Pública</i>	276
B. <i>Principios fundamentales relativos a la Administración Pública</i>	279
a. <i>El principio de la legalidad</i>	279
b. <i>El principio de la responsabilidad de los funcionarios</i>	280
c. <i>El principio de finalidad de la Administración Pública</i>	281
C. <i>Los principios de la actividad de la Administración Pública</i>	281
a. <i>El principio de la simplicidad</i>	282
b. <i>El principio de la información general (internet)</i>	283
c. <i>El principio de la publicidad de los actos generales</i>	283
d. <i>El principio de la sujeción a los planes, metas y objetivos</i>	283
e. <i>El principio de la eficacia</i>	284
f. <i>El principio de la adecuación de los medios financieros a los fines</i>	284
g. <i>El principio de la privatización</i>	284

h.	<i>El principio de coordinación</i>	285
i.	<i>El principio de cooperación</i>	285
j.	<i>El principio de lealtad institucional</i>	285
C.	<i>Los principios relativos a la organización de la Administración Pública</i>	285
a.	<i>La reserva legal en la asignación de la titularidad de la potestad organizativa</i>	285
b.	<i>La titularidad para la organización de la Administración Pública Central Nacional</i>	286
c.	<i>Requisitos para la creación y modificación de órganos y entes</i>	287
d.	<i>El principio de la previsión financiera</i>	288
e.	<i>El principio de simplicidad y transparencia de la organización administrativa</i>	288
f.	<i>El principio de jerarquía</i>	288
D.	<i>El régimen de la información administrativa</i>	289
3.	<i>El régimen de la función pública</i>	289
A.	<i>El Estatuto de la función pública</i>	289
B.	<i>El principio de dedicación del funcionario al Estado</i>	290
C.	<i>Los principios de la carrera administrativa</i>	290
D.	<i>El régimen de las remuneraciones</i>	290
E.	<i>Las incompatibilidades</i>	291
a.	<i>En el desempeño de cargos</i>	291
b.	<i>En la contratación con el Estado</i>	291
c.	<i>En la aceptación de cargos u honores de gobiernos extranjeros</i>	291
4.	<i>El régimen de la contratación pública</i>	292
A.	<i>Los contratos de interés público</i>	292
B.	<i>El co-contratante de la Administración y los contratos de interés público de carácter intergubernamental o interadministrativo</i>	293
C.	<i>Los contratos de interés público y sus limitaciones derivadas del régimen del dominio público y de los servicios públicos</i>	295
a.	<i>El territorio nacional y las limitaciones contractuales con entidades extranjeras</i>	295
b.	<i>El régimen del dominio público y las concesiones administrativas</i>	295
c.	<i>El régimen de los bienes del dominio privado estatales y municipales, las limitaciones contractuales y las concesiones</i>	296
d.	<i>El régimen de las actividades y servicios públicos reservados al Estado y las concesiones administrativas</i>	297
e.	<i>Los convenios de transferencia de servicios a las comunidades como contratos de interés público estatal y municipal</i>	298
D.	<i>Las cláusulas constitucionales obligatorias en los contratos de interés público</i>	298
a.	<i>La cláusula de inmunidad de jurisdicción</i>	299
b.	<i>La cláusula "Calvo"</i>	300
c.	<i>La cláusula temporal en las concesiones</i>	301
d.	<i>La cláusula de protección ambiental</i>	302

E.	<i>La aprobación de contratos de interés público por el órgano legislativo nacional</i>	302
F.	<i>Principios constitucionales relativos a la responsabilidad del Estado en la ejecución de los contratos de interés público</i>	303
5.	<i>Régimen constitucional de los servicios públicos</i>	303
A.	<i>El servicio público como obligación prestacional estatal</i>	303
B.	<i>Las diversas categorías de servicios públicos</i>	305
C.	<i>La constitucionalización de los servicios públicos</i>	307
a.	<i>Los "servicios públicos" en la Constitución</i>	307
b.	<i>Los "servicios" a cargo del Estado en la Constitución</i>	308
D.	<i>Los servicios públicos constitucionales</i>	309
a.	<i>Los servicios públicos vinculados a los derechos de la Nación</i>	310
a'.	<i>El servicio público de defensa y seguridad: la Fuerza Armada Nacional</i>	310
b'.	<i>El servicio público exterior y diplomático</i>	310
c'.	<i>El servicio público de promoción y ordenación de la economía</i>	311
b.	<i>Servicios públicos vinculados a los fines del Estado</i>	312
a'.	<i>Los servicios públicos de seguridad y protección ciudadana: la policía y la administración de riesgos</i>	312
b'.	<i>El servicio público de justicia</i>	313
c'.	<i>Los servicios públicos en materia de desarrollo rural integral y seguridad alimentaria</i>	314
d'.	<i>Los servicios públicos de protección ambiental</i>	314
c.	<i>Los servicios públicos sociales</i>	315
a'.	<i>Los servicios públicos de asistencia y protección social</i>	315
b'.	<i>Los servicios públicos de salud y sanidad</i>	316
c'.	<i>Los servicios públicos de seguridad social</i>	316
d'.	<i>Los servicios públicos de educación</i>	317
e'.	<i>Los servicios públicos de vivienda</i>	317
f'.	<i>Los servicios públicos de empleo</i>	318
g'.	<i>Los servicios públicos culturales</i>	318
h'.	<i>Los servicios públicos deportivos y de recreación</i>	318
d.	<i>Los servicios públicos para garantizar el ejercicio de derechos y libertades individuales</i>	319
a'.	<i>Los servicios públicos para la circulación</i>	319
a'.	<i>Los servicios públicos de vialidad</i>	319
b'.	<i>Los servicios públicos de transporte</i>	320
b'.	<i>Los servicios públicos para las comunicaciones</i>	321
c'.	<i>Los servicios públicos para la información</i>	321
d'.	<i>Los servicios públicos para la calidad de vida: servicios públicos domiciliarios</i>	321
E.	<i>Servicios públicos e intervención del Estado en la economía</i>	322

