

ALLAN R BREWER-CARÍAS

**SOBRE EL AVOCAMIENTO DE
PROCESOS JUDICIALES POR PARTE
DE LA SALA CONSTITUCIONAL**

Una excepcional institución procesal concebida para la protección del “orden público constitucional,” convertida en un instrumento político violatorio de los derechos al juez natural, a la doble instancia y al orden procesal

Cuaderno de la Cátedra Fundacional
de Teoría General de la Prueba, León Henríque Cottín
Universidad Católica Andrés Bello
N° 1



Editorial Jurídica Venezolana

Caracas/2013

**SOBRE EL AVOCAMIENTO DE PROCESOS JUDICIALES
POR PARTE LA SALA CONSTITUCIONAL**

Cuadernos publicados

1. Allan R. Brewer-Carías, *Sobre el avocamiento de procesos judiciales por la Sala Constitucional*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2013, 208 pp.

Allan R. Brewer-Carías

**SOBRE EL AVOCAMIENTO
DE PROCESOS JUDICIALES
POR PARTE DE LA SALA
CONSTITUCIONAL**

**Una excepcional institución procesal
concebida para la protección del “orden
público constitucional,” convertida en un
instrumento político violatorio de los
derechos al juez natural, a la doble instancia
y al orden procesal**

Cuaderno de la Cátedra Fundacional
de Teoría General de la Prueba, León Henrique Cottín
Universidad Católica Andrés Bello

Nº 1

Editorial Jurídica Venezolana

Caracas/2013

© Allan R. Brewer-Carías
Email: allan@brewercarias.com
<http://www.allanbrewercarias.com>

Hecho el depósito de Ley
Depósito Legal: lf54020133402848
ISBN: 978-980-365-224-1

Editorial Jurídica Venezolana
Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande,
Apartado 17.598 – Caracas, 1015, Venezuela
Teléfono 762.25.53, 762.38.42. Fax. 763.5239
Email fejv@cantv.net
<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Diagramación, composición y montaje
por: Francis Gil, en letra
Georgia 11, Interlineado 15, Mancha 18 x 11,5
Primera Edición 2013

PRESENTACIÓN

León Henrique Cottín

El día 13 de diciembre de 1993 se instauró la Cátedra Fundacional Teoría General de la Prueba “León Henrique Cottín” en la Universidad Católica Andrés Bello creada por el Profesor Allan Brewer Carías.

Allan Brewer Carías fue mi profesor y la Universidad Católica mi alma mater.

Le generosidad, sin límites, del Profesor Brewer Carías de crear una cátedra con el nombre de un alumno es demostración de lo que ha sido su fructífera vida dedicada a la enseñanza de los principios que inspiran al derecho en todas sus ramas. Enseñar es ser generoso al transmitir conocimientos. Pero estar a disposición de sus alumnos para escucharlos y atender sus dudas, respondiéndolas, colocando por encima de todo los principios, es ser maestro.

Es fácilmente comprensible que el alumno honre al maestro. Al revés no. Solo el desprendimiento y la insistencia en enseñar lo podrían explicar.

Quiso el Profesor Brewer recordar los veinte años de la creación de la cátedra con la publicación de esta trabajo como

el “Número 1 de la Colección Cuaderno de la Cátedra León Henrique Cottín.” Otra vez generosidad sin límites.

Voy a tomar unas palabras del recién fallecido Profesor Eduardo García de Enterría, insigne iuspublicista del mundo occidental, sobre la magnitud de la obra de Allan Brewer Carías:

“Brewer es un milagro de la naturaleza exuberante del trópico venezolano. No ha habido, eso es seguro, jurista que le sea comparable en la bicentenaria historia de la República.

El Derecho Público que enseñó desde hace cuarenta años Brewer es, pues, inequívoca, absolutamente democrático, el Derecho Público del Estado de Derecho y de la libertad. Esa ciencia no ha hecho de él un simple abogado pronto a defender cualquier causa, sino únicamente las causas de la libertad y del pueblo soberano. Brewer es un paladín del Estado de Derecho no sólo en los libros, pues, sino en su vida de hombre público, en todas y cada una de sus obras, en todos los momentos de su vida de profesor y hombre público.”

PRÓLOGO

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central
de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello
Director del Centro de Estudios de Derecho Público
de la Universidad Monteávila*

Hay, en el Derecho venezolano, figuras que no responden a una concepción racional del poder fundado en un genuino sistema republicano. Por el contrario, existen ciertas figuras que atienden a una visión típicamente autoritaria del poder, en el sentido que los órganos del Poder Público quedan facultados para tomar decisiones como consecuencia de una especie de “prerrogativa o privilegio” que no admite un entendimiento racional. Esas figuras pueden responder a un atisbo de nuestra herencia colonial. Así, el tránsito de la Colonia a la República no puede entenderse únicamente desde la clave de la ruptura, sino también, desde la clave de la continuidad. Figuras propias del sistema monárquico absoluto e irracional –derivado del Derecho divino de los Reyes– fueron asumidas por la naciente República. Algunas de esas figuras trataron de ajustarse a las formas republicanas, pero en el fondo, su esencia era la del absolutismo.

El avocamiento judicial es, precisamente, una de esas figuras. De allí lo valioso y oportuno del libro del profesor Allan R. Brewer-Carías que hoy tenemos la honra de presentar, y que asume una visión crítica de esta figura, en especial, ante los abusos cometidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En esta presentación queremos efectuar algunas breves consideraciones sobre el avocamiento a la luz de los planteamientos del profesor Brewer-Carías, lo que nos llevará también a un examen crítico del modelo de justicia constitucional imperante en Venezuela y su rol en el reciente cuestionamiento judicial de la elección presidencial del pasado 14 de abril de 2013.

En el antiguo régimen español –que fue, recuérdese, *nuestro* antiguo régimen- el avocamiento era una figura común. Al margen del criterio formal para distribuir los distintos asuntos entre los órganos de la Monarquía, se admitía como prerrogativa la figura del avocamiento. Como puede deducirse, tal facultad se prestaba a tratos discriminatorios. Fue por ello que la Constitución de Cádiz, en su artículo 243, prohibió el avocamiento:

“Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos”

La prohibición se justifica en el marco del Estado de Derecho que la Constitución de Cádiz de 1812 quiso implementar. No podía el Rey asumir el conocimiento de causas pendientes, pues ello abría las puertas a tratos discriminatorios y arbitrarios, contrarios además a la igualdad y libertad del ciudadano, bases del Estado de Derecho que intentaba fundarse.

El avocamiento, en todo caso, puede justificarse en una organización administrativa jerárquica en la cual el superior conoce de los asuntos de los órganos que le son subordinados. En efecto, como explica el profesor Allan R. Brewer-Carías en el libro que hoy presentamos, el avocamiento presupone siempre un orden jerárquico, pues quien se avoca a una causa es por cuanto puede conocer de ella en función a la jerarquía, careciendo el órgano subordinado de independencia. Pero en el Poder Judicial, al no haber jerarquía –en el sentido estricto del término– no debería admitirse el avocamiento. En realidad, todo Tribunal debe ser independiente, incluso, respecto a los Tribunales Superiores.

A lo anterior se le agrega, tal y como señala el profesor Brewer-Carías, que el avocamiento en el orden judicial elimina el derecho fundamental a la doble instancia, como se reconoce en el literal h) del numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El avocamiento, finalmente, violenta el derecho al juez natural, pues sustrae la competencia del Tribunal predeterminado en la Ley.

A pesar de ello, bajo la Constitución de 1961 el avocamiento fue una figura admitida como facultad excepcional –en realidad, “discrecional”– de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. El estudio de la jurisprudencia de esa Sala, bajo el artículo 42.29 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, impide formular criterios racionales sobre las condiciones bajo las cuales el avocamiento podía ser acordado. Más que una facultad discrecional –que como tal debe ser un poder limitado en la Ley– cabía hablar de una facultad “graciosa” y por ende arbitraria. La Sala Político-Administrativa se avocaba en aquellas causas en las cuales consideraba “prudente” asumir el conocimiento de juicios que cursaban ante el Juez de instancia competente por Ley, sin

necesidad de atenerse a parámetros o requisitos establecidos de manera general en la Ley¹.

La figura del avocamiento, que de por sí es criticable, será asumida ampliamente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. El profesor Brewer-Carías analiza cómo, paulatinamente, la propia Sala Constitucional –al margen de la Constitución y las Leyes que han organizado su funcionamiento- fue ampliando ese poder, como se asumió en la sentencia N° 806 del 24 de abril de 2002, caso *Sintracemento*, la cual consideró que el avocamiento no podía ser competencia privativa de la Sala Político-Administrativa, sino que debía ser competencia común a todas las Salas, siempre, en materias afines a su competencia.

Esta sentencia fue producto de una “creación” de la Sala Constitucional en ejercicio de la autoatribuida “jurisdicción normativa”: el llamado “control incidental de la constitucionalidad”². Es decir, que la Sala Constitucional no aplicó el control difuso ni el control concentrado de la constitucionalidad, sino que incidentalmente y de oficio, decidió que la competencia legal exclusiva de la Sala Político-Administrativa para conocer del avocamiento era inconstitucional, lo que le permitió atribuir esa facultad a todas las Salas del Tribunal, incluyendo a la propia Sala Constitucional. La Sala, en ejerci-

¹ Simplemente como referencia general al avocamiento bajo la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y remitiéndonos al detallado estudio que realiza el profesor Brewer-Carías en este libro, puede verse sobre lo expuesto a Morles, Alfredo, “Los vaivenes del avocamiento” en *Revista de Derecho Público* N° 61-62, Caracas, 1995, pp. 531-543.

² Urosa Maggi, Daniela, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2011, pp. 100 y ss.

cio de la jurisdicción normativa, “creó” además una especie de procedimiento vinculante para el avocamiento por parte de las Salas del Tribunal, en su sentencia de 5 de abril de 2004, caso *Maira Rincón Lugo*³. La sentencia alude de esa manera a las “fases del avocamiento”: una primera en la que se requiere el expediente contentivo del juicio al cual podrán avocarse las Salas, y una segunda, en la cual la Sala de que se trate asume el conocimiento del juicio, para declarar la nulidad de algún acto y la consecuente reposición del procedimiento, e incluso, para asumir directamente el conocimiento de fondo.

Uno de los problemas de esa “jurisdicción normativa” es que al no ser un poder atribuido y subordinado a la Ley, no vincula a la Sala Constitucional, quien se separa de hecho de sus criterios “vinculantes”, en ocasiones, sin mayor motivación o acudiendo a razonamiento difícilmente sostenibles. Así sucedió precisamente en materia de avocamiento, al decidir la Sala Constitucional el avocamiento de ciertos juicios que cursaban ante la Sala Electoral, relacionados con la solicitud de referendo revocatorio del mandato presidencial (sentencia N° 566 de 12 de abril de 2004, caso *Ismael García*)⁴.

Como explica el profesor Brewer-Carías en este trabajo, esta decisión de avocamiento pretendió justificarse en que el Consejo Nacional Electoral, en materia de referendo revocatorio del mandato presidencial, actuaba en ejercicio directo de

³ Vid. Urosa Maggi, Daniela, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, cit., pp. 136 y ss.

⁴ Como referencia general en cuanto al contexto en el cual esta sentencia fue adoptada, puede verse el libro colectivo *La guerra de las Salas del TSJ frente al referéndum revocatorio*, Aequitas, Caracas, 2004. En especial, véase el trabajo incluido en ese libro del profesor Brewer-Carías, “El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, pp. 13 y ss., así como, del autor, *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho*, Libros El Nacional, Caracas 2004.

la Constitución, con lo cual, la materia era cónsona con la competencia propia de la Sala Constitucional. Un argumento ciertamente débil, pues en realidad, todo lo relacionado con el referendo forma parte de la materia electoral que determina, según la Constitución, la competencia de la Sala Electoral, al ser esa materia de rango sub-legal.

Pero además, la Sala Constitucional admitió su competencia para avocarse a una causa que cursaba ante una de las Salas del Tribunal, una posibilidad no reconocida en la sentencia “vinculante” en la cual la Sala Constitucional había “creado” su competencia para ejercer el avocamiento. En efecto, dejando a salvo el error de catalogar a la actividad del Poder Electoral como una actividad de rango legal, lo cierto es que la Sala Constitucional reconoció su competencia para avocarse a juicios sustanciados por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, asumiendo de esa manera una postura según la cual, esa Sala sería una especie de “órgano superior” respecto el resto de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo reconoció no sólo la competencia de las Salas del Tribunal para el avocamiento, sino de manera especial, la competencia de la Sala Constitucional para ejercer el avocamiento en casos que el Legislador se cuidó de limitar en detalle. En efecto, el avocamiento procede, en el caso de la Sala Constitucional (artículo 25.16) en relación con causas “*en las que se presume violación al orden público constitucional, tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme*” Con carácter general la Ley señala –artículo 107- que esta facultad debe ser ejercida “*con suma prudencia y sólo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Po-*

der Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática”.

La intención clara del Legislador es que el avocamiento sólo procede ante causas excepcionales, que en el caso de la Sala Constitucional, son además tasadas: solamente la presunción de violación del “orden público constitucional” podría justificar el avocamiento, no sólo respecto de Tribunales sino incluso de las otras Salas del Tribunal. En este punto la Ley “convalidó” la competencia de la Sala Constitucional para avocarse, incluso, a juicios de otras Salas del Tribunal. Si bien el avocamiento no puede fundamentarse en la jerarquía, en todo caso, su justificación pasa por reconocer el rango de “órgano superior” del Tribunal que se avoca. Luego, la competencia de la Sala Constitucional para avocarse a juicios conocidos por las otras Salas es una especie de reconocimiento implícito a la “superioridad” de esa Sala respecto del resto de Salas del Tribunal. A esa visión corresponde también la atribución reconocida en el artículo 25.11 de la Ley, de revisar decisiones de otras Salas.

Puede entonces concluirse, como desarrolla el profesor Brewer-Carías con extensión, que esta competencia responde a la distorsionada visión que la Sala Constitucional tiene de sus atribuciones, pues más que una Sala del Tribunal Supremo de Justicia, es en la práctica una especie de *Tribunal Superior*, incluso, de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia. La propia Sala Constitucional justifica reiteradamente esa visión, en su condición de “máximo y último intérprete de la Constitución”.

Esa afirmación es inexacta, pues la Sala Constitucional no es ni el máximo ni el último intérprete de la Constitución, y ni siquiera, en realidad, interpreta la Constitución. El artículo 335 de la Constitución señala, claramente, que el máximo y último intérprete de la Constitución es el Tribunal Supremo

de Justicia, no la Sala Constitucional. En adición, esa Sala, más que interpretar la Constitución, *reescribe* su contenido a conveniencia. Incluso, para modificar la letra del citado artículo 335⁵. A este aspecto, en su relación con el avocamiento, queremos dedicar las siguientes líneas.

En la competencia de avocamiento de la Sala Constitucional concurren dos visiones que consideramos erradas y altamente riesgosas. Por un lado, la visión según la cual la Sala Constitucional es el “máximo y último intérprete de la Constitución”, que además de distorsionar el sentido del artículo 335 constitucional, necesariamente, fomenta la expansión de las competencias de esa Sala Constitucional. En efecto, siendo la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico, debiendo ser aplicada e interpretada por todos los Tribunales, la Sala Constitucional termina asumiendo el rol de “máximo” Tribunal, incluso, por sobre las Salas del Tribunal Supremo de Justicia. Por el otro lado, la visión según la cual la interpretación de la Constitución no se limita al contraste entre el texto escrito de la Constitución y las Leyes y demás actuaciones –o abstenciones– de igual rango, sino que implica una labor creadora de Derecho en la llamada “jurisdicción normativa”, convierte indebidamente a la Sala en auténtico “legislador positivo”⁶.

⁵ Véase el análisis temprano y crítico de Allan R. Brewer-Carías, en “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, Caracas, 2000, pp. 47-59.

⁶ El profesor Brewer-Carías ha sido un crítico de esa “jurisdicción normativa” que transforma a la Sala Constitucional en un “Legislador positivo”. Véase en este sentido, entre otros trabajos, el prólogo que escribió al libro de Urosa Maggi, Daniela, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, cit., pp. 9 y ss.

Ejemplo de estas dos visiones es la sentencia de la Sala Constitucional N° 795 de 20 de junio de 2013, estudiada por el profesor Brewer-Carías en el presente libro. En esa decisión, la Sala Constitucional de oficio (por “notoriedad judicial”), decidió avocarse a distintos recursos contencioso-electorales conocidos por la Sala Electoral y relacionados con la elección presidencial del 14 de abril de 2013. Entre los recursos cuyo conocimiento asumió la Sala Constitucional se encuentra el recurso contencioso electoral incoado por Enrique Capriles, por el cual se demandó la nulidad de toda elección por hechos de corrupción electoral.

En esa sentencia, la Sala Constitucional obvió las limitaciones que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia había establecido al reconocer su competencia para avocarse a juicios de otras Salas. De esa manera, pese a que la Ley, como vimos, condicionó el avocamiento de la Sala Constitucional a la presunción de violación del orden público constitucional, la sentencia comentada acordó el avocamiento considerando, simplemente, que la elección que había sido cuestionada era de trascendencia nacional:

“En el caso de autos, con mayor razón, existen méritos suficientes para que esta Sala estime justificado el ejercicio de la señalada potestad, pues ha sido cuestionada la transparencia de un proceso comicial de la mayor envergadura, como el destinado a la elección del máximo representante del Poder Ejecutivo, así como la actuación de órganos del Poder Público en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, de lo que se deduce la altísima trascendencia para la preservación de la paz pública que reviste cualquier juzgamiento que pueda emitirse en esta causa”

Tal justificación no sólo se desvía de las limitaciones establecidas en la Ley, sino que además, es difícilmente defendi-

ble. En efecto, la Sala Constitucional se limitó a motivar el avocamiento en la trascendencia de la elección cuya “transparencia” fue cuestionada, a saber, la elección presidencial. Sin embargo, lo cierto es que en los términos de la Constitución, la Ley Orgánica de Procesos Electorales y la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, todo recurso contencioso electoral relacionado con la elección presidencial debe ser conocido por la Sala Electoral, pese a que siempre se tratará –en palabras de la Sala Constitucional– de un juicio que incide en la elección del máximo representante del Poder Ejecutivo. ¿Es que acaso puede haber un juicio electoral que cuestione una elección presidencial, sin que sea considerado un asunto de trascendencia nacional? ¿O es que, para la Sala Constitucional, no todo recurso contencioso electoral contra la elección presidencial es de trascendencia nacional?

La justificación dada por esta sentencia es, en realidad, irrelevante. La única razón por la cual la Sala Constitucional se avocó a esos juicios es por cuanto decidió, “graciosamente”, que tal avocamiento era prudente. No se trata entonces de una sentencia que aplicó la Ley al caso concreto, sino que aplicó la decisión que los Magistrados de la Sala Constitucional adoptaron sobre criterios meramente subjetivos. Ello evidencia que tal avocamiento no es tratado como una competencia sujeta a la Ley, sino como una especie de “prerrogativa” basada en la sola voluntad de la Sala Constitucional.

Como no podía ser de otra manera, la sentencia comentada se dictó en consideración a las “*altas funciones que como máximo garante de la constitucionalidad y último intérprete del Texto Fundamental*” le “corresponden” a la Sala Constitucional. Una frase que, como vimos, permite a la Sala Constitucional adoptar cualquier decisión, incluso, al margen de sus competencias definidas en la Constitución que dice interpretar.

La gravedad de la sentencia comentada es mayor, cuando se consideran los antecedentes de los recursos contencioso-electorales a los cuales se avocó la Sala Constitucional, y en especial, el recurso intentado por Henrique Capriles. Ese recurso, como señalamos, se fundamentó en hechos de corrupción electoral realizados antes, durante y después de la elección del 14 de abril, que determinan la nulidad de toda la elección, de acuerdo con el artículo 215.2 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales. Uno de los supuestos de fraude electoral denunciado, es que el entonces candidato Nicolás Maduro pudo actuar como “Presidente Encargado” y candidato presidencial, en virtud de dos sentencias de la Sala Constitucional.

En efecto, la Sala Constitucional en sentencias de 9 de enero y 8 de marzo de 2013, permitió la continuidad del Gobierno del período 2007-2013 luego del vencimiento de ese período y, posteriormente, confirmó que el Vicepresidente Ejecutivo (para el período ya fenecido para el 10 de enero de 2013) debía asumir como Presidente Encargado luego de producirse la falta absoluta del Presidente electo, hecho acontecido el 5 de marzo. Finalmente, y sin motivación de ningún tipo, la sentencia de la Sala Constitucional creó un privilegio para el Vicepresidente Ejecutivo y ahora “Presidente Encargado”, al permitirle postularse como candidato a la elección presidencial que debía convocarse, sin necesidad de separarse del cargo. Con ello, la Sala Constitucional simplemente desatendió –sin motivo– a los artículos 57 y 58 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales y 128 del Reglamento Electoral, que expresamente establecen, como principio general, que todo funcionario público debe separarse del cargo que ejerce, para poder postularse a un cargo de elección popular, salvo que se trate de reelección.

Poco importó que el Vicepresidente Ejecutivo, como “Presidente Encargado”, no optase a la reelección. La Sala Constitucional le permitió a ese funcionario no sólo ejercer la Presidencia como Presidente Encargado sino además, mantener tal condición al postularse como candidato. Ello facilitó el cúmulo de abusos realizados durante la campaña electoral e incluso, el propio día de la elección, todo lo cual constituye, precisamente, parte de la materia a decidir en el recurso contencioso-electoral interpuesto y a cuyo conocimiento se avocó la Sala Constitucional.

De esa manera, la Sala Constitucional, al avocarse indebidamente a ese juicio contencioso electoral, terminará conociendo de denuncias que cuestionan sus propias decisiones. Ello pone en evidencia, por un lado, el desviado ejercicio de la potestad de avocamiento, que es de por sí una potestad inconstitucional, y además, comprueba la falta de objetividad de la Sala Constitucional para conocer de un juicio en el cual ella, lejos de ser Juez, pasa a ser actor principal.

Lo anterior queda corroborado por el examen de la decisión en N° 826 de 27 de junio de 2013 de Sala Constitucional, dictada en la causa de avocamiento. Aun cuando la Sala Electoral no había remitido los expedientes a los cuales la Sala Constitucional se había avocado, en esa decisión se decidió requerir al Consejo Nacional Electoral “un informe contentivo de las resultas de las auditorías efectuadas por el ente comicial en el proceso de verificación ciudadana, incluyendo la verificación ampliada por decisión de su directorio del 18 de abril 2013, respecto del proceso electoral celebrado el 14 del mismo mes y año, así como los instrumentos que considere pertinentes a fin de ilustrar el criterio de esta Máxima Juzgadora”.

La Sala Constitucional, incluso admitiendo su competencia para avocarse a los expedientes en cuestión, no podía soli-

citar tal información, innecesaria para los fines del avocamiento y, en todo caso, innecesaria para decidir sobre la admisión de los recursos incoados, como correspondía a la etapa procesal en la cual esos juicios se encontraban. Ello además evidencia cómo la Sala Constitucional no requirió los expedientes para decidir si se avocaba o no, ni ejerció esa competencia para declarar la nulidad de algún acto procesal por violación del orden constitucional. En realidad, los juicios a los cuales se avocó la Sala Constitucional no habían sido siquiera admitidos, con lo cual, en la práctica, la Sala Constitucional asumió el conocimiento de esos juicios para decidir si los admite o no.

Ahora bien, para decidir sobre la admisión de los recursos contencioso-electorales a los cuales se avocó, era innecesario solicitarle al Consejo Nacional Electoral el informe sobre los resultados de la auditoría, en tanto la decisión de admisión depende únicamente del cumplimiento de los extremos tasados en el artículo 180 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Además, la Sala Constitucional anticipó pronunciamiento sobre una de las cuestiones debatidas, a saber, la naturaleza de la “auditoría” realizada por el Consejo Nacional Electoral. De acuerdo con la comentada sentencia de la Sala Constitucional N° 826, esa auditoría fue realizada según el protocolo de la verificación ciudadana, cuando en realidad, el Consejo Nacional Electoral omitió el examen de los cuadernos de votación, que es uno de los elementos propios de la verificación ciudadana. De allí que la Sala Constitucional pre-juzgó sobre una de las denuncias de corrupción electoral que habían sido formuladas en el recurso a cuyo conocimiento, de manera irregular, la propia Sala Constitucional se avocó.

Al momento en que se escriben estas líneas, la Sala Constitucional no ha emitido pronunciamiento alguno sobre la admisión de los juicios electorales a los cuales se avocó de

manera indebida. Empero, como sea que el Consejo Nacional Electoral probablemente informará que la “auditoría” realizada comprobó la “veracidad” del resultado electoral, la Sala Constitucional podría optar por declarar improcedente *in limine litis* todos esos juicios. Sería ése, sin duda, un corolario coherente con el irregular avocamiento acordado por la Sala Constitucional.

El libro del profesor Allan R. Brewer-Carías es así oportuno, pues nos permite reflexionar críticamente sobre el avocamiento, como figura que al desconocer las reglas elementales del debido proceso y del juez natural, inevitablemente, fomenta decisiones arbitrarias. Además, este estudio crítico evidencia los notables desvíos en los cuales ha incurrido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, abrogándose su condición de “*máximo garante de la constitucionalidad y último intérprete del Texto Fundamental*”. La competencia de avocamiento asumida por la Sala Constitucional es muestra de esa concepción, al punto que la Sala Constitucional, simplemente, omite el cumplimiento de las limitaciones que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia impuso para ejercer el avocamiento.

Por ello, el trabajo del profesor Allan R. Brewer-Carías es un llamado de atención sobre el rol que debe cumplir la Sala Constitucional en el marco de la Constitución de 1999, y sobre los riesgos que para la libertad general del ciudadano tiene la desviada concepción de la Sala Constitucional como “*máximo garante de la constitucionalidad y último intérprete del Texto Fundamental*”.

A tal fin, es importante recordar que la Sala Constitucional, tal y como se desprende de la ubicación topográfica del artículo 336 constitucional, que regula sus competencias,

cumple una clara función: coadyuvar a la protección de la Constitución. La “*protección de esta Constitución*” a la cual alude el Título VIII del Texto de 1999, es ante todo protección del carácter normativo de la Constitución, como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico, como reconoce su propio artículo 7.

Ahora bien, el carácter de la Constitución como norma suprema, forma parte de uno de los principios básicos de nuestra República Liberal, fundada formalmente en 1811. La principal preocupación de esa Constitución era prevenir los abusos del despotismo, incluso, derivado del propio Gobierno electo democráticamente. De allí la idea de un Gobierno limitado, pero no sólo por la Ley, pues ésta puede ser un instrumento de opresión. La garantía última de la libertad, por ende, reside en la subordinación de la Ley y del propio Gobierno a las “leyes constitucionales”, las cuales aseguran que todo Poder –sea Legislativo, Ejecutivo o Judicial- siempre sea ejercido de manera subordinada. Ningún poder, nos recuerda Francisco Javier Yanes, es ilimitado⁷. La relevancia a la supremacía de la Constitución fue tomada de la Revolución de Estados Unidos de Norteamérica⁸, ante el peso que se otorgó a lo que Madison llamó una “*Constitución libre y definida*”. La Constitución cumple, desde esta perspectiva, una clara

⁷ Yanes desarrolla esta posición, básicamente, en el Capítulo I de su obra (*Manual Político del Venezolano*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959).

⁸ Cfr.: Brewer-Carías, Allan, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776) y la Revolución Francesa (1799) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2008, pp. 83 y ss.

misión: prevenir la tiranía, asegurando que todo poder—incluyendo la soberanía popular— sea siempre limitado⁹.

Junto a esta visión de la justicia constitucional, como es conocido, se debe a Hans Kelsen la configuración básica del sistema concentrado de control de la constitucionalidad que rige en nuestro país. La Constitución es “fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico que se pretende reconocer”, o sea, “el asiento fundamental del ordenamiento estatal”. Desde este carácter, la Constitución establece, de manera especial, límites de fondo a la Ley, que será nula al contravenir la Constitución. Esto fue lo que llevó a Kelsen a reducir la función del Juez Constitucional a decidir tal nulidad, actuando así como un Legislador en sentido negativo. La intención de Kelsen era limitar el poder conferido al Juez Constitucional, evitando así que se excediera en el ejercicio de sus funciones. Sin esos límites, para Kelsen, “el poder del Tribunal sería tal que devendría en insoportable”¹⁰.

La justicia constitucional, por ende, es garante de la Constitución por cuanto salvaguarda su carácter normativo y supremo. La *interpretación de la Constitución* es, antes que

⁹ Cfr: Muñiz, Jaime Nicolás, “Estudio Preliminar”, a Madison, James, *República y Libertad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. XI y ss.

¹⁰ Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, 2008, pp. 4 y ss. Como señala el profesor Brewer-Carías, la teoría de Kelsen en cuanto al “Legislador negativo”, se hizo con el propósito de reducir las funciones del Juez Constitucional a la interpretación jurídica de la Constitución. La justicia constitucional no es, entonces, función legislativa, en tanto ésta presupone una amplitud política de configuración ajena a la justicia constitucional. Vid. *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, New Series, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 183 y ss. Recientemente, y con el estudio crítico de la “legislación positiva”, vid. Brewer-Carías, Allan, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge, 2011, pp. 5 y ss.

nada, interpretación objetiva y racional de su contenido normativo, como resguardo de la libertad frente al despotismo. Lo contrario a ese rol es la concepción de acuerdo con la cual la justicia constitucional es la máxima y última intérprete de las Constitución, *incluso por encima de la propia Constitución*. Como advierten Laurence H. Tribe y Michael Dorf¹¹:

“La autoridad de la Constitución, su exigencia de obediencia, y la fuerza que nosotros permitimos que ejerza en nuestro derecho y sobre nuestras vidas, perdería todo tipo de legitimidad si sólo fuera un espejo para las ideas e ideales de los intérpretes”

Eso es lo que ha pasado en Venezuela: la Constitución es, en la práctica, espejo para las ideas e ideales de la Sala Constitucional. Con esa visión no sólo se desarticula el concepto normativo de la Constitución, sino que además, la Sala Constitucional se erige en un poder superior incluso al contenido normativo de la Constitución. Una de las críticas recurrentes a la jurisdicción normativa es, en tal sentido, que ella socava la separación de poderes¹², en tanto permite que la Sala Constitucional asuma –por vía indirecta– el ejercicio de la función legislativa, e incluso, la propia “interpretación creativa” de la Constitución. Y la definición más exacta de tiranía, como

¹¹ *Interpretando la Constitución*, Palestra, Perú, 2010, p. 51.

¹² En general, vid. Brewer-Carías, Allan, “*Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*”, en *Revista de Derecho Público* N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 7 y ss. Asimismo, véase el citado “Prólogo” al libro de Urosa Maggi, Daniela, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, cit., pp. 9 y ss.

apuntó Madison, es la acumulación de poderes en las mismas manos¹³.

La Sala Constitucional debe ser garante de la constitucionalidad, en tanto le corresponde salvaguardar la supremacía de la Constitución como norma jurídica, y además, velar por el respeto a los derechos constitucionales. En tal condición, la justicia constitucional que ha de ejercer la Sala cumple un importante rol en la protección de las minorías y por ende, en la salvaguarda de la democracia y del pluralismo. En suma: la justicia constitucional, en tanto garante de la constitucionalidad, debe ser garante de la libertad, lo cual debe hacer desde una estricta función judicial o jurisdiccional, todo lo cual ciertamente admite el carácter interpretativo de esa función, lo que en modo alguno cabe equiparar a la llamada “legislación positiva”¹⁴.

Como lo evidencia el estudio que hoy presentamos del profesor Allan R. Brewer-Carías sobre la figura del avocamiento –de por sí cuestionable– la Sala Constitucional se ha apartado notablemente de estos postulados, al confundir la interpretación de la Constitución con la auténtica creación de

¹³ “The Federalist N° 57”, en *The Federalist. A Commentary on the Constitution of the United States*, The Modern Library, New York, 2000, pp. 307-308.

¹⁴ En especial, vid. Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007, pp. 515 y ss. Véase también a Casal, Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*, UCAB, Caracas, 2004, pp. 107-110. Una arista de ello es lo que Casal ha denominado “lectura democrática de la Constitución”. Cfr.: “Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en democracia”, en *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de Derecho*, UCAB, Caracas, 2005, p. 121. Daniela Urosa distingue, de esa manera, entre la labor interpretativa de la Sala Constitucional y su desviada actuación como legislador positivo en *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, cit., pp. 187 y ss.

preceptos normativos, alejados incluso del sentido normativo de la Constitución. Con ello, no sólo la Sala Constitucional ha desarticulado el carácter supremo y normativo de la Constitución, sino que además, se ha erigido como un poder absoluto, no subordinado ni a la Constitución ni a las Leyes que rigen su funcionamiento. Sólo resta finalizar recordando a Francisco Javier Yanes: *en cualquier forma de gobierno en que se conceda un poder ilimitado o excesivo, la libertad civil será necesariamente imperfecta.*

La Unión, 8 de julio de 2013

INTRODUCCIÓN

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, mediante sentencia N° 795 de 20 de junio de 2013,¹ decidió avocarse al conocimiento de las siete causas seguidas en los juicios contencioso electoral “alfanuméricos AA70-E-2013-000025, AA70-E-2013-000026, AA70-E-2013-000027, AA70-E-2013-000028, AA70-E-2013-000029, AA70-E-2013-000031 y AA70-E-2013-000033,” desarrollados ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, “así como cualquier otro juicio desarrollado ante la misma” y cuyo objeto fuera “la impugnación de los actos, actuaciones y omisiones del Consejo Nacional Electoral como máximo órgano del Poder Electoral, así como sus organismos subordinados, relacionados con el proceso comicial celebrado el 14 de abril de 2013,” es decir, relacionados con la elección presidencial del Ser. Nicolás Maduro que tuvo lugar en esa fecha luego del fallecimiento del ex Presidente Hugo Chávez, para completar el período constitucional 2013-2019, que no pudo iniciar.

Las razones en las cuales se fundamentó la Sala Constitucional en ese caso, para romper el orden procesal y el derecho al juez natural, fueron que actuaba:

¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/795-20613-2013-13-0538.html>

“en tutela de los derechos políticos de los ciudadanos y ciudadanas, del interés público, la paz institucional y el orden público constitucional, así como por la trascendencia nacional e internacional de los resultados del proceso instaurado.”

Esta extraordinaria facultad fue ejercida, como lo afirmó la Sala, conforme a lo dispuesto en los artículos 25.16, 31.1, 106 y 107 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, las cuales disponen lo siguiente.

Artículo 25.16. Es de la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: [16] Avocar las causas *en las que se presume violación al orden público constitucional*, tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme.

Artículo 31.1 Es de la competencia común de cada Sala del Tribunal Supremo de Justicia: [1] Solicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal y avocarlo *en los casos que dispone esta Ley*.

Artículo 106. Cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en las materias de su respectiva competencia, de oficio o a instancia de parte, *con conocimiento sumario de la situación, podrá recabar de cualquier tribunal, en el estado en que se encuentre, cualquier expediente o causa para resolver si la avoca y asume el conocimiento del asunto* o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal.

Artículo 107. El avocamiento será ejercido con suma prudencia y sólo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática.

En el caso de la sentencia N° 795 de 20 de junio de 2013, la Sala Constitucional, actuó al margen de dichas previsiones legales que citó expresamente para dictarla: no indicó porqué y en qué se basaba para presumir alguna violación al orden público constitucional; y se avocó, sin tener conocimiento sumario alguno de la situación, y sin haber recabado de la Sala Electoral expediente o causa alguna para poder resolver si la avocaba o no y asumía el conocimiento del asunto.

Se avocó, simplemente porque quiso, sin fundamentar su decisión conforme a la Ley, evidentemente que con el único propósito de evitar que el juez natural en caso de la nulidad de elecciones que es la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, la cual también, conforme al artículo 335 de la Constitución, como todas sus Salas, en el ejercicio y ámbito de su competencia, tiene la misión de garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales,” ser “el máximo y último intérprete de la Constitución” y velar “por su uniforme interpretación y aplicación.”

No ha sido ésta, sin embargo, la primera vez que la Sala Constitucional usurpa las competencias de la Sala Electoral. Ya antes, en 2004, la misma Sala Constitucional mediante sentencia N° 566 de 12 de abril de 2004 (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*),² también decidió avocarse al conocimiento de las causas abiertas ante la misma Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, con motivo de los recursos contencioso administrativos de anulación de los actos del Consejo Nacional Electoral dictados en 2004 que habían impedido la realización oportuna del referendo revocatorio presidencial que se había solicitado por iniciativa popular en relación con el mandato del entonces Presidente Hugo Chávez.

² Véase la sentencia en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/-Abril/566-120404-04-0475.htm>

Para entender el alcance y sentido de esta institución del avocamiento, mediante la cual la Sala Constitucional le ha quitado ya dos veces su competencia natural a la Sala Electoral para conocer y decidir de los recursos contencioso, y en dos oportunidades de gran trascendencia política, como fue la revocación del mandato al Presidente Chávez en 2004, y la nulidad de la elección del Sr. Nicolás Maduro como Presidente el 14 de febrero de 2013, en el proceso electoral celebrado luego del fallecimiento del primero, impidiéndole en ambos casos al juez natural (Sala Electoral) decidir las causas de las cuales era competente para conocer, y eventualmente anular los actos electorales impugnados o la elección impugnada, violado el derecho de los justiciables al juez natural que garantiza el artículo 49.4 de la Constitución, resulta, sin duda, necesario referirse a sus orígenes y evolución en Venezuela, destacando además otros antecedentes de significación de avocamientos para fines distintos a los supuestamente autorizados en la Ley, teniendo en cuenta en todo caso, que se trata de una institución que en general, no tiene parangón en el derecho comparado.

I

PRECISIÓN SOBRE EL LA INSTITUCIÓN DEL AVOCAMIENTO COMO INSTRUMENTO PROPIO DE LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Y SOBRE SU INCOMPATIBILIDAD CON LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA

El avocamiento o la avocación, es decir, la posibilidad que tiene un órgano superior en una determinada organización de asumir el conocimiento de un asunto que cursa ante un órgano inferior, y decidirla en forma definitiva, es una institución propia de las organizaciones regidas por el principio de la jerarquía, como es precisamente el caso de la Administración Pública, cuyos órganos y entes están siempre ordenados internamente conforme a un sistema jerárquico conformado por la distribución vertical de la competencia del órgano o ente entre los diversos niveles de la organización. Precisamente por ello, como lo precisa el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública,³ los órganos de inferior jerarquía están sometidos a la dirección, supervisión, evalua-

³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 5890 Extraordinario de 31 de julio de 2008

ción y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva.

En consecuencia, en el mundo de la Administración Pública, los órganos administrativos pueden dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente subordinados, mediante instrucciones, órdenes y circulares de servicio, las cuales deben difundirse adecuadamente para lo cual incluso, cuando así esté regulado o cuando así se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, deben ser publicadas en la *Gaceta Oficial* correspondiente (art. 42, LOAP).

De acuerdo con la misma disposición del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, 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 en realidad, recoge el texto del artículo 25 de la Constitución que establece el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos por las violaciones de los derechos fundamentales 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, y no puede excusarse por haber recibido una orden del superior. Es decir, 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, cuando la misma implique violación de un derecho constitucional.

Entre las múltiples atribuciones que derivan del principio de la jerarquía en la organización administrativa está preci-

samente, como se ha dicho, la facultad de avocamiento o de avocación que establece el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, el cual autoriza al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo, a los Ministros, a los Viceministros, a los Gobernadores, a los Alcaldes, a los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública y a los demás funcionarios superiores de dirección, para poder avocarse al conocimiento y resolución de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos jerárquicamente subordinados, cuando razones de índole técnica, económica, social, jurídica o de interés público lo hagan pertinente; facultad que exige siempre un acto administrativo motivado que debe ser notificado a los interesados.

En contraste con el principio de la jerarquía en la Administración Pública, en el orden judicial dicho principio no tiene aplicación, y esa es precisamente uno de los clásicos elementos de distinción entre “Administración” y “Justicia” en la más tradicional de las doctrinas del derecho administrativo. La “jerarquía” que existe en la organización de los tribunales, es una jerarquía destinada a garantizar un orden procesal para el desarrollo de los procesos, y para garantizarle a las partes el derecho a la revisión de las sentencias mediante el ejercicio de los recursos ordinarios (apelación) o extraordinarios (por ejemplo, el de casación) que establecen los Códigos procesales; y específicamente, para garantizarle a las personas, entre otros, el derecho a la doble instancia que conforme al control de convencionalidad ejercido por la antigua Corte Suprema de Justicia, es de rango constitucional en Venezuela en

aplicación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴

La organización jerárquica en el ámbito judicial está guiada, no por el principio de la jerarquía que antes hemos mencionado como propio de la organización administrativa, sino por otros principios esenciales de la organización judicial y que son: *primero* el principio constitucional de la autonomía e independencia de los jueces, según el cual, entre otras consecuencias, éstos no pueden estar sujetos a instrucciones ni órdenes para decidir, ni siquiera las que puedan provenir de los tribunales “superiores” en la jerarquía judicial; *segundo*, el derecho constitucional de las personas a ser juzgados por sus jueces naturales, es decir, única y exclusivamente por el juez que tiene legalmente asignada la competencia por la materia, el grado y el territorio para decidir el determinado proceso judicial; y *tercero*, que las decisiones que dicte el juez natural sólo pueden ser revisadas mediante los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios.

Estos principios de la organización judicial y del funcionamiento de los procesos judiciales, son, sin duda, incompatibles con los antes mencionados principios de la jerarquía administrativa, los cuales no se aplican al ámbito judicial. Por ello, en éste campo, un juez superior, por ejemplo, no puede dirigir, supervisar, evaluar y controlar las actuaciones de los jueces inferiores, salvo mediante el conocimiento de los recursos ordinarios o extraordinarios existentes; ni puede dirigirles instrucciones, órdenes y circulares sobre cómo deben ejercer sus competencias. En este mismo sentido, los tribuna-

⁴ Véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 87 del 13 de marzo de 2000 (Caso: *C.A. Electricidad del Centro (Elecentro) y otra vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia)*), en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 157 y ss.

les superiores no pueden avocarse al conocimiento de una causa que curse en un tribunal inferior, de manera que sólo podrían conocer de la misma si mediante el ejercicio de los recursos ordinarios o extraordinarios ejercidos por las partes, la causa llega a su conocimiento.

Es decir, como cuestión esencial de principio, puede afirmarse que la institución del avocamiento es incompatible con la Justicia, es decir, con el proceso judicial y la organización judicial, pues atenta contra el principio de independencia y autonomía de los jueces que garantiza el artículo 256 de la Constitución, contra el derecho ciudadano a la revisión de las sentencias y en todo caso, contra el derecho a la doble instancia que garantiza el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; contra el derecho ciudadano a ser juzgado por sus jueces naturales que garantiza el artículo 49.4 de la Constitución, y contra el debido orden del proceso judicial definido en los términos del artículo 257 de la misma Constitución.

II

LA EXCEPCIONAL POTESTAD DE AVOCAMIENTO POR PARTE DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA ANTIGUA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ESTABLECIDA EN LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE 1976

Como previsión legal contraria a todos los anteriores principios y derechos, que también estaban garantizados en la Constitución de 1961, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976⁵ estableció entre las competencias asignadas a la Sala Político-Administrativa de dicha Corte, no previstas en la Constitución, la potestad de la misma de avocarse al conocimiento de una causa que cursara ante otro tribunal, para cuyo ejercicio, sin embargo, la propia Sala se había auto-restringido sus poderes.

En efecto, el artículo 42.29 de la Ley Orgánica de de la Corte Suprema de Justicia le atribuyó a la Sala Político Admi-

⁵ Véase en *Gaceta Oficial* N° 1.893 Extraordinario de 30 de julio de 1976. Véase los comentarios en el libro Allan R. Brewer-Carías y Josefina Calcaño de Temeltas, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Colección Textos Legislativos, N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989, 369 pp.; 2ª edición actualizada, Caracas 1991.

nistrativa de la misma, competencia para “solicitar algún expediente que curse ante otro Tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto, cuando lo juzgue conveniente.” Se trató, sin duda, de la consagración de una potestad discrecional, que podía referirse a cualquier causa, cursante ante cualquier tribunal diferente a la propia Corte Suprema (“otro tribunal”). Al comentar en 1989 dicha previsión legal, explicamos que por más discrecional que pudiese ser tal competencia:

“la misma no podía ser utilizada sino en casos extremos, por ejemplo, “cuando estén en peligro, si la causa continúa su curso ante el tribunal competente, derechos y garantías constitucionales o el orden público o social; pues su uso, por la Corte, lesiona el derecho constitucional al debido proceso que consagran los artículos 60, 68 y 69 de la Constitución, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La única posible justificación a la limitación de este derecho constitucional es para garantizar otros derechos constitucionales que en el caso concreto se considere que tienen primacía, o el orden público o social.

En efecto, el derecho al debido proceso garantiza a los ciudadanos el ser juzgados “en los términos y condiciones establecidos por la Ley”, lo que da origen a una serie de garantías constitucionales, entre ellas, la de ser juzgado por el juez natural, y además, por el juez competente; respetándose las vías recursivas establecidas en la ley procesal, conforme al principio de la bi-instancia, y que tienen a garantizar el derecho a la defensa. El avocamiento por la Sala Político Administrativa de una causa, por tanto, es una limitación al derecho constitucional al debido proceso, que sólo podría emplearse cuando se trata de dar primacía, en un caso concreto, a la protección de otro derecho constitucional, incluso al debido proceso, que podría quedar conculcado de seguir la cau-

sa su curso ordinario, o a la necesidad de salvaguardar el orden público y social.”⁶

En consecuencia, estimamos que la Sala Político Administrativa, al hacer uso de esa potestad discrecional, primero estaba sujeta a los límites generales propios de la discrecionalidad, que son la justicia, la equidad, la proporcionalidad, la razonabilidad y la logicidad; y segundo, debía hacer siempre un balance entre dos situaciones jurídicas subjetivas constitucionales, es decir, entre dos derechos o garantías constitucionales para darle primacía a una de ellas en el caso concreto o entre un derecho o garantía constitucional y el interés general de la sociedad (orden público o social). Esta situación de balance y primacía entre el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales e incluso, entre éstos y el interés general de la sociedad, por otra parte, no es nada extraño y es lo normal en las actuaciones de los entes estatales, pues en definitiva, los derechos y garantías constitucionales tienen en la Constitución, como limitación “las que deriven del derecho de los demás y del orden público y social” (artículo 43, Constitución de 1961; art. 20, Constitución de 1999), y es el Estado, mediante sus órganos, el que debe resolver el conflicto que pueda haber.⁷

Es esa situación de balance, entre distintos derechos constitucionales o entre ellos y el orden público y social, dando primacía a uno u otro derecho o al interés general de la sociedad en relación al derecho al debido proceso, que estimamos también debía sopesar la Sala Político Administrativa al hacer uso de la potestad de avocamiento previsto en la Ley Orgáni-

⁶ Véase “Prólogo” al libro de Roxana Orihuela, *El avocamiento de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, p. 9.

⁷ *Idem*, pp. 9-10.

ca, razón por la cual, sus proyectistas justificaron dicha institución del avocamiento:

“con el fin de prevenir situaciones de desquiciamiento, caos, anarquía y otros inconvenientes a los altos intereses de la nación y que pudieran perturbar el normal desenvolvimiento de las actividades políticas, económicas y sociales consagradas en la Constitución.”⁸

Fue con fundamento en esos criterios, entonces que la propia Sala Político Administrativa fue delineando en una abundantísima jurisprudencia los criterios para decidir el avocamiento, por ejemplo, para evitar sentencias contradictorias; para el ejercicio de la competencia de la Corte para controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Público; para corregir el orden procesal vulnerado o restablecer el orden procesal flagrantemente infringido; o para evitar situaciones que pudieran acarrear trastornos, confusión, desasosiego en la colectividad, así como aquellas que puedan trabar el normal desempeño de la actividad pública.⁹

Puede decirse que, en global, la Sala Político Administrativa utilizó con prudencia esta facultad extraordinaria del avocamiento, lo que se reflejó en su sentencia una sentencia de 10 de agosto de 1989, en la cual sostuvo que tal potestad:

“ha sido hasta ahora administrada con criterios de extrema prudencia, tomando en consideración fundamentalmente la necesidad de evitar flagrantes injusticias o

⁸ *Idem*, pp. 9-10.

⁹ Para el análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa en materia de avocamiento hasta 1998, véase el libro citado de Roxana Orihuela, *El avocamiento de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998. Véase además, Alfredo Morles H., “Los vaivenes del avocamiento,” en *Revista de Derecho Público*, N° 61-62, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, pp. 531-543.

una denegación de justicia, o la presencia de aspectos que rebasen el interés privado involucrado y afecten de manera directa el interés público, manteniendo como una constante en su aplicación los principios rectores que atañen al orden natural de competencia, en razón de la materia que sea objeto de la solicitud.”¹⁰

¹⁰ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 39, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989, p. 104.

III

LA EXTENSIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO HACIA TODAS LAS SALAS DEL MISMO PARTIR DE 2002

La Constitución de 1999 nada previó en materia de avocamiento, no previendo tal potestad ni de la Sala Político Administrativa, ni de Sala alguna, y más bien, reforzó las garantías judiciales establecidas en sus mencionados artículo 49, 256, y 257 de la Constitución, de las cuales resulta evidentemente que dicha potestad era contraria a las previsiones expresas de la nueva Constitución.

A pesar de ello, la Sala Constitucional no fue requerida para juzgar sobre la inconstitucionalidad y la anulación de la previsión de la vieja Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ni desarrolló activismo alguno, de manera que la Sala Político Administrativa del nuevo Tribunal Supremo, conforme a la Ley Orgánica de la antigua Corte Suprema que siguió en vigencia, siguió ejerciendo tal potestad de avocamiento, aún cuando con las autolimitaciones que se había impuesto jurisprudencialmente.

En la materia, en realidad, la Sala Constitucional, en lugar de analizar la institución a la luz de los nuevos principios

constitucionales garantistas, en una sentencia N° 456 de 15 de marzo de 2002, más bien, ante una solicitud de avocamiento de un caso de un juicio de amparo contra un acto de un Registrador (Caso: *Arelys J. Rodríguez vs. Registrador Subalterno de Registro Público, Municipio Pedro Zaraza, Estado Carabobo*) que cursaba ante un tribunal de instancia, lo que hizo fue negarle a la Sala Político Administrativa el monopolio que legalmente tenía en materia de avocamiento en los términos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema, y se declaró competente para conocer de solicitudes de avocamiento en jurisdicción constitucional, en particular, respecto de juicios de amparo,¹¹ que sin duda era una materia afín a su propia competencia al tratarse de cuestiones constitucionales.

Posteriormente, al mes siguiente, en otra sentencia No. 806 de 24 de abril de 2002 (Caso: *Sindicato Profesional de Trabajadores al Servicio de la Industria Cementera*), la Sala Constitucional al entrar a conocer de otra solicitud de avocamiento, consideró nula la norma de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 (Art. 43) que consagraba la figura del avocamiento como competencia *exclusiva* de la Sala Político Administrativa, pero no por considerarla en sí misma contraria a las garantías judiciales previstas en la Constitución, sino por considerar que esa competencia exclusiva de una Sala, era “incompatible con el principio de *distribución de competencias por la materia* a nivel del máximo Tribunal de la República, sin que la propia Constitución lo autorice ni establezca una excepción al mismo en tal sentido;” señalando además que:

¹¹ Véase sentencia N° 456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 15 de marzo de 2002 (Caso: *Arelys J. Rodríguez vs. Registrador Subalterno de Registro Público, Municipio Pedro Zaraza, Estado Carabobo*), en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 178-179.

“Esta Sala Constitucional, no obstante la claridad y laconismo con que fue redactado el precepto, objeta el monopolio que se desprende de la lectura conjunta de ambos artículos, en lo que respecta a que el trámite de las solicitudes de avocamiento sea una facultad exclusiva y excluyente de Sala Político Administrativa.