QUINTA PARTE

**LA CONSTITUCIÓN FEDERAL:
LA DISTRIBUCIÓN DEL PODER PÚBLICO EN UN MARCO CENTRALISTA**

I.	LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO FEDERAL	325
1.	<i>El régimen constitucional de las autonomías territoriales</i>	325
2.	<i>Los principios que rigen la división territorial del poder</i>	327
II.	LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO	329
1.	<i>Las materias de competencia exclusiva</i>	329
A.	<i>Las materias de la competencia exclusiva de los órganos del Poder Público Nacional</i>	329
a.	<i>Las materias relativas al régimen político y a la organización del Estado nacional</i>	330
a'.	<i>Las relaciones internacionales</i>	330
b'.	<i>Las cuestiones de seguridad y defensa</i>	330
c'.	<i>El régimen de los símbolos patrios</i>	330
d'.	<i>El estatuto de las personas</i>	330
e'.	<i>El régimen de la división territorial</i>	330
f'.	<i>El régimen de los Poderes Públicos Nacionales</i>	331
b.	<i>Las materias relativas a la policía nacional y seguridad ciudadana</i>	331
a'.	<i>La policía nacional</i>	331
b'.	<i>El régimen de la administración de riesgos y emergencias</i>	331
c.	<i>Las materias relativas al régimen económico</i>	332
a'.	<i>El régimen general de la economía</i>	332
b'.	<i>El régimen del correo y las telecomunicaciones</i>	332
c'.	<i>Régimen y administración de las minas</i>	332
d'.	<i>El régimen de las tierras baldías</i>	333
e'.	<i>Los recursos naturales renovables</i>	333
f'.	<i>La ordenación nacional del ambiente y de la ocupación del territorio</i>	333
g'.	<i>Las obras de infraestructura</i>	333
a''.	<i>La ordenación normativa de las obras de infraestructura</i>	333
b''.	<i>Las obras públicas nacionales</i>	334
c''.	<i>La vialidad nacional</i>	334
h'.	<i>El transporte nacional</i>	334
i'.	<i>La política nacional y la ordenación normativa del turismo</i>	334
j'.	<i>Las políticas nacionales para la producción agropecuaria</i>	335
k'.	<i>El régimen general de los servicios públicos domiciliarios</i>	335
d.	<i>Las materias relativas al régimen del desarrollo social</i>	335
a'.	<i>El régimen de la seguridad social</i>	335
b'.	<i>Régimen nacional de la vivienda</i>	336
c'.	<i>La política relativa a los servicios públicos nacionales de educación y salud</i>	336
e.	<i>La competencia en materia de legislación general</i>	336