Es decir, y sobre ello ahondará seguidamente, esta Sala es del parecer que tal potestad es inconsistente desde el punto de vista constitucional, y que la misma corresponde, en un sentido contrario a como lo trata dicho dispositivo, *a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, según que el juicio curse en un tribunal de instancia de inferior jerarquía a la Sala que en definitiva decida examinar la petición* (aquí el vocablo *inferior* se entiende en sentido amplio, ya que algunas de estas Salas no son propiamente *alzada* de dichos tribunales; tal sucede con las de casación) [..].

Llegado este punto, siendo, pues, que la facultad de avocamiento conferida a la Sala Político Administrativa por el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no está prevista en la Constitución, ni se deduce de ella, ni la justifica su texto, y que, por el contrario, conspira contra el *principio de competencia que informa la labor que desempeñan las Salas del máximo tribunal* de la República (art. 232), esta Sala concluye en que dicho precepto resulta inconstitucional [...]

Tales declaraciones no son, propiamente, precedentes de la posición que mantiene esta Sala Constitucional respecto al tema, toda vez que en ellas se sostuvo, al mismo tiempo, que dicha facultad excepcional, no obstante las referidas limitaciones, resultaba de la *exclusiva* potestad de dicha Sala Político Administrativa (*Vid.* sobre el punto de la exclusividad: *ob. cit.* pp. 40 y 41). Criterio de exclusividad que ha sido expresamente abandonado por esta Sala desde su sentencia No. 456 del 15-03-02, caso: *Mariela Ramírez de Cabeza*. Lo que *sí com-*

parte es lo relativo a que la Sala Político Administrativa no estaba constitucionalmente facultada para examinar solicitudes de avocamiento ni adentrarse a su conocimiento cuando de conflictos ajenos a su competencia natural se tratara.

Pero, para prestar un mejor servicio a la justicia, esta Sala Constitucional dará, en atención a sus propias competencias, un giro en este camino, pues declarará que tal competencia (con los límites impuestos por la práctica judicial comentada) debe extenderse a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia (subrayados nuestros)¹².

Esta doctrina evidentemente era contradictoria, pues luego de considerar inconstitucional la figura del avocamiento en manos de la Sala Político Administrativa, por no tener fundamento en la Constitución, sin entrar a confrontarla directamente con las garantías del debido proceso, pasó a declararla como competencia *de todas* las Salas del Tribunal Supremo.

Sin embargo, lo importante de esta jurisprudencia establecida y “creadora” de la figura generalizada del avocamiento en manos de todas las Salas del Tribunal Supremo, fue el criterio de la Sala, expreso e inequívoco, de que tal potestad correspondía a todas las Salas del Tribunal Supremo, *primero*, respecto de causas en curso ante tribunales de instancia de inferior jerarquía a la Sala que en definitiva decida examinar la petición, entendiendo “inferior” en sentido amplio, ya que algunas de estas Salas, como las de casación, no son propia-

¹² Véase Sentencia N° 806 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2002 (Caso: *Sindicato Profesional de Trabajadores al Servicio de la Industria Cementera*), en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 179-184.

mentealzada de dichos tribunales; y *segundo*, respecto de causas referidas a las materias afines a la competencia de la Sala respectiva, de manera que todas las Salas podían avocarse respecto de causas que estuviesen dentro de su competencia natural. Esto significaba que si se trata de una causa ante un tribunal civil, la competencia para avocarse era de la Sala de Casación Civil; si se trataba de una causa penal, la Sala competente para avocarse era la Sala Penal; y si se trataba de una causa que cursara ante tribunales contencioso administrativos, la Sala competente para avocarse era la Sala Político Administrativa.

IV

LA “CREACIÓN” JURISPRUDENCIAL POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO RESPECTO DE CAUSAS QUE CURSEN ANTE OTRAS SALAS DEL MISMO, Y NO SÓLO ANTE TRIBUNALES DE INSTANCIA

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, después de haber desarrollado jurisprudencialmente la competencia de todas las Salas del Tribunal Supremo, y no sólo de la Sala Político Administrativa, para avocarse al conocimiento de causas que cursaran ante tribunales de instancia, en las materias afines a sus respectivas competencias, mediante sentencia N° 566 de 12 de abril de 2004 (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*),¹³ procedió a crear, contra su doctrina anterior, una potestad de avocamiento de la misma Sala respecto de causas que cursaran ante otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, que en ningún caso podían considerarse como “tribunales” inferiores respecto de la Sala Constitucional.

¹³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/566-120404-04-0475.htm>

Así, con ocasión de conocer una solicitud de avocamiento de un juicio contencioso electoral intentado ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia contra decisiones del Consejo Nacional Electoral, dictadas con ocasión de decidir sobre la solicitud de realización de un referendo revocatorio del mandato del entonces Presidente de la República Hugo Chávez Frías, la Sala Constitucional procedió a secuestrar la competencia de aquella Sala Electoral, y arrebatársela, sin justificación alguna, la competencia para decidir el caso, y así anular la suspensión de efectos de la decisión impugnada que se había dictado en el caso, y finalmente evitar que la Sala Electoral pudiera llegar a decidir finalmente el proceso conforme a lo que requerían los accionantes y permitir la realización del referendo revocatorio en la fecha prevista.

El caso, por su connotación política, fue muy debatido,¹⁴ siendo lo destacable del mismo, que con la sentencia N° 566 puede decirse que se inició en Venezuela, el proceso de secuestro del derecho ciudadano a la participación política mediante el referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República; y del secuestro de la Sala Electoral para decidir las materias de su competencia, impidiéndosela en esa ocasión el decidiera sobre la nulidad de las decisiones del Consejo Nacional Electoral, que a la vez habían impedido la celebración del referendo revocatorio que la oposición había convocado en 2003-2004. Para ello, una vez que la Sala Electoral sentenció suspendiendo los efectos de la decisión administrativa que impedía el referendo, la fórmula política que se utilizó para despojar a la Sala Electoral de toda posibilidad de decidir en la causa contencioso electoral respectiva en la que era juez natural. Hay que recordar que entre las innovaciones

¹⁴ Véase lo que por nuestra parte hemos expuesto sobre la referida sentencia N° 566 de 2004 en: Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional Versus El Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional- Colección Ares, Caracas 2004, pp. 109 ss.

más destacadas de la Constitución de 1999 en materia judicial, estuvo la creación de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 262), como Jurisdicción Electoral, con competencia exclusiva en materia contencioso electoral (Art. 297), lo que implica que las decisiones del Consejo Nacional Electoral sólo pueden ser revisadas por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y por más ninguna otra de sus Salas.

Como el avocamiento entre Salas del Tribunal Supremo evidentemente que no era procedente, pues como se ha dicho, ninguna Sala es superior a las otras; por tanto, sólo violando la Constitución podía la Sala Constitucional avocarse al conocimiento de una causa cursante ante otra Sala del Tribunal Supremo, como precisamente lo hizo en la citada sentencia N° 566 de 2004. Por ello, el Magistrado Rondón Haaz, en su Voto Salvado a la sentencia, señaló con razón que:

“Determina así, la Ley, que, para la procedencia del avocamiento, debe ser otro Tribunal en donde curse el expediente que será solicitado, lo cual excluye, como es evidente, a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; y no podría ser de otra forma, tanto por la igualdad de jerarquía entre las Salas como por el caos que supondría, para el proceso y los justiciables, que unas Salas pudiesen avocar las causas de las otras.”¹⁵

En adición, en la sentencia se indicó que el avocamiento sobre causas ventiladas ante otras Salas supuestamente tenía como precedente una decisión de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia respecto de una causa que cursaba ante la Sala de Casación Civil en 1999, lo cual era completamente falso. Por ello, el mismo Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado a la sentencia, calificó de “mendaz la declaratoria de la mayoría sentenciadora,” consi-

¹⁵ Véase la referencia en *Idem*, p. 138.

derándola como una “violación al Código de Ética del Abogado en que incurrieron los Magistrados que suscribieron la sentencia”, pues la Sala Político Administrativa nunca había decidido avocarse al conocimiento de causa alguna que cursaba ante la Sala de Casación Civil, habiéndose limitado en decisión de 11-11-1999 a solicitarle a la Sala de Casación Civil un expediente sólo para estudiar una solicitud de avocamiento que había formulado el Procurador General de la República en unos juicios (Caso Capriles), solicitud que luego fue desistida por el Procurador.”¹⁶

Este caso del avocamiento de la Sala Constitucional respecto de una causa cursante ante la Sala Electoral debe destacarse, pues como se dijo fue el inconstitucional inicio de la competencia asumida por la Sala para avocarse a causas cursantes ante otras Salas.

En efecto, en el caso, el 8 de marzo de 2004 varios diputados a la Asamblea Nacional actuando además como representantes de varios partidos de oposición, intentaron un recurso de nulidad por legalidad e inconstitucionalidad con pretensión de amparo cautelar tanto contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral N° 131 del 2 de marzo de 2004 como del “Instructivo” de fecha 24 de febrero de 2004 mediante los cuales se había colocado las solicitudes de convocatoria de referendo revocatorio presidencial (las firmas) “en observación.” El conflicto político que ello había originado, provocó todo tipo de actuaciones judiciales, entre ellas la recusación masiva de magistrados pues en el momento, contrariamente a lo que había sucedido en años anteriores y sucedió posteriormente, la Sala Electoral no estaba controlada por el

¹⁶ Véase la referencia en *Idem*, p. 138.

poder político gubernamental.¹⁷ En ese contexto, los representantes de los partidos de gobierno, también acudieron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo solicitándole, que aún no teniendo competencia específica en la materia, se avocara al conocimiento de los recursos que habían sido intentados por ante la Sala Electoral, e impedir, así, que ésta pudiera decidir dichos recursos.¹⁸

Conforme a la solicitud de avocamiento, la Sala Constitucional, que había sido la que había nombrado poco tiempo antes a los miembros (rectores) del Consejo Nacional Electoral, para cubrir la “omisión” legislativa en dicha designación,¹⁹ luego de declarar inadmisibile, el 11 de marzo de 2004,

¹⁷ Véase las informaciones sobre las recusaciones interpuestas por Ismael García del Comando Ayacucho, de las fuerzas políticas del gobierno, y por William Dávila, Diputado del partido de gobierno contra los Magistrados Alberto Martini Urdaneta y Rafael Hernández Uzcátegui, en *El Universal*, Caracas, 4 de marzo de 2004, p. 1-5; *El Nacional*, Caracas, 4 de marzo de 2004, p. A-7; y *El Nacional*, Caracas, 5 de marzo de 2004, p. 1-4. Además, adicionalmente, y en forma totalmente incomprensible en el ámbito de la jurisdicción contencioso electoral, el propio Consultor Jurídico del Consejo Nacional Electoral, cuyos actos eran precisamente los impugnados ante la Sala, también recusaría a los mismos Magistrados. Véase la referencia en Juan M. Raffalli, “Portazos en la cara”, en *El Universal*, Caracas 14 de marzo de 2004.

¹⁸ Véase la información, corroborada por el Magistrado Iván Rincón, Presidente de la Sala Constitucional, en el reportaje de Edgar López, en *El Nacional*, Caracas, 04 de marzo de 2004, p. A-7; 1-5; y la información publicada en *El Nacional*, Caracas, 06 de marzo de 2004, p. A-2. Por su parte, un diputado de la oposición había, a su vez, recusado a dos Magistrados de esta Sala Constitucional en la solicitud de avocamiento de los juicios sobre el referendo revocatorio. La recusación fue presentada por el diputado Gerardo Blyde. Véase la referencia en Sentencia de la Sala Constitucional N° 347 de 11 de marzo de 2004, Exp. 04-0475

¹⁹ Véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá Malaver y otros*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/2073-040803-03-1254%20y%201308.htm>; y la sentencia N° 2341 del 25 de agosto de

la recusación intentada contra sus Magistrados por haberse formulado antes de que la solicitud de avocamiento fuera admitida,²⁰ en una decisión que según anunciaba la prensa, se habría adoptado por tres de los cinco Magistrados de la Sala y sin el quórum necesario para constituirse (de cuatro magistrados) requerido en el artículo 54 de la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, decidió ordenar a la Sala Electoral que se inhibiera de tomar decisiones en los casos relacionados con el referendo revocatorio, hasta tanto la Sala Constitucional se pronunciara sobre si se avocaba o no a conocer de dichos asuntos.²¹ En un “comunicado” público inusitado, el presidente de la Sala Constitucional, días después, el 15 de marzo de 2004, “explicaría” sus argumentos sobre la “legalidad” de la forma como se habría tomado la decisión,²² y sólo el 16 de marzo de 2004 se ordenaría publicar la decisión adoptada por los tres Magistrados.²³

2003 (Caso: *Hemann Escarrá y otros*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/poder%20electoral.htm>

²⁰ Sentencia N° 347 de 11 de marzo de 2004, Exp. 04-0475. La Sala Electoral, a su vez, también habría declarado inadmisibile la recusación intentada contra sus Magistrados. Véase la información en *El Universal*, Caracas 12 de marzo de 2004. Dicha decisión, a su vez, fue objeto de un recurso de revisión por ante la Sala Constitucional, ante la cual los representantes de los sectores oficiales insistieron en recusar a los Magistrados de dicha Sala Electoral. Véase la información en *Globovisión.com*, Caracas 12 de marzo de 2004.

²¹ Véase la información en *El Universal*, Caracas 12 de marzo de 2004; y *Globovisión.com*, Caracas 12 de marzo de 2004.

²² En efecto en el “Comunicado” hecho público el 15 de marzo de 2004 “donde ratifica la validez de la decisión de la Sala Constitucional que impide a la Sala Electoral pronunciarse sobre el referéndum revocatorio”, el Presidente de la Sala Constitucional señaló que vista la diligencia que habían formulado los dos Magistrados quienes no participaron en la decisión, que en una reunión convocada el 11 de marzo de 2004 aclarando dicho hecho, que “Presentes los cuatro magistrados Iván Rincón, José Manuel Delgado Ocando, Jesús Eduardo Cabrera (ponente) y Antonio García García se le explicó la grave situación que

Con esta decisión de impedir que la Sala Electoral pudiera dictar las decisiones en materias de su exclusiva competencia (contencioso-electoral), se iniciaba, sin duda, el secuestro institucional por parte de la Sala Constitucional respecto de otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia, de igual jerarquía en el orden judicial, lo que por supuesto no podría tener otra explicación que no fuera la de orden político. La figura del “avocamiento,” como antes se ha dicho, se había desarrollado por la Sala Constitucional para asumir el conocimiento de una

se estaba presentando en la Sala Electoral, el avocamiento que cursaba ante la Sala Constitucional y además el contenido de la ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera con la urgencia de la decisión que el caso ameritaba y se le explicó que el Poder Electoral había actuado con la potestad normativa que le delegó la Sala Constitucional y la que esta misma Sala dictó por excepción para el funcionamiento del Poder Electoral y que a fin de resolver sobre la procedencia o no del avocamiento se le estaba ordenando a la Sala Electoral paralizar cualquier acción de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoados contra los actos del Poder Electoral referidos a los procedimientos de referéndum revocatorio de cargos de elección popular e igualmente se le ordenaba abstenerse de decidir los mismos, paralizarlos y remitirlos a la Sala Constitucional al igual que todas las acciones que incoasen en este sentido. Los magistrados Iván Rincón Urdaneta, Jesús Eduardo Cabrera y José Manuel Delgado Ocando manifestaron estar de acuerdo con la sentencia y se le advirtió al magistrado Antonio García García que quedaba aprobada; *el cual exigió el texto escrito; se le entregó firmado ya por los tres magistrados que lo aprobaron y se retiró del despacho* (cursivas agregada). No es difícil deducir de este “comunicado” cómo el Presidente de la Sala Constitucional lo que hizo en él fue confesar que la decisión la tomaron tres Magistrados y así se la presentaron firmada al cuarto, el cual por tanto no pudo haber “participado” en la toma de la misma. Véase el texto en *Globovisión.com*. Caracas 15 de marzo de 2004.

- ²³ En una “diligencia” que se estampó en el expediente por la propia Sala, se dejaría constancia que “en el día de hoy, 16 de marzo de 2004, siendo las 4:50 de la tarde, se recibió del despacho del Magistrado Antonio García García ... la sentencia aprobada en la sesión del 11 de marzo de 2004 a las 2:30 pm. en el expediente N° 04-0475, la cual fue devuelta sin la firma del mencionado Magistrado” por lo que entonces, la Sala lo remitía a la Secretaría para su publicación.

causa que curse ante un tribunal inferior en materias en las cuales la Sala Constitucional pudiera tener competencia;²⁴ y en ningún caso podría proceder en relación con causas que se pudieran estar ventilando en otras Salas del propio Tribunal Supremo de Justicia conforme a sus propias competencias constitucionales. Además, el solicitante del avocamiento al menos debía ser parte en el proceso judicial respecto del cual se requería que la Sala asumiera el conocimiento.

Lo importante de este caso, fue que la Sala Electoral del Tribunal Supremo, reaccionó abiertamente contra el intento de secuestro por parte de la Sala Constitucional, como lo hace un órgano judicial al servicio de la justicia, siendo esa la primera vez que una Sala del mismo Tribunal Supremo pondría en duda el rol que se auto atribuía la Sala Constitucional. Así, el 15 de marzo de 2004 el Presidente de la Sala Electoral respondió el “memorando” que le había remitido la Sala Constitucional, acusándola de haber intentado “violentar el Estado de Derecho” al querer impedir que la Sala Electoral decidiera en las causas de su propia competencia,²⁵ anunciando que

²⁴ El profesor José Peña Solís, ex Magistrado de la Sala Electoral y quien había sido Presidente de la misma sobre esto recordó, en declaraciones dadas a María Lilibeth Da Corte, que la figura del avocamiento está prevista “sólo para tribunales inferiores. Una Sala no es un tribunal, todas constituyen el TSJ. No se puede pretender que una Sala pueda avocarse a lo de otra Sala, porque eso crea una crisis institucional de incalculables dimensiones”, en *El Universal*, Caracas 13 de marzo de 2004.

²⁵ En un inusitado “comunicado” leído por el Presidente de la Sala Electoral y dirigido a los Magistrados de la Sala Constitucional, según el resumen hecho por la periodista Irma Álvarez, aquél cuestionó las comunicaciones que los días 11 y 12 de marzo de 2004 se habían recibido de ésta, a través de las cuales le participaba a la Sala Electoral que estaba impedida de actuar en los casos relacionados con el referendo, en virtud de la solicitud de avocamiento formulada ante la Sala Constitucional; manifestándoles que “las referidas comunicaciones pretenden constituirse en una orden dictada, sin estar respaldada por sentencia alguna, razón por la cual la Sala Electoral ostenta todo el

ejercería sus competencias constitucionales en la decisión del recurso de nulidad y amparo que se había intentado contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral.

Y así lo hizo la Sala Electoral, además, declarando con lugar el amparo cautelar que se le había solicitado en protección del derecho constitucional a la participación política en el juicio de nulidad contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral, mediante sentencia N° 24 del 15 de marzo de 2004²⁶ (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina Y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*), suspendiendo los efectos de la Resolución N° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, dictada con fundamento en el *Instructivo sobre el tratamiento por el comité técnico superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona*, que había colocado “bajo observación,” 876.017 firmas o solicitudes de revocatoria de mandato presidencial, sometiéndolas, al denominado “procedimiento de reparo”,

poder necesario para sustanciar y pronunciarse, de acuerdo a lo previsto en el artículo 297 de la Constitución y la jurisprudencia". Además dijo no entender cuál es la motivación que tuvieron estos magistrados "al pretender sustraer de su juez natural los recursos" o "al participar que hubo una sesión de Sala que no se efectuó, como lo hacen constar los magistrados Antonio García y Pedro Rondón". Sus preguntas fueron pues: ¿qué pretenden? ¿Violentar el Estado de Derecho?. Véase en *El Universal*, caracas 16 de marzo de 2004.

²⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/24-150304-X00006.htm> Véase los comentarios sobre esta sentencia en: Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en Juan Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Editores), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Madrid 2006, pp. 1081-1126; y en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73.

por considerar que los datos de identificación habían sido escritos con “caligrafía similar.” Para ello, la Sala Electoral argumentó que:

“Se denuncia la creación de nuevos criterios de validación, que podrían impedir alcanzar el número de firmas necesarias para convocar el referéndum revocatorio presidencial, y de ser ello así, existe una presunción grave de violación del mencionado derecho fundamental, consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y garantizado en el artículo 70 *ejusdem*, por tanto, considera la Sala en el presente caso, satisfecho el requisito de procedencia de esta acción de amparo cautelar, constituido por el *fumus boni iuris*, que en este caso lo constituye la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. Así se decide.”

La Sala consideró además, en cuanto al *periculum in mora*, que también resultaba igualmente evidente “por ser un hecho notorio comunicacional la inminencia del establecimiento de la fecha destinada al procedimiento de los reparos por parte del Consejo Nacional Electoral, que conforme a los actos cuya nulidad ha sido solicitada” al cual debían:

“Acudir los ochocientos setenta y seis mil diecisiete (876.017) ciudadanos cuyas firmas fueron colocadas “bajo observación” por el máximo órgano electoral, por una parte, y por la otra, impide a los electores firmantes contenidos en las 39.060 planillas que han sido invalidadas por el Consejo Nacional Electoral, con fundamento en lo establecido en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular, acudir a tal procedimiento de reparo a ratificar su voluntad de suscribir la solicitud de convocatoria del referéndum revocatorio

presidencial, lo cual, a juicio de la Sala, reitera la necesidad de suspensión de los efectos de los actos impugnados, que de no acordarse podrían hacer ilusoria la ejecución del fallo definitivo de ser éste declarado con lugar. Así se decide.”

Como consecuencia de la anterior declaratoria, la Sala, a los fines de restablecer la situación jurídica lesionada al estado en que se encontraba antes de que ocurriera la violación, y mientras se dictaba la sentencia de fondo, ordenó al Consejo Nacional Electoral que *desaplicara* a las 876.017 firmas colocadas “bajo observación” en la Resolución impugnada el criterio contenido en el Instructivo antes mencionado, que también había sido impugnado, que imponía la exigencia de ratificación de la manifestación de voluntad de los titulares de esas firmas (denominado reparo negativo). La Sala Electoral, además, con el mismo fin restablecedor de la situación jurídica infringida, *acordó incluir o sumar* a las solicitudes validadas por el Consejo Nacional Electoral para la convocatoria del referendo revocatorio que alcanzaba a 1.832.493 de solicitudes las 876.017 firmas o solicitudes antes indicadas, operación ésta que arrojaba “la cifra total de 2.708.510 de solicitudes o firmas”. Como consecuencia de dicha operación aritmética la Sala Electoral ordenó al Consejo Nacional Electoral *aplicar*, a tales solicitudes, el procedimiento de reparo de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de las “Normas para regular los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular”, a los fines de que los ciudadanos que manifiesten no haber firmado soliciten su exclusión.

En cuanto a las planillas que habían sido invalidadas por el Consejo Nacional Electoral, en razón del incumplimiento de los numerales 2; 3; 4 y 5 del artículo 4 de las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas

de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, y que alcanzaba la suma de 39.060, la Sala Electoral *ordenó* al Consejo Nacional Electoral “permitir a los electores firmantes contenidos en ellas acudir al procedimiento de reparo establecido en el artículo 31 de las mencionadas Normas.”

Por último, la Sala Electoral, en su sentencia, ordenó al Consejo Nacional Electoral procediera a *efectuar el procedimiento de reparo* en el lapso establecido en el artículo 31 de las Normas citadas y luego de realizado éste procedimiento, y de existir al menos el veinte por ciento (20%) de solicitudes válidas, “proceda a convocar el referéndum revocatorio a que se refiere el presente fallo, en el lapso establecido en el artículo 33 de dichas Normas.”

Con esta importante decisión,²⁷ la solicitud popular del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, se encontraba entonces con un camino libre de obstáculos, pero no exento de consecuencias políticas ni de que en el mismo se colocaran nuevos obstáculos políticos, los cuales se anunciaron el mismo día de la decisión.

En cuanto a las consecuencias políticas, en un sistema constitucional donde la separación de poderes no garantiza totalmente su independencia, dado que la Asamblea Nacional tiene la potestad de remover a los titulares de los Poderes Públicos no electos (Poder Judicial, Poder Electoral, Poder

²⁷ En un inusitado “comunicado” público de fecha 16 de marzo de 2004, sin embargo, el Magistrado Luis Martínez de la Sala Electoral, quien no había firmado la decisión, pondría en entredicho “la honorabilidad de sus colegas Martini y Hernández, quienes con su decisión -dijo- “ponen en duda, no sólo su falta de objetividad e imparcialidad para conocer y decidir del presente recurso, sino su idoneidad ética para desempeñarse como jueces de la República”. Véase *Globovisión.com*, Caracas 16 de marzo de 2004.

Ciudadano: Arts. 265, 279, 296) las reacciones y amenazas no se hicieron esperar, tanto de parte del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo, e incluso, de órganos del Poder Ciudadano.²⁸

En cuanto al Poder Legislativo, fue primero la Junta directiva de la Asamblea Nacional, y después, la plenaria de la misma, el 16 de marzo de 2004, las que adoptarían un “acuerdo” donde se “condena enfáticamente” el fallo por considerarlo “absolutamente irrito y nulo,” y lo más grave, exhortaban al Poder Ciudadano para que calificara la conducta de los magistrados como “falta grave” a los efectos de poder ser removidos por la propia Asamblea Nacional, señalando entre otras cosas que:

“De conformidad con el artículo 265 de la Constitución, en virtud de la gravedad de las faltas éticas, morales e institucionales de los magistrados, doctores Alberto Martini Urdaneta, Rafael Hernández Uzcátegui y Orlando Gravina Alvarado, insta al Poder Ciudadano a que inicie el procedimiento de calificación de la conducta de los magistrados, como falta grave, a los fines de que el

²⁸ La decisión fue públicamente cuestionada por el Fiscal General de la República, Isaías Rodríguez, quien estimó que más que una medida cautelar lo que había dictado la Sala Electoral había sido una decisión de fondo. Señaló que el contenido de la decisión: “hace de la cautelar una decisión de fondo y no una medida provisoria, y se corre el riesgo de que cause en sí misma el agravio o el daño que pretende evitar, desnaturalizándose el contenido de ella. Es decir, pasa a ser una decisión de fondo mas no provisoria”...Por lo demás, la cautelar adelanta opinión sobre la nulidad y pudiéramos estar ante una extralimitación de atribuciones. La decisión de la Sala Electoral ha incurrido en un evidente desorden procesal, puesto que pareciera que con una medida provisional se pretende anular un acto administrativo que para los promotores del amparo constituye el verdadero fondo de la acción. Véase en *El Universal*, Caracas 16 de marzo de 2004

pleno de la Asamblea Nacional decida con la votación correspondiente la remoción de sus cargos.”²⁹

La sugerencia de la Asamblea Nacional, por supuesto, surtió efectos de inmediato, y en mismo día 16 de marzo de 2004, por una parte, representantes del partido de gobierno solicitarían ante el Tribunal Supremo de Justicia en Pleno, el inicio de un antejuicio de mérito para enjuiciar a los Magistrados Alberto Martini Urdaneta, Rafael Hernández Uzcátegui y Orlando Gravina Alvarado de la Sala Electoral,³⁰ seguramente por el “delito” de haber sido independientes y autónomos como jueces; y por la otra, el Consejo Moral Republicano (Poder Ciudadano), como consecuencia de la solicitud de la Asamblea Nacional, acordaría con base en el artículo 275 de la Constitución y el artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, iniciar el procedimiento de calificación de las presuntas faltas atribuidas a los mismos Magistrados de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, en relación con la decisión anunciada por esa instancia del máximo Tribunal sobre el proceso refrendario.³¹

Pero también se produciría la reacción del Poder Ejecutivo contra una Sala del Tribunal Supremo, a través del Vice Presidente Ejecutivo de la República, quién calificaría a la sentencia como inconstitucional, subversiva, mafiosa e inmoral, reivindicando además un supuesto tutelaje de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el Consejo Nacional Electoral y en general sobre la materia elec-

²⁹ Véase en *Globovisión.com*, Caracas 16 de marzo de 2004.

³⁰ *Idem*

³¹ *Ibidem*. En dicho procedimiento, con fecha 18 de marzo de 2004, el Consejo Moral Republicano requeriría de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia copia del Expediente de la solicitud de avocamiento que cursaba ante la misma. Véase *El Universal*, Caracas 19 de marzo de 2004.

toral, en razón que haber sido esa Sala la que había nombrado al Consejo Nacional Electoral por la omisión de la Asamblea Nacional, lo que en criterio del representante Poder Ejecutivo “significa que todo lo relativo a la cuestión electoral corresponde estrictamente al CNE, y vía recurso a la Sala Constitucional,” a cuyas decisiones se acogerían por supuestamente ser la única con “jurisdicción en esta materia, y que es la que resguarda precisamente a la Constitución de 1999.”³²

En todo caso, todas las manifestaciones de los Poderes Legislativo, Ciudadano y Ejecutivo en contra de la decisión adoptada por la Sala Electoral al suspender los efectos de la decisión del Consejo Nacional Electoral, lo que evidenciaban una vez más, en general, era la reacción del poder político contra un órgano del Poder Judicial, cuando se sintió que podía actuar con autonomía e independencia, es decir, que escapaba de su control y que no lo tenían totalmente a su servicio. En ese momento, no había otra forma de callar a la Sala Electoral del Tribunal Supremo y de impedirle que siguiera ejerciendo sus competencias constitucionales y siguiera decidiendo sobre ellas, que no fuera inhabilitándola para ello, en definitiva, secuestrándola. Y a ese objetivo se dirigieron todas las acciones imaginables, siendo la Sala Constitucional el instrumento para el secuestro y, por tanto, para de nuevo obstaculizar el camino del referendo revocatorio.

³² Véase en *El Universal*, Caracas, 17 de marzo de 2004. Incluso, en un inusitado “Comunicado” emitido por la Embajada de Venezuela en Washington el día anterior, 15 de marzo de 2004, su afirmaba tajantemente que: “La decisión de la Sala Electoral es contraria a los artículos 335 y 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Bajo la Constitución, esta Sala no tiene la competencia para tomar decisiones en materia constitucional. En cambio, el árbitro final de la interpretación constitucional es la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Por lo tanto, la decisión de la Sala Electoral está en contra de los principios del debido proceso y en contra de la Ley”. Véase también en *Globovisión.com*, Caracas 16 de marzo de 2004.

En esta forma, el mismo día de la decisión de la Sala Electoral, el Alcalde del Municipio Libertador del Distrito Capital en nombre del partido de gobierno intentaría por ante la Sala Constitucional, según se informaba en nota de prensa emitida por el propio Tribunal Supremo de Justicia, un supuesto “recurso de protección” contra la referida decisión de la Sala Electoral, alegando que la misma era supuestamente ilegal “por violatoria del artículo 135 (sic) de la Constitución... en cuanto a que la decisión de la Sala Constitucional del viernes pasado es vinculante o sea es de uso obligatorio por el resto de las Sala. Es así que la Sala Electoral no podía, en el día de hoy, emitir ninguna decisión con respecto al recurso de amparo porque la Sala Constitucional se había avocado al respecto”. La inconstitucional tesis de que la Sala Constitucional supuestamente sería la única que podía resolver sobre la materia, se concretaba así en un recurso que, en definitiva sería un recurso de revisión de sentencias (Art. 336,10 de la Constitución), en el cual se solicitaba se suspendieran “los efectos del fallo de la Sala Electoral hasta tanto se produzca una decisión firme de la Sala Constitucional.”³³

En esta forma, de nuevo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia volvía a tener en sus manos el destino del referendo revocatorio del mandato presidencial, y la posibilidad de reaccionar, a través de una decisión judicial, contra la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo de Justicia que había “osado” cuestionar públicamente sus pretensiones hegemónicas y la había acusado, incluso, de haber querido “violentar el Estado de Derecho;” y que además, había tenido el “atrevimiento” de asumir las competencias que tenía conforme a la Constitución y había decidido el recurso que se había interpuesto ante ella.

³³ Véase la información en *El Universal*, Caracas 16 de marzo de 2004.

El primer paso para asumir el control político sobre la materia que daría la Sala Constitucional, se produjo el 16 de marzo de 2004, cuando la Sala consignó en el expediente de la solicitud de avocamiento que para impedir que la Sala Electoral decidiera en el recurso de nulidad contra la decisión del Consejo Nacional Electoral había formulado por el Sr. Ismael García, como representante del denominado Comando Nacional de Campaña Ayacucho, de los partidos que apoyaban al gobierno (aún no siendo “parte” en proceso judicial alguno que cursara ante la Sala Electoral para poder “solicitar” el avocamiento de una causa por parte de la Sala Constitucional), un “auto” con las siguientes motivaciones:

“Visto que en sentencia de esta Sala N° 2748 de 20 de diciembre de 2001 (Caso: *Javier Elechiguerra*), la Sala se declaró competente para conocer de los recursos de nulidad por inconstitucionalidad de actos emanados del Poder Electoral.

Visto que es esta Sala quien dictó, por excepción, la normativa para el funcionamiento del Poder Electoral, y delegó en él, la potestad normativa para garantizar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos políticos.”

Con base en ello, la Sala Constitucional resolvió entonces paralizar toda actividad judicial de la Sala Electoral en la materia “a fin de resolver si es procedente o no el avocamiento solicitado”, ordenándole, “que envíe todos los expedientes contentivos de las acciones de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoado contra los actos del Poder Electoral, relativos a los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular”, resolviendo que:

“En consecuencia, desde el momento en que la Sala Electoral de este Tribunal Supremo reciba la comunicación respectiva, deberá paralizar todos los procesos y se abstendrá de decidir los mismo, debiendo remitir -de

inmediato- a esta Sala, hasta que se resuelva el avocamiento, cualquier acción que se incoase en dicho sentido.”³⁴

Debe destacarse en la motivación de este “auto,” la aparentemente innecesaria referencia a que había sido la Sala Constitucional la que había dictado “la normativa para el funcionamiento del Poder Electoral” y que había sido la que había “delegado” en el Consejo Nacional Electoral “la potestad normativa para garantizar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos políticos”. Ello, sin duda, permitía vislumbrar el argumento de que la Sala Constitucional se podía considerar como una especie de “tutor” del Poder Electoral al cual le había secuestrado y limitado su autonomía, para entonces asumir en exclusividad el control jurisdiccional sobre sus actos, quitándole sus competencias en la materia a la Sala Electoral. Y ello fue precisamente lo que ocurrió, el 31 de marzo de 2004, cuando la Sala Constitucional finalmente decidiría avocarse al conocimiento de la causa que cursaba no ante un “tri-

³⁴ Véase en *El Universal*, Caracas 17 de marzo de 2004. Para el día 18 de marzo de 2004, el Presidente de la Sala Electoral seguía argumentando que se trataba de una decisión inexistente, como lo reseña la periodista Irma Álvarez: “Por otra parte, el presidente de la Sala Electoral cuestionó el hecho de que le estén solicitando remitir, a la mayor brevedad posible, los expedientes en curso y las acciones que sean ejercidas con relación a los referendos revocatorios, partiendo para ello de una “sentencia inexistente”. / En este sentido recordó que los magistrados Antonio García García y Pedro Rondón Haaz estamparon una diligencia, en el expediente en el cual el Comando Ayacucho requirió el avocamiento presto de la Sala Constitucional. / En dicha diligencia denunciaron que no estuvieron presentes en sesión alguna en la que se hubiera publicado una sentencia sobre el revocatorio. / Por ello acotó que según el art. 246 del Código de Procedimiento Civil: “no se considerará como sentencia, ni se ejecutará, la decisión a cuyo pronunciamiento aparezca que no han concurrido todos los jueces llamados por ley ni la que no esté firmada por todos”. Véase en *El Universal*, 19 de marzo de 2004.

bunal inferior” sino en otra Sala, precisamente la Sala Electoral.

En esta forma, el secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional se comenzaba a consolidar, aún cuando *ex post facto*, pues como se ha dicho, ya para el 16 de marzo de 2004 la Sala Electoral había adoptado la decisión cautelar de suspender los efectos de la Resolución del Consejo Nacional Electoral en las materias del referendo revocatorio presidencial. El paso siguiente para impedir el referendo revocatorio, por tanto, no podía ser otro que no fuera anular dicha decisión de la Sala Electoral del Tribunal Supremo e impedirle que siguiera conociendo del asunto.

Con la decisión de la Sala Constitucional, en efecto, se buscaba sustraer del conocimiento de la Sala Electoral la cuestión de fondo que era el recuso de nulidad de la Resolución del Consejo Nacional Electoral. Por ello se le ordenaba a la Sala Electoral paralizar todos los procesos, abstenerse de decidir los mismos, y remitir de inmediato a la Sala Constitucional, hasta que se resolviera el avocamiento, cualquier acción que se incoase en dicho sentido.

Pero algo imprevisto surgiría en el proceso de secuestro, y fue que la referida decisión de la Sala Constitucional de nuevo sería públicamente rechazada por la Sala Electoral, través de otro inusitado “comunicado” de su Presidente, Martini Urdaneta, de fecha 18 de marzo de 2004, en el cual aseguraba que no remitiría a la Sala Constitucional el expediente contentivo de los casos relacionados con el referendo revocatorio presidencial, tal como lo habría solicitado esta última el día anterior, 17 de marzo de 2004, agregando que:

“Esta Sala Electoral ratifica su competencia para el conocimiento de la causa que se ventila en esta Sala accidental, y declara no a lugar los requerimientos en el ofi-

cio antes identificado, por cuanto los mismos son inaccesibles en derecho y así se declara.”³⁵

Pero a la polémica por el control de los juicios también se agregaría el propio Consejo Nacional Electoral al intentar ante la Sala Constitucional, como lo informara su presidente Francisco Carrasquero, "en protección y defensa de los derechos e intereses del CNE," otro recurso, esta vez, un "recurso de controversia constitucional por conflicto de poderes" entre la Sala Electoral y el Consejo Nacional Electoral con el objeto, primero, de "preservar la autonomía del Poder Electoral como el competente para resolver toda la controversia y actos relacionados con la materia electoral;" segundo, de solicitar se decretase "una medida cautelar innominada de suspensión de los efectos de la sentencia del 15 de marzo de 2004" que había dictado la Sala Electoral; tercero, solicitar que se acumulasen "a la causa constitucional todos los procesos que se encuentren en curso y, en especial, el proceso contencioso electoral

³⁵ La periodista Irma Álvarez reseñó lo expuesto por el Magistrado Martini Urdaneta así: En el oficio de tres páginas indicó que estas medidas las está tomando ante la existencia de un fallo emitido por la misma Sala Constitucional, el 4 de abril del 2003, según el cual el avocamiento de las causas que cursaban en la Sala Electoral sobre el referendo consultivo era "inaccesible en derecho", porque tanto la Sala Electoral como la Constitucional "cuentan con igual rango, siendo ambas en su orden las cúspides de la jurisdicción constitucional y electoral". / Con esto intentó salirle al paso a las afirmaciones según las cuales la Sala Constitucional puede avocarse y conocer los expedientes sobre el revocatorio, alegando para ello el riesgo de violación de derechos constitucionales o que el Instructivo sobre el Tratamiento de las Firmas de Caligrafía Similar tiene "efectos generales" o "colectivos". / Acto seguido, destacó Martini Urdaneta que la Sala Electoral recurrió a dicha jurisprudencia y se declaró competente para conocer los casos del revocatorio, no sólo por ser "la cúspide de la jurisdicción electoral, sino por mandato del artículo 297 de la Constitución". / De acuerdo con esta norma, "la jurisdicción contencioso electoral será ejercida por la Sala Electoral del TSJ". Véase en *El Universal*, Caracas 20 de marzo de 2004.

que cursa ante la Sala Electoral;” y, cuarto, que una vez dirimida “la controversia entre la Sala Electoral y el organismo comicial, la Sala Constitucional declare la nulidad de la sentencia de fecha 15 de marzo de 2004 y se ratifique la competencia del CNE como rector del Poder Electoral.”³⁶ Demás está decir que tal “recurso de controversia constitucional” entre un órgano del Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral) y el órgano del Poder Judicial (Sala Electoral) llamado constitucionalmente a controlar los actos del primero, es una imposibilidad lógica y constitucional, pues de proceder no habría posibilidad alguna de control judicial de los actos del Poder Público, pues siempre se podría alegar tal “conflicto constitucional.”

En todo caso, y por más ausencia de fundamento jurídico que pudieran tener las solicitudes y “recursos” que se habían intentado por ante la Sala Constitucional, lo cierto es que la misma disponía de instrumentos, así fueran inadmisibles, para poder perpetrar el secuestro final de la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo y consolidar la confiscación del derecho a la participación política que había hecho el Consejo Nacional Electoral. En efecto, en primer lugar, se le había formulado una solicitud de avocamiento para impedir que la Sala Electoral decidiera sobre la nulidad de la decisión del Consejo Nacional Electoral, formulada por el representante del Comando de campaña de los partidos políticos que apoyaban al gobierno, que no tenía la condición de parte en el proceso ante aquella Sala; en segundo lugar, se había interpuesto un supuesto “recurso de protección” que no existe en el ordenamiento procesal constitucional y que más bien podía

³⁶ Véase la información en *El Universal*, Caracas 17 de marzo de 2004. El día 19 de marzo de 2004, dos de los miembros del Consejo Nacional Electoral expresaban su desacuerdo con tal solicitud. Véase en *El Universal*, Caracas, 20 de marzo de 2004.

ser un recurso de revisión constitucional, que había intentado el Alcalde del Municipio Libertador en representación del partido de gobierno, contra la sentencia que ya había dictado la Sala Electoral; y en tercer lugar, también se había intentado un inexistente y absurdo “recurso de controversia constitucional por conflicto de poderes” que había intentado el Consejo Nacional Electoral que también buscaba la anulación de dicha sentencia.

No era difícil imaginarse lo que con ese cuadro podía ocurrir: por una parte, que la Sala Constitucional podía acordar el avocamiento (lo que efectivamente hizo el 30 de marzo de 2004), para lo cual el mismo día 16 de marzo la Sala, formalmente, había ordenado publicar la sentencia firmada por sólo tres Magistrados que habían ordenado a la Sala Electoral abstenerse de dictar sentencia y, en consecuencia, anular la sentencia de la Sala Electoral por haberse dictado contra lo ordenado en su decisión por la Sala Constitucional; y en segundo lugar, que la Sala también revisara la sentencia de la Sala Electoral, y la anulara por considerarla inconstitucional al haber vulnerado su “doctrina” (Lo que efectivamente también ocurrió el 23 de marzo de 2004). Es decir, ambas cosas sucedieron, y así, por lo demás, lo vaticinaba el titular de la primera página del diario *El Universal* de Caracas del día 18 de marzo de 2004 al anunciar que: “Anularán fallo del Sala Electoral”, sobre lo cual la periodista Irma Álvarez reportó lo siguiente:

“Como nula será declarada la sentencia que le ordenó al Consejo Nacional Electoral convocar a referendo revocatorio del mandato presidencial, después de que ejerzan su derecho a reparo las personas que no firmaron; y validar las 876 mil 017 rúbricas que fueron pasadas a observación...”

Los argumentos para emitir el fallo ya están claros. Según aseveró una fuente oficial, en primer lugar reiterarán que la Sala Constitucional es la competente para actuar, de acuerdo a lo previsto en el artículo 334 de la Constitución, el cual establece que les corresponde "exclusivamente" a los miembros de esta instancia "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"...

Igualmente indicarán, por otra parte, que están capacitados para analizar el Instructivo sobre el tratamiento de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona que objetó la oposición, porque el mismo es considerado como "un acto administrativo de efectos generales".

En consecuencia, y puesto que la aplicación de dicho instructivo afecta al colectivo, el cuestionado sólo sería un acto electoral en la medida en que fue dictado por el CNE y su revisión escaparía de las manos de la Sala Electoral.”

La periodista destacaba además, en su información, como “Camino al avocamiento” lo siguiente:

“Toda esta información fue dada a conocer por fuentes oficiales, después de que el presidente del Tribunal Supremo, Iván Rincón, y los magistrados José Delgado y Jesús Eduardo Cabrera (ponente), ordenaron publicar con tan sólo tres firmas una sentencia y la diligencia que inhabilitaban a la Sala Electoral para actuar en los casos sobre el referendo, desde el 11 de marzo.

La referencia es relevante tomando en consideración que dichos actos les permitirían a los tres jueces insistir en la paralización de los procesos y la entrega de todos los expedientes vinculados con el mismo tema, por parte

de la Sala Electoral, para luego determinar si procede el avocamiento.”³⁷

Y en efecto, la muerte anunciada de la sentencia de la Sala Electoral ocurrió una semana después, cuando la Sala Constitucional mediante sentencia N° 442 de 23 de marzo de 2004 (Caso: *Ismael García vs. Sentencia N° 24 de la Sala Electoral*), al conocer el “recurso de revisión” que un diputado en nombre del Comando Ayacucho de los partidos de gobierno se había interpuesto contra la sentencia, lo declaró con lugar, anulando la sentencia conforme a su competencia establecida en el artículo 336.10 de la Constitución para revisar las sentencias en materia de amparo dictadas por las otras Salas del mismo Tribunal Supremo de Justicia que contrariasen las normas y principios constitucionales, o que se opusieran a las interpretaciones que sobre tales, hubiera realizado la Sala.³⁸ Esta sentencia fue rechazada por la Sala Electoral mediante sentencia N° 27 del 29 de marzo de 2004, dictada en el mismo expediente (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*),³⁹ en la cual, planteó ante la Sala Plena del Tribunal Supremo la “resolución de un conflicto de funcionamiento” entre las Salas Electoral y Constitucional, derivado de las “ordenes” que la segunda pretendía darle a la primera, cuando ambas tienen igual jerarquía.

Ahora bien, en cuanto a la sentencia N° 442 de 23 de marzo de 2004 de la Sala Constitucional, al “revisar” la sen-

³⁷ Véase en *El Universal*, Caracas 18 de marzo de 2004

³⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/442-230304-04-0620.htm>

³⁹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>

tencia de la sala Electoral, en la misma se resolvió lo siguiente:

En *primer lugar*, la Sala consideró que la Sala Electoral no había respetado su doctrina relativa a la naturaleza y al trámite del amparo cautelar establecida en sentencia de la Sala Constitucional N° 88 de 2000 (Caso: *Ducharne de Venezuela, C.A.*),⁴⁰ así como tampoco la doctrina de interpretación

⁴⁰ La doctrina sentada en dicha sentencia fue la siguiente: “Una vez recibida en esta Sala la acción de nulidad, interpuesta conjuntamente con amparo constitucional, el Juzgado de Sustanciación de la Sala decidirá mediante auto sobre la admisibilidad de la acción principal, a menos que por la urgencia del caso la Sala decida pronunciarse sobre la admisión de la misma, supuesto en que también la Sala se pronunciará sobre el amparo ejercido conjuntamente con la referida acción de nulidad. / En caso de que se declare inadmisibile la acción principal, se dará por concluido el juicio y se ordenará el archivo del expediente. / Para el supuesto que se admita la acción de nulidad, en el mismo auto se ordenará abrir cuaderno separado en el cual se designará Ponente, a los efectos de decidir sobre el amparo constitucional. / El procedimiento de nulidad continuará su trámite por ante el Juzgado de Sustanciación, y la Sala decidirá sobre la procedencia o no del amparo constitucional. En el caso que se acuerde el amparo se le notificará de dicha decisión al presunto agravante, para que, si lo estima pertinente, formule oposición contra la medida acordada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación, supuesto en el cual se convocará para una audiencia oral y pública que se efectuará en el tercer (3°) día siguiente a la formulación de la oposición, a fin de que las partes expongan sus alegatos. En el auto en el que se fije la celebración de la audiencia oral y pública, se ordenará la notificación del Ministerio Público. / Una vez concluido el debate oral, la Sala en el mismo día deliberará, y podrá: - Pronunciarse inmediatamente sobre la oposición, en cuyo caso se expondrá de forma oral los términos de la decisión, la cual deberá ser publicada íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó aquélla.” / - Diferir la audiencia oral por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho (48) horas por estimar que es necesario la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental para decidir el caso, o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público. / La decisión recaída sobre el amparo constitucional en nada afecta la tramitación de la causa principal”. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/88-140300-0732.htm>

constitucional establecida por la Sala en el mismo fallo, al decidir la pretensión cautelar incoada *inaudita altera pars*, sin permitir al presunto agravante plantear su oposición a la presunta cautela otorgada. La Sala señaló que del dispositivo del fallo cuestionado se habría constatado que la remisión que se había hecho al Consejo Nacional Electoral de la copia certificada de la aludida decisión, se habría hecho “con la finalidad de notificarle sobre lo ordenado, y no para que, si lo considerase pertinente, pudiera oponerse a la medida acordada, ya que la referida sentencia ordena el envío del cuaderno separado relativo a la incidencia al Juzgado de Sustanciación para la continuación de la causa”.

En consecuencia de ello la Sala consideró que:

“El quebrantamiento total del procedimiento establecido para la tramitación de las pretensiones de amparo cautelar que se acumulan a acciones de nulidad, constituye un evidente desacato a la doctrina vinculante establecida por la Sala, así como una crasa violación del derecho a la defensa y al debido proceso consagrados en el artículo 49 del Texto Fundamental, por cuanto el Consejo Nacional Electoral no pudo participar en un procedimiento que excluyó el trámite contradictorio. Todo lo anterior conduce, inevitablemente, a declarar la nulidad de la sentencia objeto de la presente solicitud de revisión, tal y como lo ha decidido esta Sala en otras oportunidades (Vid. Sentencia N° 1122/2000 del 4 de octubre, caso: *Elis Enaís Ramos*). Así se declara.”

Esta decisión de la Sala Constitucional fue rechazada por la Sala Electoral en su mencionada sentencia N° 27 de 29 de marzo de 2004, en la cual señaló que la misma no podía:

“menos que causar asombro, por decir lo menos, pues además de manifestar desconocimiento de las actuaciones cursantes en el cuaderno separado en el cual se dictó la sentencia de naturaleza interlocutoria por ella revisa-

da –y en el que consta que si hubo oposición a la medida de amparo cautelar por distintos interesados- constituye un pronunciamiento que la vicia de falso supuesto, de hecho y de derecho...”⁴¹

La Sala Electoral rechazó y desestimó el argumento de la Sala Constitucional, considerando que resultaba “falso” en cuanto a la afirmación de que la Sala Electoral hubiera desconocido el procedimiento establecido por ella en el mencionado fallo N° 88 de 2000, agregando, con razón, que:

“En el referido fallo N° 88, en modo alguno se impone al órgano jurisdiccional la obligación de indicar espesamente, en la notificación de la medida cautelar que se haga al presunto agravante, de los recursos que dispone para oponerse a tal providencia, y es que no podría una sentencia contener tal orden, toda vez que, por una parte, estaría supliendo defensas que sólo a las partes corresponde efectuar y, por otra parte, estaría colocando en los órganos jurisdiccionales (incluyendo la misma Sala Constitucional) la carga prevista en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para los órganos de la Administración Pública...”⁴²

En *segundo lugar*, la Sala Constitucional advirtió que la Sala Electoral Accidental había otorgado la tutela cautelar que se le había solicitado “con fundamento en que la presunta aplicación retroactiva de criterios de validación instaurados en los actos impugnados, *‘podría impedir alcanzar el número de firmas necesarias para convocar el referéndum revocatorio presidencial’*, lo cual, constituiría una presunción grave de amenaza de violación del derecho a la participación política,

⁴¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>

⁴² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>

consagrado en el artículo 62 de la Constitución”. Sin embargo, la Sala Constitucional señaló al respecto que:

“Las circunstancias derivadas de la insatisfacción de los requisitos de validación establecidos por el Entre Rector del Poder Electoral, en ningún caso, puede constituir amenaza de violación del derecho a la participación política positivizado en el artículo 62 del Texto Fundamental, ya que el ejercicio del mismo depende del cumplimiento de los extremos previstos en el ordenamiento jurídico para cada caso, por lo que respecto al referendo revocatorio del mandato de funcionarios de elección popular, la mera solicitud de su convocatoria no genera expectativas plausibles de su efectiva realización, ya que la misma dependerá de la debida observancia de las condiciones y requisitos previstos en la Constitución y en la ley.”⁴³

Tal decisión de la Sala Constitucional dictada al “revisar” una sentencia de la Sala Electoral, sin duda constituía un pronunciamiento de fondo sobre la causa que cursaba ante la Sala Electoral, como si la Sala Constitucional estuviera conociendo de una “apelación”. Un pronunciamiento de tal naturaleza era totalmente improcedente, por lo que la Sala Electoral en su sentencia N° 27 de 29 de marzo de 2004 lo rechazó señalando que con el mismo:

“La Sala Constitucional Accidental se aparta abiertamente de las competencias que le han sido atribuidas por la Constitución... y delineadas por su propia jurisprudencia, para hacer pronunciamientos acerca del mérito de la causa, que la Sentencia revisada se abstiene de proferir por tratarse de una sentencia de amparo cautelar en la que, como bien sabe, le esta prohibido hacer pronunciamientos que impliquen un examen del fondo

⁴³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/442-230304-04-0620.htm>

del asunto debatido, lo cual, sin duda, esta circunscrito a determinar si los actos impugnados violan o contradicen la normativa aplicable al caso de autos.”⁴⁴

Antes, en la misma sentencia, la Sala Electoral había destacado la inconsistencia procesal en la que había incurrido la Sala Constitucional al señalar que en su sentencia, “se emite pronunciamientos sobre el fondo del asunto debatido, sin que se hubiere avocado al conocimiento de la causa -figura por demás absolutamente improcedente- y sin haber tenido a la vista el expediente.”