B.	<i>Las materias de la competencia exclusiva del poder público estatal</i>	337
a.	<i>La policía estatal y el ámbito de la policía municipal</i>	338
b.	<i>Competencias en materia económica</i>	338
a'.	<i>El régimen de los minerales no metálicos y las salinas</i>	338
b'.	<i>La administración de las tierras baldías</i>	338
c'.	<i>Los ostrales</i>	338
d'.	<i>Las obras públicas estatales</i>	339
e'.	<i>Los servicios públicos estatales</i>	339
f'.	<i>La vialidad estatal</i>	339
g'.	<i>La administración de la vialidad nacional</i>	340
h'.	<i>Administración de puertos y aeropuertos comerciales</i>	340
C.	<i>Las materias de la competencia exclusiva del Poder Municipal en cuanto concierne a la vida local</i>	340
2.	<i>Las competencias concurrentes entre los niveles territoriales del Poder Público</i>	344
A.	<i>Antecedentes</i>	345
B.	<i>El régimen de la seguridad y protección ciudadana: policía y administración de riesgos</i>	347
C.	<i>Régimen del desarrollo económico</i>	348
a.	<i>Ordenación y promoción del desarrollo económico y social</i>	348
b.	<i>Turismo</i>	348
c.	<i>Promoción del desarrollo rural y seguridad alimentaria</i>	349
d.	<i>Ciencia y tecnología</i>	349
e.	<i>Información económico-social</i>	349
f.	<i>Publicidad comercial</i>	350
D.	<i>Régimen del desarrollo social</i>	350
a.	<i>Asistencia y protección social</i>	350
b.	<i>Salud y sanidad</i>	350
c.	<i>Vivienda</i>	351
d.	<i>Educación</i>	351
e.	<i>Cultura y patrimonio histórico</i>	352
f.	<i>Deporte</i>	352
g.	<i>La protección a las comunidades indígenas</i>	352
h.	<i>La protección del trabajo</i>	353
E.	<i>Régimen de la infraestructura y de la ordenación del territorio</i>	353
a.	<i>Ordenación del territorio</i>	353
b.	<i>Ambiente</i>	353
c.	<i>Urbanismo</i>	353
3.	<i>Las competencias residuales</i>	354
4.	<i>Las competencias implícitas el Poder Nacional</i>	354
5.	<i>El principio descentralizador en las competencias del Poder Público</i>	355
III.	EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO ESTADAL	357
1.	<i>El marco constitucional del régimen de los Estados</i>	357
A.	<i>La autonomía e igualdad de los Estados</i>	357
B.	<i>El Poder Ejecutivo Estatal: los Gobernadores</i>	360

a.	<i>Las condiciones</i>	360
b.	<i>La elección popular y período</i>	361
c.	<i>La rendición de cuenta e informe</i>	361
C.	<i>El Poder Legislativo Estadal: el Consejo Legislativo Estadal</i>	361
a.	<i>La integración</i>	361
b.	<i>Condiciones y período</i>	362
c.	<i>El régimen legal y las competencias legislativas</i>	363
D.	<i>Las Contralorías Estadales</i>	366
E.	<i>El Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas</i>	367
2.	<i>La contradicción constitucional entre un "Estado federal descentralizado" y un marco constitucional centralista y su desarrollo legislativo</i>	367
A.	<i>La tradición federalista venezolana y la "federación centralizada"</i>	368
B.	<i>El precario ámbito de las competencias estadales cuyo ejercicio se sujeta a lo que disponga la legislación nacional</i>	370
a.	<i>Las precarias competencias exclusivas de los Estados y su ejercicio conforme a la ley nacional</i>	371
a'.	<i>Las competencias de orden institucional</i>	371
a''.	<i>La supuesta competencia para la organización de los poderes públicos estadales</i>	371
b''.	<i>La organización de los Municipios sujeta a la ley nacional</i>	372
b'.	<i>Las materias de la competencia exclusiva de los Estados</i>	372
a''.	<i>Las competencias en materia de servicios públicos</i>	372
b''.	<i>La competencia en materia de policía estadal y de fijación del ámbito de la policía municipal</i>	373
c''.	<i>Las competencias en materia de explotación de bienes y recursos</i>	373
d''.	<i>Las competencias en materia de infraestructura</i>	374
c.	<i>Las competencias concurrentes y su ejercicio con sujeción a la ley nacional</i>	375
d.	<i>Las competencias residuales no sólo estadales sino nacionales y la amplitud desmesurada de la cláusula de competencias implícitas</i>	376
C.	<i>La limitada y limitable autonomía de los Estados</i>	376
a.	<i>Las limitaciones a la autonomía organizativa respecto de la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos</i>	377
b.	<i>Las limitaciones al ejercicio de las funciones legislativas y de control por parte de los Consejos Legislativos</i>	379
c.	<i>La limitación a la autonomía organizativa en cuanto al régimen de la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo estadal y de la Administración Pública de los Estados</i>	380
d.	<i>Las limitaciones a la potestad organizativa del Poder Ciudadano estadal (Contralorías de los Estados)</i>	381
e.	<i>La limitación a la potestad organizativa relativa a los Consejos de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas</i>	383
D.	<i>La ausencia de igualdad institucional de los Estados por la eliminación del Senado</i>	384

3.	<i>Las relaciones intergubernamentales como sujeción institucional</i>	385
A	<i>Los principios de las relaciones intergubernamentales</i>	385
B	<i>Los órganos para las nuevas relaciones intergubernamentales y la solución de conflictos entre los Poderes: el Consejo Federal de Gobierno</i>	386
IV.	EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL	387
1.	<i>El régimen constitucional de los Municipios y demás entidades locales</i>	387
A.	<i>Régimen General</i>	387
a.	<i>Carácter</i>	387
b.	<i>Creación</i>	389
c.	<i>La autonomía</i>	390
d.	<i>La participación ciudadana</i>	393
e.	<i>Las fuentes legales del régimen municipal</i>	393
f.	<i>Los diferentes regímenes municipales</i>	394
B.	<i>El régimen de organización de otras entidades locales</i>	395
a.	<i>Las mancomunidades y otras asociaciones</i>	395
b.	<i>Los distritos municipales</i>	395
c.	<i>Los distritos metropolitanos</i>	397
a'.	<i>El establecimiento de los distritos metropolitanos</i>	397
b'.	<i>Los regímenes diferenciados</i>	397
c'.	<i>Los límites territoriales y la consulta popular</i>	398
d.	<i>Las Parroquias</i>	398
2.	<i>El marco constitucional de los órganos del Poder Público Municipal</i>	398
A.	<i>La regulación constitucional de la separación orgánica de poderes a nivel municipal</i>	398
B.	<i>El Poder Ejecutivo Municipal: el Alcalde</i>	400
a.	<i>El Alcalde como primera autoridad civil</i>	400
b.	<i>Los requisitos</i>	402
c.	<i>La elección y carácter</i>	403
C.	<i>El Poder Legislativo Municipal: los Concejos Municipales</i>	403
D.	<i>Las Contralorías Municipales</i>	403
E.	<i>Los Concejos locales de Planificación Pública</i>	404
3.	<i>El Distrito Metropolitano de Caracas y el Distrito Capital</i>	404
A.	<i>La desaparición del Distrito Federal</i>	404
a.	<i>El Distrito Capital en sustitución del Distrito Federal</i>	404
b.	<i>Los efectos constitucionales de la creación del Distrito Capital</i>	405
c.	<i>La relación entre el Distrito Capital y el Distrito Metropolitano de Caracas</i>	406
B.	<i>El Régimen de Gobierno Municipal del Distrito Metropolitano de Caracas</i> ...	409
a.	<i>La creación del Distrito Metropolitano de Caracas mediante Ley Especial</i>	409
b.	<i>El sistema de gobierno municipal a dos niveles en el Distrito Metropolitano de Caracas</i>	411

c.	<i>Las atribuciones de las autoridades metropolitanas</i>	412
a'.	<i>Las atribuciones del Alcalde Metropolitano</i>	413
b'.	<i>Las atribuciones del Cabildo Metropolitano</i>	413
d.	<i>Las otras autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas</i>	414
a'.	<i>La Contraloría Metropolitana</i>	414
b'.	<i>El Procurador Metropolitano</i>	414
c'.	<i>Consejo Metropolitano de Planificación de Políticas Públicas</i> ..	415
C.	<i>La distribución del ámbito de competencias municipales en los dos niveles de gobierno municipal en el Distrito Metropolitano</i>	415
a.	<i>Lo macro y lo micro en la distribución de competencias</i>	415
b.	<i>Ordenación territorial y urbanística</i>	418
c.	<i>Arquitectura civil</i>	421
d.	<i>Viviendas de interés social</i>	421
e.	<i>Parques y recreación</i>	421
f.	<i>Vialidad urbana</i>	422
g.	<i>Circulación y ordenación del tránsito de vehículos</i>	422
h.	<i>El transporte urbano</i>	423
i.	<i>Protección del ambiente</i>	425
j.	<i>Tratamiento de residuos sólidos</i>	426
k.	<i>Protección civil</i>	426
l.	<i>Salud</i>	426
m.	<i>Los servicios públicos domiciliarios</i>	427
n.	<i>Servicios de policía</i>	429
ñ.	<i>Otras competencias</i>	431
D.	<i>El régimen territorial de los Municipios del Área Metropolitana de Caracas</i>	432
4.	<i>El régimen especial de distrito municipal para los Municipios del Alto Apure</i>	433
V.	APRECIACIÓN FINAL SOBRE LA CONTRADICCIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE FEDERALISMO Y CENTRALISMO	433

SEXTA PARTE

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA: LA SEPARACIÓN ORGÁNICA DE PODERES Y SUS LIMITANTES

I.	LA ORGANIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO NACIONAL	437
II.	EL PODER LEGISLATIVO NACIONAL: LA ASAMBLEA NACIONAL	439
1.	<i>La organización unicameral</i>	439
2.	<i>Composición y duración</i>	440
3.	<i>Régimen de los diputados</i>	441
A.	<i>Representación</i>	441
B.	<i>Condiciones de elegibilidad y de inelegibilidad</i>	441
C.	<i>La dedicación exclusiva, la rendición de cuentas y la revocatoria del mandato</i>	441
D.	<i>Las incompatibilidades</i>	442
E.	<i>La irresponsabilidad</i>	442
F.	<i>La inmunidad</i>	442