En *tercer lugar*, en relación con la presunta aplicación retroactiva de criterios de validación instaurados en el Instructivo sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la Misma Persona dictado por el Consejo Nacional, el 24 de febrero de 2004, la Sala Constitucional advirtió que;

“El referido instructivo no consagra un nuevo criterio de validación de las solicitudes de convocatoria del referendo revocatorio del mandato de funcionarios de elección popular, ya que tal criterio motivador del acto de validación de las firmas no proviene de dicho instrumento jurídico, sino de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular dictadas por el Ente Rector del Poder Electoral, el 25 de septiembre de 2003, conforme a las cuales se validaron un millón ochocientas treinta y dos cuatrocientas noventa y tres (1.832.493) solicitudes, se invalidaron treinta y nueve mil sesenta (39.060) peticiones y a los efectos similares de un auto para mejor proveer, se ordenó someter a reparo las firmas colocadas “bajo observación” que alcanzan el

⁴⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>

número de ochocientos setenta y seis mil diecisiete (876.017), según lo decidido por el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución N° 040302-131 del 2 de marzo de 2004.”⁴⁵

Con esta decisión, de nuevo, la Sala Constitucional se pronunciaba sobre el fondo del recurso contencioso electoral en cuyo proceso se había dictado, la sentencia cautelar de amparo era el objeto de revisión.

En *cuarto lugar*, en relación con los principios de buena fe y de confianza legítima, la Sala Constitucional consideró que no eran aplicables en la constatación de la validez de actos de participación política, donde debía “verificarse la autenticidad de quienes manifestaron su voluntad de solicitar la revocatoria del mandato del Presidente de la República, y también la voluntad de quienes no se adhieren al referendo petitionado”. En consecuencia, señaló la Sala que no siendo tal voluntad:

“Un ejercicio de derechos civiles regidos por la autonomía y del principio contractual de derecho privado, corresponde al Consejo Nacional Electoral garantizar, por medio de su competencia inquisitiva, propia de la Administración Pública, que la voluntad del electorado se ajuste a la manifestación propia de lo querido por ésta para el funcionamiento del principio democrático. La Sala no encuentra, por tanto, que el Consejo Nacional Electoral haya incurrido en violación de los artículos 24 (irretroactividad de la ley) y 49, 1 y 2 (debido proceso y presunción de inocencia), y así también se declara.”⁴⁶

⁴⁵ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/442-230304-04-0620.htm>

⁴⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/442-230304-04-0620.htm>

Sobre ello, la Sala Electoral en su mencionada sentencia N° 27 del 29 de marzo de 2004, señalaría que la Sala Constitucional pretendía “negar el beneficio de principios constitucionales como el de buena fe y el de confianza legítima a derechos fundamentales de los ciudadanos, sin razonamiento lógico y jurídico alguno, protegiendo con ello, y sin que medie un estudio y análisis profundo del caso, actuaciones de un órgano del poder público que han sido cuestionadas por sus destinatarios, alegando violaciones a sus derechos fundamentales” agregando que:

“De la situación planteada, bien podría pensarse que lo pretendido por la Sala Constitucional Accidental es, utilizando la vía de revisión, procedente únicamente en caso de sentencias definitivas que efectúen interpretaciones de normas constitucionales o que incurran en error manifiesto al interpretar normas constitucionales, así como cuando se aparten u obvien interpretación alguna proveniente de esa Sala Constitucional Accidental- y así (actuando fuera del ámbito de su competencia) entrar a analizar el fondo del asunto objeto de un recurso contencioso electoral de nulidad, para pretender preestablecer, con ello, criterios que pudieran ser calificados como “interpretación constitucional”, lo que evidencia una clara extralimitación de competencia jurisdiccional arrebatándosela a su juez natural que es la Sala Electoral, órgano con igual jerarquía e integrante del mismo órgano judicial (Tribunal Supremo de Justicia), como lo ha reconocido reiteradamente la Sala Constitucional.”⁴⁷

En *quinto lugar*, la Sala Constitucional estimó que lo afirmado en el fallo objeto de la revisión referido a que “resulta evidente por ser un hecho notorio comunicacional la inminencia del establecimiento de la fecha destinada al procedi-

⁴⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>

miento de los reparos por parte del Consejo Nacional Electoral”, carecía “de sustentación fáctica, por cuanto la fecha para la realización de dicho evento no ha sido establecida por el Ente Rector del Poder Electoral.”

En *sexto lugar*, la Sala Constitucional, después de constatar que “cuando se insta el amparo como pretensión cautelar, su procedencia, de ser el caso, tiende a la suspensión temporal de los efectos del acto o norma impugnada mientras dure el proceso principal, por ello, no tiene efectos anulatorios ni constitutivos, ya que no persigue la creación de derechos a favor del accionante,” señaló en relación con la sentencia de la Sala Electoral que estaba revisando que su dispositivo:

“Excedió la índole de un pronunciamiento de naturaleza cautelar, en virtud de que resolvió por anticipado el fondo de la *litis*, pues, no sólo suspendió los efectos de los actos impugnados, sino que las órdenes impartidas al Órgano Rector del Poder Electoral referidas a la desaplicación del criterio contenido en el *Instructivo Sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la Misma Persona*, a las firmas colocadas “bajo observación”, implicó una declaratoria de nulidad del literal “h” del Primer Resuelve de la Resolución N° 040302-131 del 2 de marzo de 2004, lo cual, no le era dado otorgar en sede cautelar.”⁴⁸

En *séptimo lugar*, la Sala Constitucional advirtió en su sentencia, que la Sala Electoral en su sentencia al haber acordado sumar a las solicitudes validadas por el Consejo Nacional Electoral para la convocatoria del referendo revocatorio, las 876.017 solicitudes colocadas “bajo observación” y ordenar al Consejo Nacional Electoral aplicar a tales solicitudes el

⁴⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/442-230304-04-0620.htm>

procedimiento de reparo establecido en el artículo 31 de las *Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular*, “creó derechos subjetivos a favor de los accionantes, lo cual resulta contrario a la naturaleza del amparo cautelar”, el cual tiene “como fin la suspensión de los efectos del acto o norma señalados como lesivos, al detener la realización de ciertas actividades o impedir que las mismas se consoliden” por lo que “suspender los efectos de los actos impugnados jamás implica que se ordene hacer algo al Poder Electoral para crear nuevas situaciones jurídicas.”

En *octavo lugar*, la Sala Constitucional consideró que con el dispositivo del fallo objeto de la revisión, la Sala Electoral Accidental habría negado “las facultades inquisitivas de la Administración Electoral a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales para la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de funcionarios de elección popular, ya que este órgano del Poder Público se encuentra obligado a determinar el carácter fidedigno de la manifestación de voluntad de los firmantes, requisito que no puede presumirse como satisfecho, sin infringir el artículo 72 del Texto Fundamental.”

En *noveno lugar*, la Sala Constitucional estimó que la sentencia impugnada habría violado los numerales 1 y 5 del artículo 293, el artículo 294 y los artículos 136, 137 y 138 de la Constitución, pues no sólo había suspendido “normas reglamentarias estatuidas por el Consejo Nacional Electoral, sino que se subrogó en éste para dictar reglas sobre validación de las firmas, que únicamente competen al Ente Rector del Poder Electoral conforme a las disposiciones constitucionales indicadas. Así igualmente, se declara.”

Con tal afirmación, la Sala Electoral señaló que “la Sala Constitucional Accidental, llamada a ‘... *garantizar el cum-*

plimiento, vigencia y respeto de los postulados constitucionales..’, como ella misma lo ha indicado tantas veces en su jurisprudencia, olvida que no existe acto del Poder Público que pueda escapar del control jurisdiccional” agregando que la aseveración de la Sala Constitucional “lesiona abiertamente lo dispuesto en los artículos 7, 25, 26, 139 y 297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que impiden que actos del poder público puedan ejercerse sin control alguno por parte de los órganos llamados por la Constitución a impartir justicia.”⁴⁹

En *décimo lugar*, la Sala Constitucional además advirtió que la Sala Electoral Accidental, aparte de las infracciones antes indicadas, habría incurrido:

“En desacato a la medida que la intimó a suspender el trámite del recurso contencioso-electoral al cual se acumuló la pretensión de amparo cautelar en la cual se produjo el fallo objeto de la presente revisión, y remitir los expedientes relativos a los recursos que ante ella cursaron, mientras esta Sala Constitucional proveyera lo conducente a la admisión del avocamiento que le fuera solicitado. Ello así, la Sala Constitucional juzga que tal desacato viola flagrantemente la competencia de ésta sobre sus interpretaciones vinculantes, al objeto de garantizar la supremacía de la Constitución y la efectividad de las normas y principios constitucionales, lo que hace incurrir a la Sala Electoral Accidental en desobediencia a la autoridad, conforme lo dispone el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así, del mismo modo, se decide.”⁵⁰

⁴⁹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>

⁵⁰ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/442-230304-04-0620.htm>

Sobre esta decisión, la Sala Electoral consideró que la Sala Constitucional la había dictado “sin justificación ni motivación alguna, extralimitándose en sus atribuciones revisoras” pretendiendo “ratificar el contenido de su decisión N° 387 de fecha 16 de marzo de 2004, cuyo contenido (causa y efectos), no formó parte del *thema decidendum* que con ocasión de tal revisión conoció, inherente a una solicitud formulada en un expediente distinto (N° 2004-0475), cuya orden esta Sala Electoral Accidental resolvió no cumplir, por no existir obligación constitucional, legal ni jurisprudencial alguna para ello, en los términos que le fueron expresamente señalados al Presidente de la Sala Constitucional en la oportunidad de dar acuse a sus oficios N° 04-570, 04-571 y 04-611, mediante oficio N° 04.052 que en fecha 18 de marzo de 2004 la Sala Electoral le remitiera y cuyo contenido se ratifica en el presente fallo.” La Sala Electoral, además, destacó que con esa decisión, “la Sala Constitucional Accidental pretende derivar la comisión del desacato a la inobservancia de una orden genérica y absolutamente impropia que pretendió impartir a la Sala Electoral (no sólo a la Sala Electoral Accidental que se constituyó para conocer del asunto contenido en el expediente N° 2004-000021), comprendida en los oficios ya referidos y la decisión NC 387/2004, a pesar de estar en conocimiento de las razones por las cuales esta Sala no dio cumplimiento a la aludida “orden”, por considerar que la decisión no tiene el carácter ni la fuerza vinculante de una decisión legalmente proferida”, y además, porque:

“1.- La Sala Electoral no es órgano subordinado ni jerárquicamente dependiente de la Sala Constitucional, natural o Accidental, ni en el plano jurisdiccional ni de organización administrativa, además de ser la especializada por la materia conforme a lo establecido en el artículo

297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”⁵¹

Por lo demás, la Sala Electoral destacó en relación con el invocado artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que el mismo “sólo es aplicable en caso de desacatos a mandamientos de amparo constitucional, no siendo esta la situación planteada por la Sala Constitucional Accidental, ya que la misma señaló estar conociendo de una solicitud de avocamiento y no de una acción de amparo constitucional”. De allí que la Sala Electoral destacara que

“Mal podría la Sala Constitucional Accidental pretender asimilar el desacato previsto en el mencionada Ley a la actuación de la Sala Electoral Accidental en defensa de su competencia, salvo que con ello pretenda, por una parte, amedrentar y, por la otra, distraer, mediante una sentencia de revisión constitucional, la sustracción de esta Sala del conocimiento de un recurso contencioso electoral para el cual sólo ella detenta la competencia, a los fines de ratificar con ello hacer valer una sentencia de avocamiento que, como ha quedado demostrado, es inexistente y, en consecuencia, no puede ser ejecutada.”⁵²

En *decimoprimer* lugar, la Sala Constitucional en su sentencia, ratificó:

“La competencia del Poder Electoral para desarrollar la normativa que le asigna la Ley Orgánica del Poder Electoral y, en especial, la normativa tendente a la reglamentación de los procesos electorales y referendos, en parti-

⁵¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>

⁵² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>

cular los que regulan las peticiones sobre dichos procesos, así como las condiciones para ellos, la autenticidad de los peticionarios, la propaganda electoral etc., así como las dudas y vacíos que susciten las leyes electorales, en cumplimiento, además, de los artículos 293, numerales 1 y 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme a lo decidido por esta Sala en sentencia N° 2341 del 25 de agosto de 2003 y, así finalmente se declara.”⁵³

En relación con esta decisión, la Sala Electoral señaló que la misma no causaría perjuicio alguno al sistema de derecho “si le es inmediatamente añadida la fórmula sobre el principio de legalidad (constitucional y legal) del cual deriva la posibilidad de revisión jurisdiccional de todos y cada uno de los órganos del Poder Público”; destacando que más bien, la afirmación “de la Sala Constitucional Accidental, en los términos antes referidos, constituye, más que un pronunciamiento sobre la revisión del fallo por ella efectuada, un alegato empleado en el supuesto Conflicto o Controversia Constitucional entre el Consejo Nacional Electoral y la Sala Electoral Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, planteado ante la Sala Constitucional por el representante del órgano comicial (expediente N° 04-642), que no objeto de la revisión que de la sentencia de la Sala Electoral Accidental N° 24 de fecha 15 de marzo de 2004 hace la Sala Constitucional Accidental.”⁵⁴

Como consecuencia de todo lo anterior, la Sala Constitucional “a fin de garantizar el imperio, la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales”, declaró

⁵³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/442-230304-04-0620.htm>

⁵⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>

que había lugar a la revisión que le fue solicitada y, en consecuencia, anuló la sentencia N° 24, dictada el 15 de marzo de 2004 por la Sala Electoral Accidental antes referida, “por haber incurrido en extralimitación de funciones en desacato a la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala en sentencia N° 88/2000, antes referida, así como, por infracción de lo dispuesto en los artículos 136, 137, 138, 293.1 y 294 de la Constitución.”

Sobre ello, la Sala Electoral en su mencionada sentencia del 29 de marzo de 2004, destacó

“la evidente y manifiesta improcedencia del dispositivo contenido en la sentencia dictada por la Sala Constitucional Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 23 de marzo de 2004, que declara la nulidad de la medida cautelar acordada por esta Sala el día 15 de marzo de 2004, pretendiendo enervar sus efectos, pues observa que es, justamente, la Sala Constitucional Accidental la que quebranta además de los principios constitucionales y legales que rigen la atribución de competencia en nuestro ordenamiento jurídico, los criterios doctrinarios establecidos por ella misma y violenta así el Estado de Derecho y de Justicia que ella misma está llamada a garantizar. Así se declara.”⁵⁵

Por último, en *decimosegundo lugar*, la Sala Constitucional ratificó:

“La intimación realizada a Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 387 del 16 de los corrientes, en la cual se le ordenó paralizar todos los procesos referidos a acciones de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoado contra los actos del Poder Electoral, relativos a los procesos de referendos re-

⁵⁵ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>

vocatorios de mandatos de cargos de elección popular y de abstenerse de decidir los mismos, así como remitir, de inmediato, a esta Sala, todos los expedientes contentivos de dichas acciones, hasta que se resuelva la solicitud de avocamiento interpuesta por el ciudadano Ismael García.”⁵⁶

En esta forma ocurrió lo que estaba anunciado: la Sala Constitucional había concluido el secuestro de la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo, pretendiendo someterla a su autoridad y a la obligación de acatar “su doctrina” jurisprudencial, desconociendo que la Sala Electoral tenía y tiene la misma competencia que la Sala Constitucional de ser el máximo y último interprete de la Constitución cuando decide los asuntos de su competencia (Art. 335). Al consumir dicho secuestro, la Sala Constitucional también pretendía confirmar la confiscación que el Consejo Nacional Electoral ya había decretado del derecho a la participación política de los ciudadanos mediante la petición del referendo revocatorio presidencial. Ello, sin embargo, tampoco era de extrañar pues, en definitiva, se había dictado por un órgano del Poder Público (Poder Electoral) que ya había sido previamente secuestrado por la misma Sala Constitucional.

Pero la Sala Electoral, como se ha analizado, resistió al ataque de la Sala Constitucional, y en la antes analizada sentencia N° 27 del 29 de marzo de 2004, no sólo afirmó su competencia para ejercer la Jurisdicción contencioso electoral, constatando que las distintas Salas del Tribunal Supremo “tienen la misma jerarquía en sus respectivas competencias y atribuciones”, y rechazando “la intimación” que le había hecho la Sala Constitucional con base en el principio de “la igualdad que existe entre todas y cada una de las Salas que

⁵⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/442-230304-04-0620.htm>

conforman el Tribunal Supremo”; sino que resolvió elevar “a la Sala Plena la resolución de un conflicto de funcionamiento derivado de una ‘intimación’ u ‘orden’ a fin de que sea analizado, por esa Sala Plena, lo perjudicial que resulta para el normal funcionamiento y administración de justicia el uso de términos imperativos de una Sala a otra de igual jerarquía.”⁵⁷

Frente a todo ello, resultaba por tanto, que la fórmula para despojar a la Sala Electoral de toda posibilidad de decidir en la causa contencioso electorales en la que era juez natural (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina Y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*), era que la Sala Constitucional se avocara al conocimiento de la mismas, tal como se le había solicitado. Ya la misma Sala Electoral, en su sentencia No. 27 del 29 de marzo de 2004, antes comentada, había sido enfática en considerar que el mencionado avocamiento era:

“a todas luces, inadmisible o en todo caso improcedente de conformidad con la pertinente jurisprudencia (Vid. Sentencia N° 806 de fecha 24 de abril de 2002, caso *Sin-tracemiento*), además de la circunstancia de haber sido solicitado por una persona que no es parte en los procesos judiciales cuyo avocamiento solicita y haber pretendido, la Sala Constitucional Accidental hacer valer los efectos de tal avocamiento mediante una sentencia evidentemente inexistente...”⁵⁸

Sin embargo, la Sala Constitucional, mediante sentencia que fue anunciada el 31 de marzo de 2004 (y que luego resultó ser la sentencia N° 566 del 12 de abril de 2004), decidió avocarse al conocimiento de la causa contencioso electoral

⁵⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>

⁵⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>

antes mencionada que se había iniciado con la impugnación de la Resolución del Consejo Nacional Electoral N° 040302-131 de 2 de marzo de 2004, para lo cual en resumen construyó el siguiente argumento: que el Consejo Nacional Electoral, al normar lo relativo a los referendos revocatorios (los cuales carecían de una ley que los regular), estaría “actuando en ejecución directa e inmediata del artículo 72 de la vigente Constitución” como consecuencia “del fallo del 25 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional que designó el Poder Electoral”, por lo que el conocimiento de la nulidad de tal tipo de actos, correspondía entonces a la Sala Constitucional, siendo por tanto incompetente *per se* para ello, la Sala Electoral.

Tal fundamentación, sin duda, era falaz, pues una Resolución del Consejo Nacional Electoral y un Instructivo dictado por un órgano subalterno de dicho Cuerpo, jamás podrían llegar a considerarse como actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, de “rango legal”, máxime después de dictada la Ley Orgánica del Poder Electoral que rige la actuación de dicho órgano. Para llegar a esa decisión y argumentación, la Sala Constitucional decidió avocarse al conocimiento de la causa que cursaba ante la Sala Electoral conforme a los siguientes argumentos, entre otros:

- “1) Que el avocamiento puede ser ordenado por cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.
- 2) Que la jurisdicción constitucional la ejerce la Sala Constitucional.
- 3) Que en aras de mantener la supremacía constitucional, la Sala puede avocarse a conocer cualquier causa que curse ante tribunales inferiores e incluso en otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, *siempre que el objeto de dichas causas se refieran*

a violaciones directas e inmediatas de la Constitución. [...]

- 9) Que constatada una situación *que contraríe los postulados constitucionales, la Sala tiene el deber de avocarse*, así la situación sea conocida por otra Sala.⁵⁹

Ya la misma Sala Electoral, en su sentencia N° 27 del 29 de marzo de 2004, antes comentada, había sido enfática en considerar que el mencionado avocamiento era:

“a todas luces, inadmisibile o en todo caso improcedente de conformidad con la pertinente jurisprudencia (*Vid. Sentencia N° 806 de fecha 24 de abril de 2002, Caso: Sintracemento*), además de la circunstancia de haber sido solicitado por una persona que no es parte en los procesos judiciales involucrados cuyo avocamiento solicita y haber pretendido, la Sala Constitucional Accidental hacer valer los efectos de tal avocamiento mediante una sentencia evidentemente inexistente...”⁶⁰

El mismo Magistrado Presidente del Tribunal Supremo Iván Rincón Urdaneta, actuando como Juez de Sustanciación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en sentencia N° 94 de 2 de diciembre de 2003 (*Caso: Robert Osuna y otros vs. Consejo Nacional Electoral*), ya había incluso sido expreso y enfático en declarar incompetente a la Sala Constitucional para conocer de la impugnación de la Resolución N° 030925-465 de fecha 25 de septiembre de 2003, emanada del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual dictó Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de

⁵⁹ Así se anunció en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, el 01-04-04

⁶⁰ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>

Mandatos de Cargos de Elección Popular, por considerar que era de naturaleza electoral, siendo:

“Para este Juzgado de Sustanciación, declarar la incompetencia de la Sala para conocer el presente asunto, todo de conformidad con el ordinal 2° del artículo 84, en concordancia con el ordinal 4° del artículo 124, ambos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Así se declara.”⁶¹

En consecuencia, el avocamiento por la Sala Constitucional del juicio de nulidad contra actos administrativos de efectos externos (Resolución) y de efectos internos (Instructivo) del Consejo Nacional Electoral, jurídicamente no era posible, pues la competencia exclusiva para controlar la constitucionalidad y legalidad de dichos actos corresponde a la Sala Electoral (Jurisdicción contencioso electoral). La Sala Constitucional en forma alguna podía llegar a tener competencia para controlar la constitucionalidad de dichos actos administrativos, dado su rango sublegal y dado que sus atribuciones como Jurisdicción constitucional, en cuanto a juicios de nulidad, estaban limitadas al conocimiento de la inconstitucionalidad de los actos de rango legal, es decir, de las leyes, de los actos con valor de ley y de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución que tienen, por tanto, rango de ley. Los actos impugnados ante la Sala Electoral, sin duda alguna, no encajaban en dichas categorías, por lo que no teniendo competencia la Sala Constitucional para conocer de su nulidad, no tenía posibilidad alguna de avocarse al conocimiento de la causa.

Sin embargo, en solo tres meses el Magistrado Iván Rincón Urdaneta cambiaría se opinión, y la Sala Constitucional con su voto, mediante la mencionada sentencia anunciada

⁶¹ Exp. N° AA50-T-2003-002900

en su página web el 31 de marzo de 2004, que después resultó que no existía,⁶² anunciaría que había decidido avocarse al conocimiento de la causa contencioso electoral antes mencionada, que se había iniciado con la impugnación de la Resolución del Consejo Nacional Electoral N° 040302-131 de 2 de marzo de 2004, lo cual haría, entre otras cosas, a costa de la irresponsable destrucción, de un sólo plumazo, de uno de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional formal venezolano, como lo es el de la formación del derecho por grados partiendo de la Constitución, conforme al llamado principio de la “pirámide de Kelsen.”⁶³

La falaz argumentación construida por la Sala Constitucional para perpetrar este atentado contra el orden constitucional fue la siguiente: que el Consejo Nacional Electoral, al normar lo relativo a los referendos revocatorios (ya que no se había dictado aún una ley específica sobre referendos), estaría “actuando en ejecución directa e inmediata del artículo 72 de la vigente Constitución” como consecuencia “del fallo del 25 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional que designó el Poder Electoral,” por lo que el conocimiento de la nulidad de tal tipo de actos, correspondía entonces a la Sala Constitucio-

⁶² La Sala Constitucional en un inusitado “Comunicado” difundido el 16-04-2004 “frente al uso político del derecho, ante la pretendida judicialización de la política, y ante las falsas, temerarias y tendenciosas declaraciones en los diversos medios de comunicación social” del Magistrado de la propia Sala Pedro Rondón Haaz, señalaría que el proyecto de sentencia N° 566 de 12 de abril de 2004 habría sido aprobado el 31 de abril de 2004. Esto fue nuevamente señalado en el texto de la sentencia N° 628 de 23 de abril de 2004 mediante la cual se declararon improcedentes las aclaratorias a la sentencia N° 566 de 12 de abril de 2004.

⁶³ Véase sobre esto, Allan R. Brewer-Carías, ““El control de constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y el principio de la formación del derecho por grados en Venezuela,” en *Revista Jurídica UDABOL*, Universidad de Aquino Bolivia, Año 1, N° 1, La Paz 2012, pp. 83-129

nal, siendo por tanto incompetente *per se* para ello, la Sala Electoral.