4.	<i>La competencia de la Asamblea</i>	443
	A. <i>En materia constitucional</i>	443
	B. <i>En materia legislativa</i>	443
	C. <i>En materia de control político</i>	444
	D. <i>En materia de nombramiento de funcionarios públicos</i>	444
	E. <i>En materia de remoción de altos funcionarios públicos</i>	444
	F. <i>En materia de control administrativo</i>	444
	G. <i>En materias de orden interno</i>	445
5.	<i>La organización de la Asamblea</i>	445
	A. <i>La directiva</i>	445
	B. <i>Las Comisiones Permanentes</i>	446
	C. <i>La Comisión Delegada</i>	446
6.	<i>Las sesiones de la Asamblea y el quórum</i>	446
7.	<i>El régimen constitucional de las leyes</i>	447
	A. <i>La noción de ley y sus clases</i>	447
	a. <i>Las leyes y los Códigos</i>	447
	b. <i>Las leyes orgánicas</i>	447
	c. <i>Las leyes de delegación legislativas (leyes habilitantes)</i>	454
	d. <i>Las leyes de bases</i>	454
	B. <i>El procedimiento de formación de las leyes</i>	454
	a. <i>La iniciativa legislativa</i>	454
	b. <i>Las discusiones</i>	455
	a' <i>Oportunidad</i>	455
	b' <i>Número de discusiones</i>	455
	c' <i>Discusiones pendientes</i>	455
	c. <i>Las consultas obligatorias y el derecho a la participación</i>	456
	d. <i>Los derechos de palabra</i>	456
	e. <i>Formalidades</i>	456
	f. <i>La promulgación</i>	456
	a' <i>La oportunidad y veto presidencial</i>	456
	b' <i>La publicación</i>	458
	g. <i>El principio derogatorio y modificadorio</i>	458
	C. <i>El régimen de la delegación legislativa y sus límites</i>	458
	a. <i>Las leyes habilitantes</i>	458
	b. <i>Las materias cuya legislación es delegable</i>	459
	c. <i>La limitación a la delegación derivada de la garantía de la reserva legal en materia de los derechos humanos</i>	460
	d. <i>El control de constitucionalidad de las leyes de delegación legislativa</i> ..	462
8.	<i>Los instrumentos parlamentarios de control político y administrativo</i>	464
9.	<i>La obligación de comparecencia ante el Parlamento</i>	464

III. EL PODER EJECUTIVO NACIONAL.....	467
1. <i>La organización constitucional del Poder Ejecutivo</i>	467
A. <i>El Presidente de la República</i>	467
a. <i>Carácter: Jefe del Estado y del Gobierno</i>	467
b. <i>Elección</i>	467
a'. <i>Condiciones de elegibilidad y de inelegibilidad</i>	467
b'. <i>Elección popular por mayoría relativa</i>	467
c. <i>El periodo constitucional y reelección</i>	468
d. <i>La toma de posesión</i>	468
e. <i>La responsabilidad y obligaciones generales</i>	468
f. <i>Las faltas del Presidente</i>	468
a'. <i>Las faltas absolutas</i>	468
b'. <i>Las faltas temporales</i>	469
c'. <i>Las ausencias del territorio nacional</i>	469
g. <i>La Memoria y cuenta</i>	469
B. <i>El Vicepresidente Ejecutivo</i>	470
a. <i>Carácter</i>	470
b. <i>Las atribuciones del Vicepresidente</i>	470
c. <i>La responsabilidad del Vicepresidente</i>	470
d. <i>El voto de censura al Vicepresidente y sus efectos</i>	470
C. <i>Los Ministros</i>	471
a. <i>Carácter</i>	471
b. <i>Los ministros de Estado</i>	471
c. <i>Las condiciones para ser Ministro</i>	471
d. <i>La responsabilidad</i>	471
e. <i>El derecho de palabra en la Asamblea</i>	471
f. <i>La memoria</i>	472
g. <i>La moción de censura</i>	472
D. <i>El Consejo de Ministros</i>	472
E. <i>La Procuraduría General de la República</i>	472
a. <i>Carácter</i>	472
b. <i>Funcionarios</i>	473
F. <i>El Consejo de Estado</i>	473
2. <i>Las atribuciones del Presidente de la República y los principales actos ejecutivos</i> ..	473
A. <i>Los actos de gobierno</i>	473
a. <i>La enumeración constitucional</i>	473
b. <i>Los actos de gobierno como actos de ejecución directa de la Constitución</i>	474
c. <i>El control constitucional de los actos de gobierno</i>	476
B. <i>Los Decretos de estados de excepción</i>	479
C. <i>Los decretos con rango y valor de ley (decretos-ley) de legislación delegada</i>	479
a. <i>Las leyes habilitantes y los decretos-ley</i>	479
b. <i>La sujeción a la ley habilitante</i>	480
c. <i>La obligación de consulta como mecanismo de participación</i>	480
d. <i>La abrogación popular de los decretos leyes habilitados</i>	481