Tal fundamentación, sin duda, no era más que una construcción jurídica elaborada con el único objetivo de concluir el secuestro de la Sala Electoral, pues una Resolución del Consejo Nacional Electoral y un Instructivo para un Comité Técnico dictado por un órgano subalterno de dicho Cuerpo, jamás podrían llegar a considerarse como actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, de “rango legal.” Dichos actos, en todo caso, eran actos de rango sublegal, es decir, actos administrativos dictados en ejecución de normas de rango legal como la Ley Orgánica del Poder Electoral e, incluso, en ejecución de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular dictadas por el propio Consejo Nacional Electoral conforme a la autorización constitucional que tiene. El carácter sublegal de dichos actos administrativos impugnados resultaba, incluso, de la propia “base legal” plasmada en sus textos.

Para llegar a la absurda mutación de unos actos administrativos de rango sublegal dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, e indirecta y mediata de la Constitución, en actos estatales de rango “legal” supuestamente dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, la Sala Constitucional en la anunciada “sentencia”⁶⁴, que luego

⁶⁴ Así se anunció en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, el 01-04-04. El Magistrado Rondón Haaz de la Sala Constitucional en su Voto Salvado a la sentencia N° 566 de 12-04-2004 diría que “La nota de prensa que apareció en el sitio web del Tribunal el 31 de marzo de 2004 es violatoria del artículo 59 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y, por tanto, es inaceptable... la nota de prensa en cuestión informó sobre el contenido de la sentencia, antes de su publicación y, por tanto, de su existencia misma como actuación judicial, en evidente esguince evasivo del cumplimiento de la norma que

resultó no existir o ser sólo el proyecto de la sentencia No. 566 de 12 de abril de 2004,⁶⁵ fundamentó su competencia como Jurisdicción constitucional para poder avocarse al conocimiento de la causa en lo siguiente:

- “4) Que la Sala Constitucional, conforme a sentencia de 20 de diciembre de 2001 (caso: Javier Elechi-guerra), ratificó su competencia para conocer de los recursos que se interpongan contra las leyes o

se precitó”. Dicho Voto Salvado, aun cuando no fue publicado junto con la sentencia, se incorporó al Voto Salvado presentado por el mismo Magistrado a la sentencia N° 628 de 23-04-2004 que declaró improcedentes las aclaratorias respecto de la sentencia N° 566. La sentencia, con el N° 566, en todo caso, sólo sería publicada el día 12-04-04, coincidentalmente el mismo día en el cual la Sala Electoral, mediante sentencia N° 37, decidiría el recurso de nulidad intentado contra de los actos del Consejo Nacional Electoral referidos a las llamadas solicitudes (del referendo revocatorio presidencial) con caligrafía similar, declarándolo con lugar, juicio cuyo conocimiento pretendía avocarse la Sala Constitucional. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/566-120404-04-0475.htm>

⁶⁵ Véase sobre esta sentencia: Allan R. Brewer-Carías, *El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, Libros El Nacional, Caracas 2007; “El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,” en Rafael Chavero G. (Coordinador), *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*, Editorial Aequitas, Caracas 2004, pp. 13-58; “El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela: 2000-2004,” en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José 2004, pp.167-312. La importancia de dicha sentencia fue servir, lamentablemente, de instrumento para impedir que la Sala competente del Tribunal Supremo de Justicia (Sala Electoral) pudiera ejercer sus competencias para controlar la legalidad de los actos del Consejo Nacional Electoral, y con ello, lograr impedir la realización del referendo revocatorio presidencial. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, N° 2, Caracas 2007, 702 pp.

actos de los poderes públicos que se dicten en ejecución directa de la Constitución.

- 5) Que el Poder Electoral al normar lo relativo a los referendos revocatorios, los cuales carecen de una ley que los regule, está actuando en ejecución directa e inmediata del artículo 72 de la vigente Constitución.
- 6) Que tal potestad del Poder Electoral es producto del fallo del 25 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional que designó el Poder Electoral...
- 8) Que a pesar que las Salas se encuentran en igual plano jerárquico dentro del Tribunal Supremo de Justicia, dada la potestad de la Sala Constitucional, conforme lo prevén el artículo 266.1 Constitucional y el Título VIII sobre la protección a la Constitución, para garantizar la supremacía constitucional, ella tiene la competencia sobre las nulidades de los actos del Poder Electoral, a los cuales se les atribuye violación directa de normas constitucionales.
- 10) Que en sentencia de 11 de noviembre de 1999, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, pidió a la Sala de Casación Civil, los expedientes conocidos por ella, relacionados con la sucesión de Miguel Ángel Capriles, con el fin de decidir si se avocaba o no a conocer de los procesos relacionados con dicha sucesión, lo que constituye un antecedente de la posibilidad de avocamiento entre Salas.
- 11) Que en vista de no haber enviado la Sala Electoral a la Constitucional, los expedientes que se le solicitaron según oficio N° 04-0570, y constarle que dicha Sala Electoral conocía de causas para las cuales carecía de competencia, la Sala Constitucional decidió avocarse a conocer dichas causas, aunado a que constató un desorden procesal proveniente de

que la Sala Electoral Accidental resolvió una solicitud de amparo cautelar en uno de los procesos de nulidad incoado contra los actos del Poder Electoral, sin haber admitido el juicio de nulidad; y donde sentenció el fondo de la acción de nulidad dentro de una medida cautelar, desnaturalizando dicha medida, lo que originó el fallo N° 442 del 23 de marzo de 2004 de esta Sala que anuló lo decidido en dicho amparo, y el cual se dictó en el juicio de revisión incoado por el ciudadano Ismael García, en su carácter de Diputado de la Asamblea Nacional por el estado Aragua y Coordinador Nacional de la agrupación de ciudadanos Comando Nacional de Campaña Ayacucho, de la sentencia N° 24 dictada, el 15 de marzo de 2004, por la Sala Electoral Accidental de este Tribunal Supremo de Justicia.”⁶⁶

Con la “anunciada” anulación de la sentencia cautelar N° 24 del 15 de marzo de 2004 de la Sala Electoral y con el “anunciado” avocamiento de la causa supuestamente decidido por la Sala Constitucional, habría quedado consolidado, por tanto, el secuestro de la Sala Electoral al pretenderse imposibilitarla para decidir en cualquier caso vinculado a los referendos revocatorios, quedando confiscado el derecho ciudadano a la participación política; y todo ello, mediante decisiones que luego se constató no existían, de la Sala Constitucional la cual, al contrario, tenía por misión asegurar el funcionamiento de los órganos del Poder Público y el ejercicio de los derechos ciudadanos.

Como se dijo, la sentencia de avocamiento que había sido anunciada públicamente por la Sala Constitucional el 31 de marzo de 2004, resultó que no existía o que sólo era un pro-

⁶⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/566-120404-04-0475.htm>

yecto de una decisión que se adoptaría el 12 de abril de 2004 cuando la Sala publicó la sentencia N° 566, sin el Voto Salvado de un de sus Magistrados, avocándose al conocimiento de la causa⁶⁷. El avocamiento entre Salas del Tribunal Supremo, como hemos argumentado, evidentemente que no es procedente, pues ninguna Sala es superior a las otras; por tanto, sólo violando la Constitución podía la Sala Constitucional avocarse al conocimiento de una causa cursante ante otra Sala del Tribunal Supremo, como lo hizo en la sentencia N° 566,⁶⁸ en la cual, además, indicó que ello supuestamente ya tenía como precedente una decisión de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia respecto de una causa que cursaba ante la Sala de Casación Civil en 1999, lo cual era completamente falso.⁶⁹

⁶⁷ El Magistrado Rondón Haaz de la Sala Constitucional, calificaría la sentencia de nula, por haber sido publicada sin su voto salvado, para cuya consignación disponía de cinco días. Véase *Globovisión. Com*, Caracas 15 de abril de 2004.

⁶⁸ El Magistrado Rondón Haaz, en su Voto Salvado a la sentencia, en efecto señaló con razón que: “Determina así, la Ley, que, para la procedencia del avocamiento, debe ser otro Tribunal en donde curse el expediente que será solicitado, lo cual excluye, como es evidente, a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; y no podría ser de otra forma, tanto por la igualdad de jerarquía entre las Salas como por el caos que supondría, para el proceso y los justiciables, que unas Salas pudiesen avocar las causas de las otras”. Véase el texto del Voto salvado en el Voto salvado que presentó a la sentencia N° 628 de 23 de abril de 2004.

⁶⁹ El Magistrado Rondón Haaz, en su Voto Salvado a la sentencia, como antes se ha dicho, calificó de “mendaz la declaratoria de la mayoría sentenciadora”, calificándola como una “violación al Código de Ética del Abogado en que incurrieron los Magistrados que suscribieron la sentencia”, pues la Sala Político Administrativa nunca había decidido avocarse al conocimiento de causa alguna que cursaba ante la Sala de Casación Civil, habiéndose limitado en decisión de 11-11-1999 a solicitarle a la Sala de Casación Civil un expediente sólo para estudiar una solicitud de avocamiento que había formulado el Procurador General

En esta sentencia N° 566, la Sala Constitucional de nuevo justificó su competencia para avocarse en el supuesto carácter de actos de ejecución directa de la Constitución de los dictados por el Consejo Nacional Electoral, y que eran objeto del juicio de nulidad ante la Sala Electoral. La Sala Constitucional para ello, señaló que su propia doctrina sobre su competencia para avocarse del conocimiento de causas (sentencia N° 806 del 24 de abril de 2002, Caso: *Sintracemento*), merecía “ser ajustada a la realidad jurídico-procesal, por cuanto para avocarse al conocimiento de un asunto *se requiere del poder de decisión sobre el fondo o mérito de la causa, y ello porque justamente con el avocamiento se deroga la competencia del juez que conoce, basada en causas que lo justifiquen, siempre que el avocante sea también competente.*”

En consecuencia, para justificar lo injustificable, es decir, la derogación de la competencia de la Sala Electoral como juez natural de la Jurisdicción contencioso electoral, se refirió a su competencia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad que se interpongan contra leyes o actos de los poderes públicos “que se dicten en ejecución directa de la Constitución o que tengan rango de ley”, reiterando el criterio establecido en sentencia N° 2748 del 20 de diciembre de 2001 (Caso: *Fiscal General de la República (Javier Elechiguerra Naranjo)*), en la cual ya se había confundido el criterio para la calificación de dichos actos dictados en ejecución directa de la Constitución. En efecto, en la sentencia N° 566 de 12 de abril de 2004, la Sala citó parcialmente la referida sentencia No. 2748 de 20 de diciembre de 2004, copiando el siguiente extracto donde señaló que el criterio se basaba en:

de la República en unos juicios (Caso *Capriles*), solicitud que luego fue desistida por el Procurador.

“... la forma de cómo un determinado acto jurídico se articula con las normas constitucionales, es decir si su ejecución obedece en primer término a una disposición legal que regula su práctica o si deriva directamente de una norma constitucional que no requiere de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto. Es un hecho bastante generalizado que los derechos fundamentales y la normativa que se refiere a la creación de órganos de los poderes públicos y su habilitación, en la mayoría de las constituciones vigentes en distintos países, son considerados de aplicación inmediata y directa.”⁷⁰

La Sala Constitucional, en dicha sentencia N° 2748, con anterioridad al párrafo citado, había señalado que el hecho de que algunos actos estatales sean dictados *en ejecución directa de normas constitucionales*:

“... significa que la competencia para ejecutar dichos actos esté de tal manera, clara e indubitable, atribuida por la Constitución al órgano ejecutante que no requiera de una ley habilitante que regule su ejercicio y que, la misma Constitución no lo reserve (su ejercicio) a la creación de una ley por el Poder Legislativo.”⁷¹

En realidad, en dicha sentencia la Sala, en efecto, confundió dos principios constitucionales: una cosa es el principio de la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales que en materia de derechos fundamentales o de competencia de los órganos del Poder Público no requieren (pero no excluyen) la existencia previa de leyes para ser aplicadas (este es el criterio desarrollado en la sentencia); y otra cosa es el rango que tiene los diversos actos del Poder Público

⁷⁰ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/566-120404-04-0475.htm>

⁷¹ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 389-390.

en ordenamiento jurídico en relación con la Constitución, en el sentido de que algunos son dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (rango legal) no siendo posible su regulación por ley y otros lo son en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución (rango sub legal).

En efecto, en su sentencia, para impropriamente atribuirse una competencia que no tiene, la Sala Constitucional confundió la noción de actos estatales de ejecución directa e inmediata de la Constitución, con las normas constitucionales de aplicación directa e inmediata. Se insiste, los primeros, los actos de “ejecución directa e inmediata de la Constitución” no sólo no requieren de ley alguna que los regule, sino que constitucionalmente no podría dictarse ley alguna que se interponga entre la norma constitucional y el acto estatal.⁷² Por ello es que se dice que son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, de rango legal conforme a la teoría de la formación escalonada del orden jurídico, que están sometidos al control de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional (Jurisdicción constitucional), ya que no son actos en cuya emisión el órgano respectivo pueda estar condicionado por la ley alguna. Otra cosa son las normas constitucionales de “aplicación directa e inmediata” de la Constitución, que no requieren de ley alguna para su aplicación, pero que no excluyen su necesaria sanción. Los actos que se dicten para ejecutar estas normas son actos ad-

⁷² En materia electoral, con razón, el Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado a la sentencia señaló: “No cabe duda, según el tenor de las normas en cuestión, que la materia electoral debe ser regulada por ley -y no podría ser de otra forma, puesto que atañe al ejercicio de derechos constitucionales como a la participación y al sufragio-, de modo que no se trata de un materia que no requiera de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto; todo lo contrario”.

ministrativos que por ser de rango sub legal están sometidos no sólo a la Constitución sino a la ley, y por eso es que su control corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa a la Jurisdicción contencioso electoral, en su caso.

La Sala Constitucional, muy interesadamente, confundió dichas nociones, pretendiendo aplicar su competencia de control de constitucionalidad respecto de actos administrativos como los dictados por el Consejo Nacional Electoral, basándose en el argumento circunstancial de que “no se ha dictado una ley para regular ninguna de las modalidades “referendarias”, (ignorando de paso, por ejemplo, a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política), llegando entonces a la absurda conclusión -que el Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado calificó como un “dislate”- de que los actos dictados a tales efectos por el Consejo Nacional Electoral serían:

“actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, fundados en el artículo 72 y en la Disposición Transitoria Octava de la Carta Magna. La invocatoria de la Ley Orgánica del Poder Electoral y el mismo artículo 293 constitucional es a los solos efectos de fundamentar la competencia, pero no hay texto legal pre o post-constitucional que regule los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular”.

La Sala Constitucional, luego de “justificar” de esa manera su supuesta competencia para conocer de la nulidad de los actos mencionados del Consejo Nacional Electoral, y de analizar las vicisitudes del caso en el cual la Sala Electoral ratificó su competencia en la materia, decidió avocarse al conocimiento de las causas, con el siguiente argumento:

“Esta Sala atendiendo a la razonabilidad y ponderación de los hechos suscitados con ocasión de las causas sobre las cuales se ha formulado la presente solicitud, y en aras de preservar la correcta administración de justicia,

que conlleva al desarrollo de un proceso donde se garantice la aplicación de los principios y garantías constitucionales, visto que se ha producido al menos en un proceso un desorden procesal en la Sala Electoral que atenta contra el Estado de Derecho y la transparencia de la justicia, juzga pertinente avocarse al conocimiento de las causas señaladas por el solicitante, las cuales resolverá con carácter definitivo. Así se decide.”⁷³

La consecuencia del avocamiento fue la orden a la Sala Electoral de remitirle de inmediato los expedientes respectivos “así como todos los expedientes contentivos de las acciones de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoado contra los actos del Poder Electoral, relativos a los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular”. Además, declaró nula cualquier decisión que en dichos expedientes se hubiera podido haber tomado por la Sala Electoral “a partir de la fecha de recepción de la orden de remisión de los expedientes, comunicada según oficio N° 04-0570 de esta Sala. Además, de lo ya anulado según sentencia de esta Sala N° 442 del 23 de marzo de 2004”. Concluyó la Sala informándole al Consejo Nacional Electoral “que sólo debe acatar las decisiones de esta Sala Constitucional en la materia de que se trata este fallo”, declarando que “la doctrina contenida en el presente fallo tiene carácter vinculante.”

Sobre esto último, por supuesto, salvo para tratar de imponer “a la fuerza” lo resuelto en la sentencia, no se entiende cual es la doctrina vinculante que establece, pues la Sala no “interpretó” en su sentencia norma o principio constitucional

⁷³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/566-120404-04-0475.htm>

alguno, respecto de la cual se pueda identificar su carácter vinculante.⁷⁴

En definitiva, la sentencia N° 566 de la Sala Constitucional, al subvertir principios fundamentales del ordenamiento constitucional como el de la formación del derecho por grado; al subvertir el orden procesal al pretender despojar a la Jurisdicción electoral de sus competencias, pretendiendo convertir a la Sala Electoral en un órgano judicial subordinado, creó un desorden procesal inaceptable y, como lo destacó el Voto Salvado del Magistrado Rondón Haaz, las:

“evidentes contradicciones de dicho fallo y las groseras incongruencias del mismo con los criterios conformantes de la jurisprudencia de la Sala, la divorcian y distancian abismalmente del propósito de uniformidad en la interpretación y aplicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que preceptúa el artículo 335 *eiusdem*.”⁷⁵

Ahora bien, como antes se dijo, el mismo día en el cual la Sala Constitucional publicaba la sentencia N° 566 de 12 de abril de 2004 avocándose al conocimiento de la causa en el juicio de nulidad que había sido intentado por Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo,

⁷⁴ Como lo advirtió el Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado: “El fallo del que se difiere solucionó -en forma por demás desacertada- un caso concreto y analizó la potestad de avocamiento que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia otorga al Tribunal Supremo de Justicia, pero no interpretó el contenido o alcance de norma, principio o valor alguno de rango constitucional, de modo que sus razonamientos para la resolución del caso de autos no gozan del carácter vinculante a que se refiere el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuya finalidad, como revela el título y capítulo de la Constitución en donde se inserta la norma, es la protección y garantía de la Carta Magna”

⁷⁵ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/566-120404-04-0475.htm>

Ramón José Medina y Gerardo Blyde contra el “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona” del 24 de febrero de 2004, y la Resolución N° 040302-131 del 2 de marzo de 2004 del Consejo Nacional Electoral, la Sala Electoral del Tribunal Supremo dictó la indicada sentencia N° 37 de 12 de abril de 2004⁷⁶ en la cual, no sólo anuló dichos actos administrativos, sino que planteó “ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42, numeral 21 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el conflicto de competencia entre esta Sala Electoral Accidental y la Sala Constitucional Accidental.”

La Sala Electoral, en su sentencia, comenzó por analizar como punto previo las irregularidades vinculadas a la supuesta sentencia de la Sala Constitucional de 31 de marzo de 2004 fecha en la cual había anunciado que se avocaba al conocimiento de la causa, al señalar que la Sala había recibido el 1° de abril de 2004 el oficio N° 04-0697 de la Sala Constitucional, del cual se daba cuenta en la Sala Electoral el mismo 12 de abril de 2004, notificándole a la Sala que “el 31 de marzo de 2004, había aprobado una sentencia mediante el cual se había declarado procedente el avocamiento solicitado por el ciudadano Ismael García, de diversas causas expresando además, “...la sentencia aprobada por es[a] Sala declara nula cualquier decisión que en dichos expedientes se haya tomado por parte de es[ta] Sala Electoral Accidental o Principal, a partir de la fecha de recepción de la orden de remisión de los expedientes mencionados, y que fue comunicada a es[ta] Sala según oficio N° 04-0570 emanado de es[a] Sala Constitucio-

⁷⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Abril/37-120404-000037.htm>

nal; además de lo anulado anteriormente según sentencia N° 442 del 23 de marzo de 2004, dictada por es[a] Sala.”.

De lo anterior concluyó la Sala Electoral señalando que:

“...del contenido del mencionado oficio se evidencia, de manera inequívoca, que esa Sala Constitucional Accidental pretende darle a tal comunicación la fuerza ejecutoria de la sentencia de avocamiento que la misma expresa haber dictado el día 31 de marzo de 2004 y que a la fecha no se encuentra publicada, de manera que aún no cumple con los extremos que establece el artículo 247 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante ello la Sala Constitucional Accidental emitió, el miércoles 31 de marzo de 2004, una Nota de Prensa publicada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, constituyendo un hecho público comunicacional, y a pesar de la referida irregularidad procesal, pues vulnera lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, señala que establece doctrina vinculante, obviando que la publicación de los fallos se erige como un requisito *sine qua non* a los fines de que éstos puedan ser considerados como válidos y, en consecuencia, surtir los efectos de ley, evidenciando la clara intención de la Sala Constitucional Accidental de abrogarse una competencia que no le corresponde y sustraer con ello a esta Sala Electoral -natural y Accidental- del conocimiento de todas las causas relacionadas con “...los procesos de referendos de mandatos de cargos de elección popular.”⁷⁷

La Sala Electoral, por otra parte, rechazó y negó que existiera en la causa un supuesto “desorden procesal”, acusando a la Sala Constitucional de pretender con dicha orden”:

⁷⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Abril/37-120404-000037.htm>

“...construir un imaginario desacato por parte de esta Sala Electoral, (que) no tiene sustento legal alguno que avale su procedencia, ya que su pretendido fundamento es una sentencia inexistente por la indebida constitución del órgano y por la omisión de las firmas de todos los Magistrados, de lo cual da fe el Comunicado que el Presidente de la Sala Constitucional emitió en vista de la diligencia suscrita por los Magistrados Antonio García García y Pedro Rondón Haaz. En efecto, en dicho Comunicado el Magistrado Iván Rincón Urdaneta reconoce que se le “*advirtió*” al Magistrado Antonio García García que la sentencia ya estaba aprobada por los Magistrados Iván Rincón, José Delgado Ocando y Jesús Eduardo Cabrera, que “*...se le entregó el texto escrito firmado ya por los tres magistrados que lo aprobaron*”, sin que a la presente fecha esta situación hubiere sido “aclarada” por los organismos competentes, toda vez que en la misma se discute la veracidad de las afirmaciones que expresan unos y otros Magistrados de igual jerarquía.”⁷⁸

Finalmente, la Sala Electoral Accidental reafirmó su competencia para conocer de todas las acciones interpuestas, razón por la cual pasó a decidir la causa”, analizando separadamente el Instructivo y la Resolución impugnados.

En cuanto al “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona”, la Sala Electoral comenzó por precisar que el mismo había sido dictado por el Consejo Nacional Electoral conforme “*...las atribuciones que le confieren los artículos 1, 5 y los numerales 1, 4 y 33 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, y en general, con base en las Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Po-*

⁷⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Abril/37-120404-000037.htm>

pular...”. Las primeras normas, conforme al análisis de la Sala “no atribuyen, de manera directa, al Consejo Nacional Electoral la atribución para dictar el Instructivo bajo estudio”, y en cuanto al artículo 33 de la Ley Orgánica, su ordinal 33 le atribuye al Consejo la competencia para “*establecer las directrices vinculantes a sus órganos subordinados y a las oficinas regionales electorales.*”. Conforme a esa base legal, la Sala concluyó señalando, con razón, que el Instructivo, “como su nombre lo indica, es un acto de carácter interno, dictado por el máximo órgano electoral, cuya eficacia está limitada a su acatamiento por parte del Comité Técnico Superior -órgano este jerárquicamente inferior a aquél- a quien está dirigido”; y que como todos los actos de carácter interno “tienen como característica general que carecen de valor normativo, pues no son actos externos y no son vinculantes para los administrados, en consecuencia, no surgen de ellos derechos en la esfera de los administrados, ni a través de los mismos se puede incidir, legítimamente, sobre su esfera jurídica subjetiva, lo cual no obsta para que, en algunos casos y siendo esto contrario a derecho, puedan afectar dicha esfera jurídica subjetiva”. Precisamente, por la naturaleza del Instructivo, la Sala Electoral consideró que mediante el mismo no podía “afectarse la esfera jurídica subjetiva de los ciudadanos cuyas “firmas o solicitudes” se vean involucradas en la interpretación que se hace en dicho Instructivo (firmas cuyos datos han sido escritos con caligrafía similar).”

Sentado lo anterior, la Sala Electoral pasó a analizar si el contenido del Instructivo aplicaba e interpretaba de manera correcta, lo dispuesto en los artículos 29, numeral 5 de las “Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, y los numerales 1 y 3 de las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los

Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular”. Del análisis de dichas normas, la Sala concluyó señalando:

“Lo anterior le permite a este sentenciador concluir, *prima facie*, que lo que exige el legislador en el numeral 5 del artículo 29 de las Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular es que no exista mas de una firma o rúbrica proveniente de la misma persona para que ésta pueda ser considerada fidedigna y, en consecuencia válida, debiendo entenderse, en primer término, que lo que se pretende evitar, con tal disposición, es que una persona suscriba mas de una manifestación de voluntad (que se expresa mediante la firma y la huella dactilar), *lo cual no guarda relación alguna con el llenado de los datos del firmante en la planilla*, cuya única exigencia normativa para determinar su validez -contenida en el numeral 1 del mismo artículo 29- es que entre ellos (nombre y apellido, cédula de identidad y fecha de nacimiento) exista congruencia, a efectos de constatar, de manera cierta, la identificación del ciudadano que, con su firma y su huella dactilar -como únicos elementos determinantes de la manifestación de voluntad exigidos por la norma bajo análisis-, suscribe la solicitud correspondiente, y su condición de elector. Ello se confirma con lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 28 de las referidas Normas, los cuales establecen que para verificar los datos de los electores contenidos en la solicitud, los mismos se transcribirán y serán confrontados con los datos del Registro Electoral “...a los fines de establecer su condición de elector en la circunscripción correspondiente.”, igualmente, y a efectos de ratificar esta interpretación, es indispensable referirse a lo establecido en el numeral 2 del artículo 3 de las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de

Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular” que establece que una “*firma*” no se considerará válida “*cuando carezca de la firma o de la huella dactilar del elector.*”, lo que lleva, inevitablemente, a colegir que los datos pueden estar impresos en la planilla pero lo que determina su validez como solicitud es la existencia de la firma y la huella, como elementos determinantes para considerar perfeccionada la manifestación de voluntad de la persona a quien corresponden los datos y que le otorgan el atributo de personalísima a la solicitud...