D.	<i>Los decretos con rango de ley en materia de organización administrativa</i> ..	481
E.	<i>Los reglamentos</i>	483
a.	<i>Los reglamentos como actos administrativos de efectos generales</i>	483
b.	<i>La consulta previa obligatoria no vinculante de los proyectos de normas reglamentarias</i>	486
c.	<i>Los límites a la potestad reglamentaria y su control jurisdiccional</i>	488
F.	<i>Los actos administrativos</i>	490
a.	<i>El problema de la definición del acto administrativo</i>	491
b.	<i>El control judicial de los actos administrativos</i>	494
G.	<i>Otras actuaciones: Las presentaciones ante la Asamblea</i>	495
3.	<i>Las formas constitucionales de terminación del mandato del Presidente de la República</i>	496
A.	<i>El vencimiento del período constitucional</i>	496
B.	<i>La falta absoluta del Presidente de la República</i>	496
a.	<i>El sometimiento a enjuiciamiento penal</i>	496
b.	<i>El abandono del cargo: la conversión de una falta temporal en falta absoluta</i>	497
c.	<i>La revocación popular del mandato</i>	498
d.	<i>La destitución del Presidente de la República</i>	499
e.	<i>La incapacidad del Presidente de la República</i>	500
f.	<i>La renuncia del Presidente de la República</i>	500
g.	<i>La muerte del Presidente de la República</i>	500
C.	<i>La cesación del mandato del Presidente de la República por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente</i>	500
IV.	EL PODER JUDICIAL	501
1.	<i>Principios fundamentales</i>	501
A.	<i>La potestad judicial y el sistema de justicia</i>	502
B.	<i>La independencia y autonomía financiera del Poder Judicial</i>	503
C.	<i>La gratuidad de la justicia</i>	503
D.	<i>El proceso, la búsqueda de la justicia material y la ausencia de formalismos inútiles</i>	504
E.	<i>Los medios alternativos de justicia</i>	507
2.	<i>Las jurisdicciones en la Constitución</i>	508
A.	<i>La jurisdicción constitucional</i>	508
B.	<i>La jurisdicción disciplinaria judicial</i>	508
C.	<i>La jurisdicción contencioso administrativa</i>	508
D.	<i>La jurisdicción electoral</i>	509
E.	<i>La jurisdicción penal militar</i>	509
F.	<i>La justicia de paz</i>	509
G.	<i>El régimen jurisdiccional en los pueblos indígenas</i>	509
3.	<i>El régimen general de la carrera judicial</i>	510
A.	<i>El régimen de concursos</i>	510
B.	<i>La estabilidad</i>	512
C.	<i>La profesionalización</i>	513
D.	<i>La responsabilidad</i>	513

E.	<i>Las incompatibilidades</i>	513
F.	<i>La prohibición de asociación de los jueces</i>	514
4.	<i>El Tribunal Supremo de Justicia</i>	514
A.	<i>Las Salas</i>	514
B.	<i>Los Magistrados</i>	517
a.	<i>Las condiciones</i>	517
b.	<i>La postulación</i>	519
c.	<i>El periodo</i>	520
d.	<i>La remoción</i>	520
C.	<i>Las atribuciones del Tribunal Supremo</i>	520
a.	<i>La jurisdicción constitucional</i>	520
b.	<i>La intervención en el enjuiciamiento de altos funcionarios del Estado</i>	520
c.	<i>La intervención en la remoción de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano</i>	521
d.	<i>En materia de jurisdicción contencioso administrativa y contencioso electora</i>	522
e.	<i>Los recursos de interpretación</i>	522
f.	<i>Los conflictos de competencia judicial</i>	522
g.	<i>El tribunal de Casación</i>	522
5.	<i>El gobierno y administración del Poder Judicial</i>	523
A.	<i>La competencia</i>	523
B.	<i>La jurisdicción disciplinaria</i>	523
C.	<i>El servicio de defensa pública</i>	525
D.	<i>La organización judicial</i>	525
E.	<i>El Comité de Postulaciones Judiciales</i>	525
F.	<i>El sistema penitenciario</i>	529
V.	EL PODER CIUDADANO	530
1.	<i>Composición y funciones</i>	530
2.	<i>El Consejo Moral Republicano</i>	531
A.	<i>La composición</i>	531
B.	<i>Las funciones</i>	531
C.	<i>Los informes anuales</i>	533
D.	<i>Las obligaciones de colaboración con los órganos del Poder Ciudadano</i>	533
3.	<i>El nombramiento y remoción de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano</i>	533
4.	<i>La Defensoría del Pueblo</i>	535
A.	<i>Competencia</i>	535
B.	<i>El Defensor del Pueblo</i>	535
a.	<i>La designación y el periodo</i>	535
b.	<i>Las condiciones</i>	536
c.	<i>Las atribuciones</i>	536
d.	<i>La inmunidad</i>	537
C.	<i>El régimen legal</i>	537

5.	<i>El Ministerio Público</i>	537
A.	<i>El Fiscal General de la República</i>	537
B.	<i>Las atribuciones</i>	537
C.	<i>El régimen legal</i>	538
6.	<i>La Contraloría General de la República</i>	538
A.	<i>Carácter</i>	538
B.	<i>El Contralor General de la República</i>	538
C.	<i>Las atribuciones</i>	538
D.	<i>El régimen legal</i>	539
E.	<i>El régimen de la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional</i>	540
VI.	EL PODER ELECTORAL	540
1.	<i>Los órganos</i>	541
A.	<i>Las atribuciones</i>	541
a.	<i>La enumeración constitucional</i>	541
b.	<i>El registro Civil</i>	541
c.	<i>La organización de las elecciones de organismos de la sociedad civil</i>	543
B.	<i>La independencia y autonomía</i>	546
C.	<i>El Consejo Nacional Electoral</i>	547
a.	<i>La integración y postulación de candidatos</i>	547
b.	<i>El Comité de Postulaciones</i>	547
c.	<i>La designación y duración</i>	548
d.	<i>La remoción de sus integrantes</i>	548
D.	<i>La organización del Poder Electoral</i>	548

SÉPTIMA PARTE

**LA CONSTITUCIÓN DE LAS PERSONAS:
LOS DERECHOS, LIBERTADES Y DEBERES**

I.	EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	550
1.	<i>El principio de la progresividad y la no discriminación</i>	550
2.	<i>El principio de la libertad</i>	551
3.	<i>La cláusula abierta de los derechos humanos, la preeminencia de los mismos y su aplicación inmediata</i>	552
4.	<i>La jerarquía constitucional de los Tratados internacionales sobre derechos humanos</i>	553
II.	LOS DERECHOS INDIVIDUALES	556
1.	<i>El derecho a la vida</i>	556
2.	<i>El derecho al nombre y a la identificación</i>	557
3.	<i>El derecho a la inviolabilidad de la libertad personal</i>	557
A.	<i>Garantías ante el arresto o detención</i>	557
B.	<i>Derecho a la defensa y a no estar incomunicado</i>	560
C.	<i>El límite personal de las penas</i>	560
D.	<i>La identificación de la autoridad</i>	560

E.	<i>El derecho a la excarcelación</i>	560
F.	<i>La protección frente a la esclavitud o servidumbre</i>	561
G.	<i>Régimen especial sobre los delitos graves</i>	561
4.	<i>La prohibición de la desaparición forzosa de personas</i>	561
5.	<i>El derecho a la integridad personal</i>	561
A.	<i>El derecho a no ser sometido a torturas o penas degradantes</i>	561
B.	<i>El derecho de los detenidos al respeto a la dignidad humana</i>	562
C.	<i>El derecho a decidir sobre experimentos y tratamientos</i>	562
D.	<i>La responsabilidad de los funcionarios</i>	562
6.	<i>El derecho a la inviolabilidad del hogar doméstico</i>	562
7.	<i>La inviolabilidad de las comunicaciones privadas</i>	564
8.	<i>La libertad de tránsito</i>	564
9.	<i>El derecho de petición y a la oportuna respuesta</i>	565
10.	<i>El derecho de asociación</i>	565
11.	<i>El derecho de reunión</i>	566
12.	<i>El derecho a la libre expresión del pensamiento y el derecho a la información</i>	566
A.	<i>Las previsiones constitucionales</i>	566
B.	<i>Los derechos constitucionales relativos a la libre expresión del pensamiento y a la información</i>	569
a.	<i>El derecho a la libre expresión del pensamiento</i>	570
b.	<i>El derecho a informar o comunicar</i>	571
c.	<i>El derecho a establecer medios de comunicación</i>	572
d.	<i>El derecho a la información</i>	573
e.	<i>El derecho a la réplica y a la rectificación</i>	574
f.	<i>El principio de la alteridad en los derechos relativos a la libre expresión del pensamiento y a la información</i>	576
C.	<i>La interpretación vinculante de la Sala Constitucional</i>	577
D.	<i>Apreciación crítica sobre la interpretación vinculante contenida en la sentencia N° 1013 de la Sala Constitucional</i>	600
a.	<i>La falsa dicotomía de derechos constitucionales de la cual partió la Sala Constitucional para su interpretación</i>	600
b.	<i>El derecho a la libre expresión del pensamiento, el acceso a los medios de comunicación y el olvido del tratamiento de los medios de comunicación oficiales (del Estado)</i>	601
c.	<i>La interpretación "regresiva" de la libertad de expresión del pensamiento, la responsabilidad ulterior y el fantasma del "vilipendio" a funcionarios</i>	603
d.	<i>La libertad de expresión del pensamiento y la extraña exclusión del derecho a réplica o rectificación</i>	605
e.	<i>El derecho a la libre expresión del pensamiento y la burla a la prohibición constitucional de censura</i>	606
f.	<i>El derecho a la información, el derecho de autor y las noticias</i>	608
g.	<i>La libertad de información, la confusión entre las noticias y la publicidad: el derecho y las responsabilidades</i>	610
h.	<i>La información veraz, imparcial y oportuna y la línea de opinión de los medios de comunicación</i>	612