Determinado todo lo anterior, esta Sala considera que el espíritu de la disposición contenida en el numeral 5 del artículo 29 de las Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, está dirigido a establecer, como causa de invalidez de la solicitud, el que más de una firma provenga de una misma persona, lo cual está referido, sin dudas, a que una misma persona efectúe más de una solicitud para la misma convocatoria a referendo revocatorio de mandato de cargo de elección popular. Tal disposición se complementa con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 3 de las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular” que establece, como causal de invalidez de la firma, “*4.- Cuando los datos y las firmas aparezcan repetidas, caso en el cual quedarán todas invalidadas*”, sin que pueda entenderse, como pretende interpretar el órgano electoral mediante el Instructivo cuya nulidad ha sido solicitada, que el espíritu de esa norma está orientada a considerar que el llenado de los datos de diferentes ciudadanos en la planilla -que no la firma y la huella dactilar- por una misma persona equivale a que tal solicitud ha sido suscrita varias veces por esa persona, y proceder, entonces, a encuadrarlas dentro del supuesto de invalidez previsto

en el numeral 5 del artículo 29 tantas veces referido, y, en consecuencia, calificarlas de “firmas bajo observación” por el solo hecho de haber sido llenados los datos por una misma persona, aunque la firma y la huella dactilar hayan sido estampadas por los ciudadanos a quienes realmente tales datos corresponden, lo cual no sólo resulta absurdo sino totalmente contrario a lo que la norma interpretada quiso sancionar con la invalidez y que, como se dijo, se contrae a la realización de varias solicitudes efectuadas por un mismo ciudadano o ciudadana para convocar a un mismo referendo revocatorio de mandato de cargo de elección popular...

Esta Sala, en virtud de todas las anteriores consideraciones, observa que la equiparación que el Consejo Nacional Electoral hace en el “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona” entre firma y huella, por una parte, y los datos, por la otra, para imponerle a estos últimos las condiciones exigidas en el numeral 5 del artículo 29, con el fin de aplicar a las solicitudes que se encuentren en el supuesto de hecho contenido en el criterio establecido en el Instructivo que se analiza (datos escritos con caligrafía similar) las consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia de la mencionada norma (su invalidación por no considerarse fidedignas) produce efectos jurídicos no perseguidas por dicha norma, lo que implica, de suyo, su total contrariedad con el espíritu que la inspira y que busca la autenticidad de la manifestación de voluntad expresada por el ciudadano o ciudadana que la suscribe, lo que hace a dicho instrumento ilegal por su contrariedad a la disposición que le sirve de base, y que, por tanto, determina su nulidad. Así se declara.”⁷⁹

⁷⁹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Abril/37-120404-000037.htm>

La Sala, además, precisó sobre el carácter personalísimo de la solicitud de referendo revocatorio, que tal carácter “sólo es capaz de proporcionarlo la firma y la huella dactilar que son, justamente, los elementos previstos en la normativa aplicable para imprimirle a los datos tal carácter.”

De todo lo anterior, la Sala Electoral concluyó señalando respecto del Instructivo que el mismo había impuesto

“A los ciudadanos, cuyas solicitudes se encuentran en ese supuesto de hecho, una carga no prevista por la norma, al colocarlas “bajo observación”, justificándola en su imposibilidad o incapacidad para verificar los requisitos impuestos en dicha normativa (firma y huella dactilar) creando, mediante un criterio interpretativo contenido en un acto interno, condiciones de validez no establecidas en la norma interpretada y que, como se dijo antes, traen consigo consecuencias jurídicas contrarias a su espíritu, y que indirectamente inciden en la esfera jurídica subjetiva de los solicitantes del Referéndum Revocatorio del mandato de Presidente de la República, lo cual conduce a este sentenciador a declarar la nulidad por ilegalidad del “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona”, y así se decide.”⁸⁰

En cuanto a la Resolución, la Sala Electoral consideró que al haberse dictado parcialmente “con fundamento en el criterio de interpretación impartido al Comité Técnico Superior mediante el referido Instructivo, tal motivación resulta suficiente para declarar la consecuente nulidad de dicha Resolución. Así se decide.”

⁸⁰ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Abril/37-120404-000037.htm>

La Sala Electoral, por último, se refirió a la decisión que contenía la Resolución anulada, de invalidar 39.060 planillas no recogidas en Actas de Cierre, considerándola lesiva de los derechos de los recurrentes, pues los vicios que se les imputaban eran “vicios que si bien las hacen nulas conforme a dicha norma, constituyen causales de invalidación no imputables a los firmantes contenidos en tales planillas, pues consisten en errores o vicios atribuibles a los funcionarios designados por el Consejo Nacional Electoral”; concluyéndola Sala que:

“En virtud de ello, y no resultando posible ni admisible en derecho que las consecuencias que se deriven de errores de la administración le sean imputadas a los particulares, esta Sala considera necesario restituir los derechos vulnerados mediante tal decisión, ordenando al Consejo Nacional Electoral la aplicación, a tales planillas, de lo dispuesto en el artículo 31 de las Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, por considerar que las mismas encuadran en el supuesto de hecho previsto en el primer aparte de dicho artículo, por tanto, el máximo órgano electoral deberá aplicar a las mencionadas planillas la consecuencia jurídica prevista en la norma referida que establece la posibilidad de someter al procedimiento de reparo las solicitudes contenidas en las 39.060 planillas relacionadas en el literal C de la mencionada resolución, a fin de que tales ciudadanos puedan ratificar su voluntad de solicitar la convocatoria de un referendo revocatorio presidencial. Así se decide.”⁸¹

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, la Sala Electoral, en su sentencia, concluyó declarando con lugar el recurso contencioso electoral que habían interpuesto con-

⁸¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Abril/37-120404-000037.htm>

juntamente con acción de amparo cautelar, los ciudadanos Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo; Ramón José Medina y Gerardo Blyde, anulando, en consecuencia, el “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona” y la Resolución N° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, dictada por el Consejo Nacional Electoral.

En virtud de ello, la Sala Electoral ordenó al Consejo Nacional Electoral, *primero*, validar las firmas colocadas “bajo observación” relacionadas en el literal “h” del Primer Resuelve de la Resolución anulada, y que alcanzaba el número de 876.017, “dentro del lapso de cinco (5) días continuos siguientes a la notificación de la presente decisión”; *segundo*, aplicar a tales solicitudes el procedimiento de reparo conforme a lo establecido en el segundo aparte del artículo 31 de las Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorios de mandatos de cargos de elección popular, “a los fines de que los ciudadanos que manifiesten no haber firmado soliciten su exclusión, dentro del lapso de cinco (5) días continuos siguientes a la notificación de la presente decisión”; *tercero*, incluir en el proceso de reparo a ser convocado, a los electores firmantes contenidos en las 39.060 planillas que habían sido invalidadas por dicho órgano electoral, con fundamento en lo establecido en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular, conforme lo dispone el primer aparte del artículo 31 de las Normas para regular los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular, “dentro del lapso de cinco (5) días continuos siguientes a la notificación de la presente decisión”; *cuarto*, procediera a efectuar el pro-

cedimiento de reparo en el lapso establecido en el artículo 31 de las citadas Normas “y luego de realizado éste procedimiento, y de existir al menos el veinte por ciento (20%) de solicitudes válidas, proceda a convocar el referéndum revocatorio a que se refiere el presente fallo, en el lapso establecido en el artículo 33 de dichas Normas.”

Finalmente, la Sala Electoral, en virtud de la decisión que había anunciado la Sala Constitucional el 31 de marzo de 2004, planteó “ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42, numeral 21 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el conflicto de competencia entre esta Sala Electoral Accidental y la Sala Constitucional Accidental”. Como hemos dicho, esa norma atribuye competencias a las Salas de Casación Civil y Penal para dirimir conflictos entre tribunales de sus jurisdicciones, pero no a la Sala Plena.

La sentencia N° 37 de la Sala Electoral, como se dijo, se publicó a las 9:45 a.m. del día 12 de abril de 2004. Ese mismo día, como se ha analizado anteriormente, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 566 (publicada irregularmente sin el Voto Salvado del Magistrado Rondón Haaz)⁸² resolvería avocarse al conocimiento de la causa.

Pero cabía preguntarse: ¿Cuál causa? ¿Una donde ya existía sentencia definitivamente firme como la antes comentada de la Sala Electoral? La Sala Constitucional, por ello, también decidiría en su sentencia de avocamiento, que “Se declara NULA cualquier decisión que en dichos expedientes se haya tomado por la Sala Electoral Accidental o Principal, a partir de la fecha de recepción de la orden de remisión de los expedientes, comunicada según oficio N° 04-0570 de esta

⁸² Véase el reportaje de Juan Francisco Alonso en *El Universal*, Caracas 15 de abril de 2004³

Sala”. La Sala Constitucional, además, en su sentencia de avocamiento reiteraría “lo ya anulado según sentencia de esta Sala N° 442 del 23 de marzo de 2004”, es decir, la nulidad de la sentencia de la Sala Electoral dictada al decidir la medida cautelar de amparo en la misma causa; decisión que, por lo demás, se podía considerar que había cesado en sus efectos ese mismo día, al haber la Sala Electoral dictado la sentencia definitiva en la causa.

Lo cierto, en todo caso, es que, por una parte, el Consejo Nacional Electoral había continuado el proceso de elaboración del reglamento destinado a regular los procedimientos de “reparos” de las firmas o solicitudes del referendo revocatorio, cuyo texto había venido discutiendo con los diversos “actores” de los diversos procedimientos de referendos revocatorios, tanto del oficialismo como de la oposición⁸³, a pesar de la anulación judicial por la Sala Electoral de los actos del Consejo Nacional Electoral que exigían los reparos de las firmas rechazadas en el referendo revocatorio presidencial⁸⁴; y por la otra, para el día 15 de abril de 2004, ya se anunciaba en la prensa que la Sala Constitucional anularía la sentencia definitiva de la Sala Electoral⁸⁵ con motivo de decidir sobre las

⁸³ En la prensa del día 20 de abril de 2004, el Presidente de la Junta Electoral Nacional, Jorge Rodríguez anunciaba que el proceso de consultas había concluido y que el Reglamento sería aprobado ese día. Véase *El Universal*, Caracas 20 de abril de 2004.

⁸⁴ Por ello, con razón, Hermán Escarrá advertía sobre la incongruencia que resultaba que se estuviese discutiendo y negociando sobre los reparos cuando había una sentencia definitiva que había anulado los actos del Consejo Nacional Electoral. Esto, dijo, “nos puede colocar a nosotros en contumacia frente a una sentencia que ha ordenado que las más de 800 mil firmas sean sumadas aritméticamente, cuya consecuencia inmediata no es otra que la convocatoria del referendo revocatorio presidencial”. Véase en *El Universal*, Caracas 16 de abril de 2004.

⁸⁵ En el reportaje de Juan Francisco Alonso, se indicaba que “La invalidación se producirá bajo el argumento de que la instancia que inter-

solicitudes de “aclaratoria” de la sentencia N° 566 de 12 de abril de 2004, que habían sido formuladas por el Consejo Nacional Electoral y el denominado Comando Ayacucho. El viernes 16 de abril de 2004, desde la Secretaría de la Sala Constitucional se informaría a la prensa que “la invalidación había sido acordada” y uno de los conjueces “había confirmado el anuncio a los representantes de los medios de comunicación”⁸⁶; y el martes 20, diputados de la oposición solicitarían a la Sala Electoral procediera a la ejecución forzosa de su sentencia⁸⁷.

preta la Carta Magna es la única competente para conocer los casos relacionados con los referendos, debido a la ausencia de un instrumento legal que los regule y que los magistrados Alberto Martini, Rafael Hernández y Orlando Gravina (suplente de Luis Martínez) des-
acataron a la Constitucional cuando se pronunciaron sobre la validez de las llamadas rúbricas asistidas, aun cuando se lo habían prohibido”, *El Universal*, Caracas 15 de abril de 2004.

⁸⁶ . Sin embargo, como lo reseñó el periodista Juan Francisco Alonso: “Pero a las 2:30 p.m. De La Hoz corrigió la versión: “Cuenta con la aprobación de cuatro magistrados, pero no ha sido aprobada”. Aseguró que todo se debió “a una confusión” y ofreció disculpas a los periodistas... Por su parte, el conjuez Vadell afirmó que el fallo había contado con su respaldo y con el de los magistrados Rincón y Cabrera. Del mismo modo aseguró que el magistrado Pedro Rondón Haaz había participado en la reunión y que había salvado su voto”. Véase en *El Universal*, Caracas 17 de abril de 2004.

⁸⁷ El Diputado Gerardo Blyde informaría que: “una vez vencido el plazo de cinco días -que la propia decisión establecía como lapso para cumplir con el dictamen-, el TSJ debe emplazar al ente comicial a decir cuáles han sido sus gestiones para acatar la medida. / “Una vez que sea recibido el informe o si no es recibido en el CNE, entonces solicitaremos la ejecución forzosa y los siguientes pasos que, en este proceso de ejecución de sentencia, vamos a continuar ante la Sala Electoral”, dijo el dirigente de la tolda amarilla. / El diputado también solicitó formalmente ante la Sala Constitucional que -hasta no decidirse el conflicto de competencias planteado ante la Sala Plena- se abstenga de producir nuevas decisiones respecto al avocamiento del caso de las firmas. / Tras una visita a la secretaria de la Sala Plena, Blyde pudo confirmar que el caso del conflicto de competencias está siendo enviado del Juzgado de Sustanciación a la cuenta de la Sala para nom-

El dilema que se planteaba en esa situación y en ese momento era diabólico para la oposición: si hubiera aceptado ir al procedimiento de reparos de solicitudes del referendo presidencial, conforme al Reglamento que aprobara el Consejo Nacional Electoral, ello hubiera podido significar no sólo el desconocimiento por la propia oposición de la sentencia de la Sala Electoral que había anulado tal exigencia de ir a reparos de firmas o solicitudes, en cuyo caso, la Sala Constitucional no tendría apremio alguno en hacer efectiva la anunciada anulación de dicha sentencia, sino la aceptación de la confiscación que se había producido del derecho ciudadano a solicitar la realización de un referendo revocatorio presidencial. Si la oposición, en cambio, se negaba a ir al procedimiento de reparos de solicitudes, alegando que la sentencia de la Sala Electoral surtía plenos efectos ya que no había sido anulada por la Sala Constitucional, entonces la propia oposición hubiera sido la que habría renunciando a ejercer tales derechos de reparos en la “oportunidad” que fijare el Reglamento. Una vez que ello ocurriera, quedaba siempre la posibilidad de que la Sala Constitucional anularía con efectos *ex tunc* la sentencia de la Sala Electoral, con lo que confirmaría que las decisiones del Consejo Nacional Electoral nunca habrían perdido vigencia, y habiendo la oposición entonces renunciado a ejercer los reparos, el referendo revocatorio presencial no se llegaría a realizar.

El dilema, sin embargo, no llegaría a plantearse efectivamente en esos términos, y sería simplificado por la Sala Constitucional el 23 de abril de 2004, mediante la sentencia N°

brar ponentes, de modo que ya se estaría aproximando una decisión al respecto”. Véase en *El Universal.com*, Caracas, 20 de abril de 2004.

628⁸⁸ dictada con ocasión de decidir las solicitudes de aclaratoria que se le habían formulado respecto de la sentencia N° 566 de 12 de abril de 2004 mediante la cual se había avocado al conocimiento de la causa; con la cual volvió a secuestrar a la Sala Electoral, negándole sus competencias y declarando nulas de nulidad absoluta sus decisiones, y negando, además, de antemano, las posibles competencias de la Sala Plena del mismo Tribunal Supremo.

En la sentencia N° 628 de 23 de abril de 2004, en efecto, la Sala Constitucional Accidental resolvió (declarándolas improcedentes) las solicitudes de aclaratoria de la sentencia N° 566 de “31 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril de 2004”, en la cual se había declarado procedente el avocamiento solicitado por el ciudadano Ismael García, en su carácter de representante del Comando Nacional de Campaña Ayacucho”; y que le había sido solicitada tanto el apoderado del Consejo Nacional Electoral como el mismo solicitante inicial, Ismael García; señalando lo siguiente:

En primer lugar, que no existían:

“...dudas acerca de la actuación irregular de la Sala Electoral Accidental, a partir del 11 de marzo de 2004, fecha en la cual esta Sala hizo el requerimiento de todos los expedientes antes indicados; de modo que, tal y como se expresó en la motiva del fallo objeto de la presente aclaratoria, se produjo un desorden procesal y una serie de infracciones constitucionales que conllevaron a que “...Se declara(ra) nula cualquier decisión que en dichos expedientes se haya tomado por la Sala Electoral Accidental o Principal, a partir de la fecha de recepción de la orden de remisión de los expedientes, comunicada según oficio N° 04-0570 de esta Sala. Además, de lo ya

⁸⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/628-230404-04-0475.htm>

anulado según sentencia de esta Sala N° 442 del 23 de marzo de 2004”, y por ende es **nula** de nulidad absoluta y por lo tanto **carente de efectos jurídicos** la sentencia N° 37 dictada por la Sala Electoral Accidental el 12 de abril de 2004. Así se decide.”

En segundo lugar, en relación con las decisiones que debía acatar el Consejo Nacional Electoral que la Sala Constitucional, en su sentencia, había dicho que en materia referendaria eran sólo las dictadas por dicha Sala Constitucional, esta ratificó el criterio de que *“la materia referendaria atiende a una Ley especial que no se ha dictado, motivo por el cual lo que a ella se refiere es ejecución directa del artículo 72 constitucional”*, siendo dicha materia de su competencia exclusiva, aclarando que:

‘...la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (publicada en Gaceta Oficial N° 5.223 Extraordinario del 28 de mayo de 1998) que es pre-constitucional, si bien contiene un conjunto de normas que se refieren a “referendos”, las mismas como se desprende de su texto (véase, Título VI “De los Referendos”) no se compadecen con los referendos contemplados en la Constitución de 1999 (v. artículos 181 y 185 de la Ley citada), y por tanto no tiene aplicación dicha Ley en los procesos referendarios actuales.

Ahora bien, sin negar la competencia que esta Sala Constitucional ha reconocido a la Sala Electoral en la materia propia que le asigna la Constitución, no pueden confundirse las normas sobre elecciones (sean éstas o no populares), de las normas que regulan los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular, las cuales no han sido consagradas aún expresamente en una ley. Por ello, independientemente de la jurisdicción contencioso electoral que ejerce como antes se apuntó la Sala Electoral a través del conocimiento de determinadas acciones, lo relativo a la mate-

ria referendaria en cuanto a los actos del ente electoral destinados al desarrollo concreto del derecho a referendo, por ser, actualmente, ejecución directa e inmediata del Texto Constitucional compete única y exclusivamente a esta Sala Constitucional.”

En tercer lugar, en relación con el “carácter vinculante” que la Sala Constitucional había atribuido a lo resuelto en su sentencia N° 566 conforme al artículo 335 de la Constitución, la Sala señaló que:

“Las interpretaciones que efectúe esta Sala Constitucional son vinculantes para los tribunales de la República y para las otras Salas que conforman este Alto Tribunal (esto es, Sala Político-Administrativa, Sala Electoral, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Penal, Sala de Casación Social y Sala Plena inclusive, pues la norma en referencia no la excluye y más bien a ella hace referencia el artículo 262 constitucional cuando se refiere al funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia).”

De ello, la Sala señaló que “cualquier decisión que contraría lo sostenido en tal doctrina es inconstitucional y por ende objeto de revisión por parte de esta Sala”, por lo cual:

“Al haberse declarado procedente el avocamiento solicitado por el ciudadano *Ismael García*, no existe la incertidumbre planteada, ya que lo ordenado por esta Sala Constitucional en la sentencia objeto de la presente aclaratoria no puede ser alterado, mucho menos considerando un supuesto conflicto de competencia ante la Sala Plena de este Alto Tribunal en una sentencia nula de nulidad absoluta como lo es la N° 37 de la Sala Electoral Accidental del 12 de abril de 2004 (véase punto N° 7 del dispositivo), pues reiterando lo antes dicho, la doctrina contenida en la sentencia N° 566 aprobada por esta Sala el 31 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril de 2004 tiene carácter vinculante y por tanto debe ser aca-

tada por las demás Salas de este Tribunal y por los demás tribunales de la República. Así se decide.”⁸⁹

Después de haber “decidido” sobre todas las cuestiones antes indicadas, sin embargo, la Sala Constitucional concluyó señalando que no tenía nada que aclarar, ya que supuestamente no existían puntos dudosos u oscuros en la sentencia N° 566 del 12 de abril de 2004, razón por la cual declaró improcedentes las aclaratorias solicitadas.

En esta forma, la Sala Constitucional, con la excusa de declarar improcedentes las aclaratorias que se le solicitaron respecto de la sentencia N° 566 de 12 de abril de 2004, no sólo cambió la fecha de dicha sentencia al señalar que no era del 12 de abril de 2004 sino del “31 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril de 2004”, sino que decidió sobre una materia que no se le había solicitado declarando que la sentencia de la Sala Electoral N° 38 de esa misma fecha de 12 de abril de 2004, era una “sentencia nula de nulidad absoluta”; y además, de paso, habría sentado el criterio de que las sentencias de la Sala Plena también serían revisables por la Sala Constitucional si se apartaban de sus “interpretaciones vinculantes”, lo cual sería un disparate, pues los Magistrados de la Sala Constitucional son también miembros de la Sala Plena.

El Magistrado Rondón Haaz salvó su voto en relación con dicha decisión, en cuyo texto materialmente transcribió su Voto salvado a la sentencia N° 566 de la Sala Constitucional que antes se ha comentado y que no había sido publicado con la misma, agregando sin embargo, que:

“Por otra parte, no consta que la sentencia N° 566, que, en todo caso, es la que pudo sustraer a la Sala Electoral el conocimiento de la causa, haya sido notificada a dicha

⁸⁹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/628-230404-04-0475.htm>

Sala antes de que dictara la sentencia N° 37. Si, como lo apuntó la Sala Constitucional en la decisión N° 566 (*Consideraciones para Decidir*, punto 3.-), la remisión del expediente no era necesaria para la decisión sobre el avocamiento, ningún sentido tenía ordenar la paralización de una causa (mediante decisión inexistente por carecer de las firmas de dos Magistrados, como se razonará *infra*), cuyo conocimiento no había asumido todavía la Sala Constitucional.”

Además, el Magistrado disidente advirtió con razón, que la “sentencia aclaratoria, a pesar de que declara la improcedencia de las solicitudes de aclaración, innovó respecto del fallo a que se refiere, en violación del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil”, señalando entre otros aspectos, lo siguiente:

“Es incomprensible que se desestimen las solicitudes de “aclaratorias” que fueron examinadas, y, a la vez, la Sala Constitucional declare la nulidad de la sentencia N° 37 de la Sala Electoral, que fue pronunciada después del fallo N° 566 de aquella, a pesar de que la nulidad “declarada” se refirió, con absoluta indeterminación, a cualquier decisión que “*se haya tomado por la Sala Electoral Accidental...*”, es decir, incluso las que ya habían sido pronunciadas el 12 de abril de 2004, cuando se dictó el pronunciamiento N° 566. Ni siquiera mediante una solicitud de ampliación era procedente la nulidad de la sentencia N° 37 de la Sala Electoral, porque no formó parte del *thema decidendum* respecto de la petición de avocamiento y, por ende, del dispositivo del fallo N° 566 de la Sala Constitucional.”⁹⁰

En esta forma, la posibilidad de realización del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, con-

⁹⁰ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/628-230404-04-0475.htm>

forme a las solicitudes que se habían formulado ante el Consejo nacional Electoral, quedaba sometida a lo que había resuelto el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución N° 040302-131 del Consejo Nacional Electoral de 2 de marzo de 2004, complementada con las *Normas que tienen por objeto regular la fase de reparo* aprobadas el 20 de abril de 2004. Con ello, el referido procedimiento de “reparo” se había convertido en un “tercer firmazo” con menos posibilidades y con menos días, sometiéndose a los ciudadanos a intensas presiones políticas y gubernamentales, pues en definitiva, lo que constitucionalmente era el simple ejercicio de un derecho ciudadano de peticionar, a los ojos y oídos del poder político y del Gobierno se había convertido en una afrenta contra el Presidente de la República y contra todos los órganos del Estado, dispuestos a vengarla contra más de tres millones de venezolanos que habían osado solicitar la convocatoria de un referendo, y que quedaban marginados de toda posible relación con el Estado, incluso para el ejercicio de sus más elementales derechos.⁹¹.

En todo caso, conforme a la sentencia N° 566 de 12 de abril de 2004, lo que puede decirse, aparte de todas las inconstitucionalidades antes comentadas, es que fue el inicio de la doctrina de la posibilidad para la Sala Constitucional de avocarse al conocimiento de procesos que cursen en otras Salas, pero limitada a que se haga “en aras de mantener la supremacía constitucional,” cuando en los mismos se “*contraríe*

⁹¹ Sobre todo lo anteriormente expuesto, véanse los comentarios a dichas sentencias en Rafael Chavero G. (Coordinador), *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*, Editorial Aequitas. Caracas 2004; y Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional Versus El Estado Democrático de Derecho. El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional Colección Ares, Caracas 2004, pp. 136 ss.

los postulados constitucionales,” y “siempre que “siempre que el objeto de dichas causas se refieran a violaciones directas e inmediatas de la Constitución.” De manera que lo único innovativo de esta decisión en materia de avocamiento, en realidad, fue permitir que la Sala Constitucional se pudiera avocar al conocimiento de causas que cursen ante otras Salas del propio Tribunal Supremo, pero siempre conservando el principio de la afinidad de la competencia, por razón de la materia, en el caso concreto, para preservar los postulados constitucionales, garantizar la supremacía constitucional y en casos de violaciones directas a la Constitución. Es decir, la Sala consideró que cuando se tratase de “garantizar la supremacía constitucional, conforme al Estado de derecho y de justicia”, y “constatada una situación que contraríe los postulados constitucionales,” entonces debía avocarse al conocimiento del asunto, “sin importar que se trate de una Sala de este Tribunal quien conoce la causa, siempre que haya necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución.”