i.	<i>El conflicto entre el derecho a informar y otros derechos constitucionales</i>	614
j.	<i>La inconstitucional restricción al derecho a réplica y rectificación</i>	615
k.	<i>Apreciación general</i>	619
13.	<i>La libertad religiosa</i>	621
14.	<i>El derecho a la protección del honor, a la intimidad y a la vida privada</i>	621
15.	<i>El derecho a acceder a las informaciones sobre la propia persona</i>	627
16.	<i>El derecho de acceso a las actuaciones administrativas</i>	631
17.	<i>La libertad y objeción de conciencia</i>	634
18.	<i>El derecho de protección por parte del Estado y la seguridad ciudadana</i>	634
III.	LOS DEBERES CONSTITUCIONALES	635
1.	<i>El deber de defender a la patria</i>	635
2.	<i>El deber de acatar la Constitución</i>	636
3.	<i>Los deberes de solidaridad social</i>	636
4.	<i>El deber de contribuir con los gastos públicos</i>	636
5.	<i>El deber de prestar el servicio civil y militar</i>	636
6.	<i>El deber de educarse</i>	636
7.	<i>El deber de trabajar</i>	636
8.	<i>Los deberes de los padres e hijos</i>	637

**Esta publicación se terminó de imprimir durante el mes de abril del año 2004
en los Talleres de SENPRESS, C.A.**

Telf.: (0212)-661.1864 / 662.4313 Fax.: (0212)-662.7986

Caracas - Venezuela

Pero transcurridos más de cuatro años de vigencia de la nueva Constitución, ello por supuesto exigía un tratamiento más sistemático del derecho constitucional venezolano a partir de la Constitución de 1999, con el análisis tanto de sus instituciones fundamentales como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dado el rol de supremo intérprete de la Constitución que tienen todas sus Salas, particularmente la Sala Constitucional. Y nadie mejor calificado para acometer esta nueva tarea de redactar un texto de DERECHO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO en esta Cuarta Edición de LA CONSTITUCIÓN DE 1999, que el mismo Allan R. Brewer-Carías, quien no sólo fue Constituyente en 1999, sino que con posterioridad, durante los años de vigencia de la Constitución, ha venido analizado regularmente su desarrollo y aplicación por parte de los órganos del Estado, particularmente la efectuada mediante las interpretaciones jurisprudenciales que ha venido sentando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, no siempre acordes con los principios y valores de la propia Constitución.

Allan R. Brewer-Carías es abogado, summa cum laude de la Universidad Central de Venezuela (1962) y profesor de la misma desde 1963. Con cursos de Especialización en la Universidad de París (1962-1963), se dedicó durante 27 años a la investigación y docencia en la Universidad Central, habiendo sido Director del Instituto de Derecho Público durante 10 años (1978-1987). Su actividad académica y profesional de más de 40 años, la ha alternado con la función pública, habiendo sido Consultor Jurídico adjunto en el Ministerio de Justicia, Contralor Delegado en la Contraloría General de la República, Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral, Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República, Senador por el Distrito Federal, Ministro de Estado para la Descentralización y Constituyente, postulado por iniciativa propia, electo por más de un millón doscientos mil votos. Es Past Fellow del Trinity College de la Universidad de Cambridge, en cuya Facultad de Derecho fue profesor del Master en Derecho (LLM); fue profesor de post grado en la Universidad de París II y durante su permanencia como Visiting Scholar en la Universidad de Columbia en Nueva York, fue que concluyó esta obra. Fue Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y es Premio Nacional de Ciencias (1981). Tiene una extensísima obra publicada de más de 130 libros editados en Caracas, Bogotá, Madrid, París, Cambridge, México y Bruselas; y más de 600 artículos en Revistas y obras colectivas especializadas en materias de derecho público, ciencias políticas, ciencias administrativas e historia de las instituciones.