Un último comentario sobre la sentencia N° 566 y es que en la misma, la Sala Constitucional se avocó sin haber tenido a su vista el expediente del juicio avocado, considerando la sala que no se precisaba “en este caso el expediente de la causa cursante en la Sala Electoral para el avocamiento aquí solicitado, pues es un hecho notorio comunicacional que lo debatido en el mismo así como en otros casos que tienen igual contenido, cursantes en la Sala Electoral, es un asunto de interés nacional”.

V

LAS PREVISIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2004, FORMALIZANDO LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO POR PARTE DE TODAS LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, Y LA COMPETENCIA EXCEPCIONAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL, RESPECTO DE CAUSAS CURSANTES ANTE LAS OTRAS SALAS

La doctrina jurisprudencial sentada por la Sala Constitucional hasta 2004, tanto en materia de consagración de la potestad de todas las Salas, y no sólo de la Sala Político Administrativa, para avocarse al conocimiento de causas que cursaban ante los tribunales de instancia (inferiores), como en cuanto a la consagración de la competencia de la Sala Constitucional para avocarse al conocimiento de causas que cursaban ante otras Salas del mismo Tribunal Supremo fue recogida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.⁹²

⁹² Publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.942 de 19 de mayo de 2004. Sobre dicha Ley orgánica, véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. El Tribunal Supremo de Justicia y los procesos y procedimientos constitucionales y contenciosos administrativos*, Colección Textos Legislativos, N° 28, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

En dicha Ley Orgánica, en efecto, *en primer lugar*, conforme a su artículo 5, párrafo 1º, 48, se le asignó competencia de todas las Salas para poder avocarse al conocimiento de causas que cursen en otros tribunales, así:

“Artículo: 5. P1. 48. Solicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente.”

Además, el artículo 18 de la misma Ley Orgánica del Tribunal Supremo, estableció lo siguiente:

“Cualesquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia en las materias de su respectiva competencia, de oficio o a instancia de parte, **con conocimiento sumario de la situación**, podrá recabar de cualquier tribunal de instancia, en el estado en que se encuentre, cualquier expediente o causa, **para resolver si se avoca, y directamente asume el conocimiento del asunto, o, en su defecto lo asigna a otro tribunal.**

Esta atribución deberá ser ejercida con suma prudencia y sólo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido.

La Sala requerida **examinará las condiciones concurrentes de procedencia del avocamiento**, en cuanto que el asunto curse ante algún tribunal de la República, independiente de su jerarquía y de especialidad, que la materia vinculada sea de la competencia de la Sala, sin importar la etapa o fase procesal en que éste se encuentre, así como las irregularidades que se alegan hayan sido oportunamente reclamadas sin éxito en la

instancia a través de los recursos ordinarios. *Al admitir la solicitud de avocamiento, la Sala oficiará al tribunal de instancia, requiriendo el expediente respectivo, y podrá ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa y la prohibición de realizar cualquier clase de actuación.* Serán nulos los actos y las diligencias que se dicten en desacuerdo por el mandamiento de prohibición.

La sentencia sobre el avocamiento la dictará la Sala competente, la cual podrá decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente por la materia, así como adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido.”

En consecuencia, conforme a estas normas, se atribuyó legalmente a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, y no sólo a la Sala Político Administrativa, se entiende que en las materias afines a la respectiva competencia natural de cada Sala, la potestad de recabar de cualquier “otro tribunal” distinto del Tribunal Supremo, es decir, de los tribunales de instancia, *de oficio o a instancia de parte*, con conocimiento sumario de la situación, cualquier expediente o causa en el estado en que se encuentre, para resolver si se avoca y directamente asumir el conocimiento del asunto o, en su defecto lo asigna a otro tribunal (Artículo 18, párrafo 11º).

La gran innovación legislativa, en esta Ley Orgánica de 2004, fue la previsión excepcionalísima de la potestad de actuación de oficio de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, con lo cual quedaron autorizadas para avocarse de oficio de las causas mencionadas, sin requerimiento o solicitud de las partes en el proceso respectivo.

Por ello, sobre las repercusiones de esta atribución generalizada de competencia, y este poder de actuación de oficio, la propia Ley Orgánica de 2004 fue muy cuidadosa en establecer expresamente que la misma debía ser ejercida, como lo indicó el artículo 18.12 de la misma, “con suma prudencia”:

“y sólo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido.”

En estos casos, la Ley Orgánica prescribió un procedimiento en dos etapas: primero, la *admisión* del trámite de avocamiento, fuera de oficio, o a solicitud de parte, en cuyo auto la Sala debía oficiar al tribunal de instancia, requiriendo el expediente respectivo, pudiendo ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa y la prohibición de realizar cualquier clase de actuación; considerándose nulos los actos y las diligencias que se dicten en desacuerdo por el mandamiento de prohibición (Art. 18, párrafo 13º); y segundo, la sentencia de avocamiento que debía resultar en una decisión con sólo dos opciones: primero, la decisión de avocarse al conocimiento de la causa “y directamente asumir el conocimiento del asunto” hasta la decisión definitiva del proceso; y segundo, “en su defecto,” decidir asignarlo “a otro tribunal,” es decir, “ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente por la materia” (Artículo 18, párrafo 11º). En ambas opciones, conforme al mismo artículo 18, párrafo 11 de la Ley Orgánica de 2004, la Sala competente, podía “decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos [...], así como adoptar cualquier medida

legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido” (Art. 18, párrafo 14º).

El avocamiento por parte de todas las Salas del Tribunal Supremo, por supuesto, a pesar de ser contrario a las garantías judiciales del juez natural y del debido proceso en general, sin embargo, podía considerarse como un instrumento procesal de primera importancia para precisamente asegurar esos derechos cuando han sido violados, garantizar la justicia en procesos en los cuales la misma ha sido subvertida. Por eso su uso exigía la Ley que se hiciera con prudencia, y sólo “en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido,” pues de lo contrario, podía configurarse como el más injusto de los instrumentos procesales precisamente para acabar con la justicia.

Pero en *segundo lugar*, además de haber extendido la facultad de avocamiento a todas las Salas, respecto de causas que cursen en “otros tribunal” de instancia (distintos por tanto al propio Tribunal Supremo), la Ley Orgánica atribuyó en particular a la Sala Constitucional, en el artículo 5, párrafo 1º, ordinal 4, la facultad de avocarse:

“al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala.”

En esta norma se permitió expresamente a la Sala Constitucional avocarse a causas que, por razón de la materia, deben ser resueltas por otras Salas, pero por supuesto, condicionada esta excepcional competencia a que **“se presuma fundamentalmente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución.”**

Ello mismo lo precisó la Sala Constitucional, por ejemplo, en la sentencia N° 3015 de 14 de octubre de 2005 (Caso *Ban-plus*), luego de precisar el sentido de la expresión de que el avocamiento que corresponde a las Salas es “en las materias de su respectiva competencia,” indicando con precisión que:

“las solicitudes de avocamiento que se presenten ante este Tribunal Supremo de Justicia, deberán ser tramitadas por la Sala a cuya competencia esté atribuida la materia propia de la controversia que se solicita sea objeto del avocamiento. De esta forma, debe hacerse un examen de la naturaleza propia de cada pretensión y las materias que forman parte del abanico competencial de cada una de las Salas que constituyen este Máximo Tribunal, para la cabal determinación de la competencia para el conocimiento del caso concreto.”⁹³

Después de ello, la Sala Constitucional constató que el legislador había consagrado en el citado artículo 5.4 de la misma Ley Orgánica de 2004 “un avocamiento cuya competencia es exclusiva” de la Sala Constitucional, al permitirle:

“avocarse al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la compe-

⁹³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/3015-141005-05-1840.htm>

tencia le esté atribuida a otra Sala.” (subrayado por la Sala).

Y agregó la Sala en esa sentencia que:

“Esta excepcional potestad de avocamiento atribuida a la Sala, se encuentra consagrada en virtud de las altas funciones que como órgano protector y defensor de la constitucionalidad tiene atribuida, la cual en determinados casos por ser de cierta trascendencia al mundo jurídico o al conglomerado nacional puede reservarse su conocimiento con carácter de exclusividad, ***previa verificación de ciertos desórdenes procesales que ameriten el control de esta Sala por la presunta vulneración de principios jurídicos fundamentales.***”⁹⁴

En esta forma, las causas que cursan ante las diferentes Salas del Tribunal Supremo de Justicia también han quedado a la merced de la Sala Constitucional, la cual puede subvertir el orden procesal, pero sólo cuando presuma “fundamentalmente” la violación de principios constitucionales. No se trata en este caso sólo de que pueda haber “graves desórdenes procesales” o “escandalosas violaciones al ordenamiento” que incluso, acumulativamente, perjudiquen “ostensiblemente,” (i) “la imagen del Poder Judicial”;(ii) “la paz pública;”(iii) “la decencia,” o (iv) “la institucionalidad democrática,” sino en la necesidad de que la Sala Constitucional, en relación con otras Salas, tenga necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución al constatarse una situación que contraría los postulados constitucionales.

⁹⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/3015-141005-05-1840.htm>

VI

EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL PARA IMPEDIR AL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO JUEZ NATURAL, DECIDIR DETERMINADAS CAUSAS JUDICIALES, Y CONTRIBUIR A LA VEZ A LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS, SIN TENER COMPETENCIA PARA ELLO

La potestad de avocamiento por parte de la Sala Constitucional, como se ha dicho, no siempre se ha utilizado para la protección del orden público constitucional, o de los principios fundamentales de la Constitución, sino que en muchos casos se ha utilizado para otros fines, en evidente desviación de poder. Así ocurrió, ya vigente la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2004, entre 2006 y 2009, al haberse utilizado la figura del avocamiento por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, respecto de unos juicios contencioso administrativos y de amparo, que fueron paralizados mientras se implementaba una política pública nacional de nacionalización de la competencia “exclusiva” de los Estados en materia aeroportuaria que establece el artículo 164.10 de la Constitución de 1999, período durante el cual, la Sala incluso mutó la Constitución, usurpó la función legislativa, vació los juicios de objeto, y terminó confiscando bienes de propiedad privada.

En todo caso, para entender esta situación, en este caso es indispensable fijar sus antecedentes. En efecto, de acuerdo con el artículo 164.10 de la Constitución de 1999, una de las materias que se califica como de la “competencia exclusiva de los Estados,” es “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial...” (ord. 10). Dicha competencia, sin embargo, ya desde 1989 correspondía a los Estados en virtud de que conforme al artículo 137 de la anterior Constitución de 1961 les había sido transferida por el Poder Nacional, mediante la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989,⁹⁵ la cual además había asumido el Estado Nueva Esparta mediante la “Ley por la cual el Estado Nueva Esparta asume la Administración y mantenimiento de los Puertos y Aeropuertos Públicos de uso Comercial ubicados en su territorio” de 1991.⁹⁶ En ejecución de esas leyes y de la competencia exclusiva descentralizada, la Gobernación del Estado Nueva Esparta desde el año 1993 decidió contratar, mediante concesión, la prestación del servicio aeroportuario y

⁹⁵ Véase artículo 11, Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, en *Gaceta Oficial* N° 4153 de 28 de diciembre 1989. Véase sobre esta Ley: Allan Brewer Carías, “Bases Legislativas para la descentralización política de la federación centralizada (1990: el inicio de una reforma),” en *Leyes para la Descentralización Política de la Federación*, Colección Estudios Legislativos N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990, p. 17. La Ley Orgánica se reformó posteriormente en 1993. Véase en *Gaceta Oficial*, N° 35.327 de 28 de octubre de 1993.

⁹⁶ Véase la Ley por la cual el Estado Nueva Esparta asume la Administración y el Mantenimiento de los Puertos y Aeropuertos Públicos de Uso Comercial ubicados en su Territorio, *Gaceta Oficial* del Estado Nueva Esparta Extraordinaria de 31 de julio de 1991. Véase en *Informe sobre la descentralización en Venezuela. Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la Descentralización*, Presidencia de la República, Caracas 1994, pp. 992- 997.

el mantenimiento y operación del Aeropuerto. Luego de rescindido el primer contrato, conforme a las nuevas previsiones de la Constitución de 1999, la Gobernación decidió suscribir un nuevo Contrato de concesión en 2004, esta vez con un Consorcio (Unique IDC), para lo cual conforme al artículo 23.4 de la Ley de Concesiones de Obras y Servicios Públicos del Estado Nueva Esparta de 1997, procedió a otorgarlo mediante adjudicación directa conforme a lo dispuesto en el artículo 23.4 de la ley de Concesiones del Estado Nueva Esparta de 1997, motivando la decisión mediante Decreto 1188 de 26 de febrero de 2004.⁹⁷ Dicho Decreto fue posteriormente anulado mediante la Resolución 0001-05 de 10 de junio de 2005 del propio Gobernador,⁹⁸ la cual fue impugnada vía amparo y acciones contencioso administrativas de nulidad, siendo a su vez derogada por el mismo Gobernador mediante Decreto N° 806 de 17 de julio de 2006,⁹⁹ mediante la cual el Estado Nueva Esparta decidió rescatar anticipadamente la concesión conforme al artículo 53 de la Ley de promoción de la Inversión Privada mediante Concesiones de 1999.

Los juicios contencioso administrativos y de amparo que habían sido iniciados por el Consorcio Concesionario ante los tribunales competentes contencioso administrativos fueron los que fueron avocados, de oficio, por la Sala Constitucional en 2006, paralizándose el curso de los mismos, no sin antes acumular a las causas un nuevo recurso de nulidad contencioso administrativo ejercido directamente ante la Sala, para terminar tres años después, en 2009, declarando “agotado el

⁹⁷ *Gaceta Oficial* del Estado Nueva Esparta N° Extraordinario N° 284, de 26 de febrero de 2004

⁹⁸ *Gaceta Oficial* del Estado Nueva Esparta N° Extraordinario E-443 de 10 de junio de 2005

⁹⁹ *Gaceta Oficial* del Estado Nueva Esparta, N° E-734 del 17 de julio de 2006.

avocamiento” y remitiendo los autos para la decisión de las causas por los tribunales contencioso administrativos, en las que se pretendía el restablecimiento de la concesión, una vez vaciadas totalmente de contenido y objeto, pues la Sala había “entregado” previamente el Aeropuerto al Poder Nacional. Esa intervención de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el caso sin duda constituye un caso manifiesto de desviación de poder, pues como se verá, la Sala Constitucional se avocó sin tener competencia al conocimiento de recursos contencioso administrativos, para posteriormente, la misma Sala rehusar a pronunciarse sobre el fondo de la controversia a cuyo conocimiento se había avocado, suspendiendo en la práctica la tramitación de dichos recursos por un período de casi tres años, para finalmente declarar agotado el avocamiento sin realizarse tramite sustancial alguno en el marco de dichos procedimientos. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, además, le entregó la administración del Aeropuerto al Poder Nacional sin fundamento constitucional alguno, produciendo un vaciamiento del objeto de los recursos sometidos a su conocimiento. Esto constituyó una usurpación inaceptable de la competencia exclusiva que tienen los Estados en materia de administración de aeropuertos conforme el artículo 164.10 de la Constitución de Venezuela. La Sala Constitucional –una vez declarado el “agotamiento del avocamiento” y entregado el Aeropuerto al Poder Nacional– remitió al juez natural la tramitación de los recursos contencioso administrativos, a quien en todo caso, le era jurídicamente imposible poder revertir la entrega del Aeropuerto al Consorcio Concesionario que el Tribunal Supremo de Justicia había hecho a favor del Poder Nacional, confiscando propiedad privada y eliminando la competencia del Estado Nueva Esparta. Y todo lo anterior, realizado en el contexto de una política de Estado de reversión de la descentralización y apropiación de los aeropuertos nacionales por parte

del Poder Nacional en desmedro de los poderes estatales, que se había iniciado en el año 2007, plasmándose en un recurso de interpretación del artículo 164.10 constitucional formulado por el Procurador General de la República, el proyecto de reforma constitucional de 2007 que afectaba dicha norma, la decisión de la Sala Constitucional mutando la competencia exclusiva de los Estados en materia aeroportuaria, y la reforma de la Ley Orgánica de Descentralización por expresa exhortación de la propia Sala Constitucional, convirtiendo una competencia exclusiva de los Estados en competencia concurrente. De todo ello resulto la entrega del Aeropuerto Santiago Mariño al Poder Ejecutivo, en paralelo a la reversión que se produjo a favor del Poder nacional de la administración de todos los aeropuertos nacionales de uso comercial del país.

En ese contexto, en materia de avocamiento, la Sala Constitucional dictó las siguientes decisiones: primero, la sentencia N° 1502 del 4 de agosto de 2006¹⁰⁰ mediante la cual, entre otros, se avocó *de oficio* al conocimiento de las varias acciones de amparo constitucional y contencioso-administrativas de nulidad (contra, la Resolución N° 0001-05 de 2005 revocatoria del Decreto N° 1.188 de 2004), que involucraban tanto al Consorcio Concesionario, como a la Gobernación del Estado Nueva Esparta, resolviendo también *de oficio*, la intervención de la administración del Aeropuerto entregándola a una Junta Interventora; segundo, la sentencia N° 313 del 6 de marzo de 2008¹⁰¹ mediante la cual, después de entrar a conocer di-

¹⁰⁰ Ver sentencia N° 1502 del 4 de agosto de 2006 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1502-040806-05-1812.htm>

¹⁰¹ Ver sentencia N° 313 del 6 de marzo de 2008 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/313-060308-05-1812.htm>

rectamente de otro recurso de nulidad (contra el Decreto N° 806 de 17 de julio de 2006), la Sala Constitucional ordenó la acumulación de los procesos y la tramitación de los recursos de nulidad siguiendo el procedimiento de los juicios de nulidad de los actos administrativos; y tercero, la sentencia N° 155 del 4 de marzo de 2009,¹⁰² mediante la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró “agotado el avocamiento” renunciando a decidir las causas de las que se había avocado, remitiendo los expedientes al mismo tribunal contencioso administrativo que había conocido de los juicios, declarando además, terminado el proceso de intervención del Aeropuerto, entregándolos al Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura, Obras Públicas y Vivienda.

Mediante la primera sentencia 1502 del 4 de agosto de 2006, en efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante avocamiento, sustrajo del conocimiento del juez natural (el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nor-Oriental), el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado contra la Resolución N° 0001-05 de 2005 y también el recurso contencioso administrativo de nulidad ejercido contra el Decreto N° 806 de 2006; le arrebató a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia la competencia para avocarse al conocimiento del recurso contencioso administrativo de nulidad incoado contra la Resolución N° 0001-05; y modificó el régimen del procedimiento para la impugnación de los dos actos antes señalados: originalmente sujetos al conocimiento de dos instancias. Dicho avocamiento se decidió, de oficio. Para el momento en el cual se produjo el avocamiento, ya estaba en

¹⁰² Ver sentencia N° 155 del 4 de marzo de 2009 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/155-4309-2009-08-0864.html>

vigencia el artículo 5, numeral 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, conforme al cual la posibilidad de avocamiento de causas por parte de la Sala Constitucional estaba confinada a casos en los cuales “***se presume fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala.***” En el caso de la sentencia 1502 de 2006, la Sala Constitucional no sólo carecía de competencia para avocarse al conocimiento del recurso contencioso administrativo de anulación ejercido contra la Resolución N° 0001-05 y para admitir y tramitar el recurso contencioso administrativo ejercido contra el Decreto N° 806, ambos del Gobernador del Estado, sino que además, nada dijo en relación con los motivos (v. gr. violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución) que habría tenido para atraer las causas a su fuero. En el primer caso –el avocarse al conocimiento del recurso contencioso administrativo de nulidad ejercido contra la Resolución N° 0001-05–, la competencia material para avocarse correspondía –en principio– a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. En el segundo caso –el haber admitido y tramitado el recurso contencioso administrativo ejercido contra el Decreto N° 806–, en el que no medió decisión alguna de avocamiento, la competencia para conocer correspondía al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor-Oriental. En la sentencia de avocamiento N° 1502 de 4 de agosto de 2006, pendiente como estaba de decisión la solicitud de avocamiento que había sido formulada, la Sala Constitucional se limitó a indicar que tenía competencia para avocarse al conocimiento

de la causa, considerando que “*se encuentran involucrados intereses que guardan relación con el orden constitucional*”; así como la “*utilidad*” del Aeropuerto objeto del contrato de concesión “*para el interés público en razón del servicio que prestan y por la importancia en sí que representa para el Poder Nacional y para la colectividad la materia aeronáutica.*” Dichos motivos, por muy plausibles, en realidad nada tenían que ver con la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución exigidos para el ejercicio de esa excepcional facultad. En lo que atañe al recurso contencioso administrativo contra el Decreto N° 806, la Sala Constitucional resolvió admitirlo y acumularlo a las causas avocadas, sin competencia alguna para ello.

Posteriormente, la Sala Constitucional, por la sentencia N° 313 del 6 de marzo de 2008 ordenó “tramitar” mediante avocamiento, conjuntamente en un mismo procedimiento (el de los juicios de nulidad de los actos administrativos) “*los recursos de nulidad interpuestos por Unique IDC contra la Resolución núm. 0001-05 (...) y contra el Decreto núm. 806 (...).*”¹⁰³ Sin embargo, era evidente que la Sala Constitucional no podía asumir ni excepcionalmente ni en forma alguna el conocimiento de los mencionados juicios contencioso-administrativos de nulidad, pues nadie había invocado, ni siquiera ella misma, la violación de principios jurídicos fundamentales de orden constitucional, como lo exige la norma legal que dio fundamento a su actuación. Por ello, en este caso, lo que ocurrió fue que la Sala Constitucional secuestró el

¹⁰³ Ver sentencia N° 313 del 6 de marzo de 2008 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/313-060308-05-1812.htm>. Ver también sentencia N° 538 dictada con motivo de solicitud de ampliación formulada por la representación el Estado Nueva Esparta, de fecha 8 de abril de 2008 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/538-080408-05-1812.htm>

conflicto judicial existente entre el Consorcio Concesionario y el Estado Nueva Esparta, para evitar que en el mismo se pudieran producir decisiones que pudieran reafirmar la competencia del Estado Nueva Esparta en materia aeroportuaria, y el eventual restablecimiento de la concesión al Consorcio Concesionario, sin que fuera posible argumentar que luego, con la decisión definitiva contenida en su sentencia N° 155 de 4 de marzo de 2009, al considerar “agotado el avocamiento” y ordenar la remisión del expediente en el que se tramitaban los recursos al juez natural, sin que este pudiese llegar a revertir la entrega que se había hecho del Aeropuerto al Poder Ejecutivo nacional. En realidad, en este caso, las actuaciones de la Sala Constitucional lo que ponen es de manifiesto la *desviación de poder* con la que actuó, al utilizar si ser competente la facultad de avocamiento prevista en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, no para *preservar la supremacía constitucional*; sino para evitar que los tribunales competentes se pronunciaran sobre la nulidad de los actos emitidos por el Gobernador del Estado Nueva Esparta y, más allá, ***para entregar definitivamente el Aeropuerto al Poder Nacional***; y al fin, rehusarse a pronunciarse sobre el fondo de los asuntos que atrajo para sí y, además, de manera progresiva y arbitraria, confiscar los derechos del Concesionario en el caso.

La institución del avocamiento para que las Salas del Tribunal Supremo se avoquen al conocimiento de causas que cursan en otros tribunales, es precisamente para eso, para que la Sala respectiva “se avoque” al conocimiento de un asunto, de manera que si se avoca no puede haber luego resolver no avocarse. No puede haber avocamiento para no avocarse. La Sala respectiva, luego de admitir la solicitud, sólo podría decidir no avocarse cuando considere que el avocamiento es improcedente. No está previsto ni ha sido práctica

de la Sala Constitucional, luego de decidir avocarse y asumir el conocimiento de una causa, pura y simplemente declarar “agotado” el avocamiento y remitir el conocimiento del juicio en el mismo tribunal ante el cual se tramitó antes de la intervención extraordinaria del Tribunal Supremo de Justicia. Por ello, lo más notable del caso comentado es que el avocamiento fue realizado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo para en definitiva no “avocarse” al conocimiento y resolución del conflicto al cual se había avocado, paralizando sin embargo la tramitación de los procedimientos a los cuales se avocó por un período de prácticamente 2 años hasta entregarle el control y administración del Aeropuerto en disputa al Poder Nacional por sentencia N° de 155 de 4 de marzo de 2009. En dicha fecha, la Sala Constitucional declaró “agotado el avocamiento” y ordenó la remisión del juicio a la jurisdicción contencioso-administrativa sin nunca haber entrado a tramitar sustantivamente dichos procedimientos y privando de paso al Consorcio –y al Estado de Nueva Esparta– de la administración de dicho Aeropuerto en consistencia y sintonía con la voluntad del Poder Nacional de eliminar la competencia exclusiva que tenían los Estados bajo el marco constitucional vigente a efectos de conseguir que la administración del Aeropuerto pasara a manos del Poder Nacional.

En efecto, debe mencionarse que en forma paralela a la suspensión de la tramitación de los procesos contencioso administrativos al conocimiento de los cuales se había avocado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, el Procurador General de la República a requerimiento del Ministerio del Ejecutivo Nacional con competencia en materia de aeropuertos, intentó ante la Sala Constitucional en junio de 2007, un recurso de interpretación del artículo 164.10 que regula la competencia exclusiva de los Estados en materia de conservación administración y mantenimiento de los aeropuertos na-

cionales de uso comercial; y el Presidente de la República, por su lado, había sometido al país un proyecto de reforma Constitucional en agosto del mismo año 2007, que abarcaba la misma norma constitucional para eliminar el carácter exclusivo de dicha competencia.

En efecto, tanto en las propuestas formuladas por la Comisión Presidencial para la Reforma Constitucional en junio de 2007,¹⁰⁴ como en el Anteproyecto para la Primera Reforma Constitucional presentado por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007 ante la Asamblea Nacional,¹⁰⁵ en relación con la distribución de competencias públicas entre los tres niveles territoriales de gobierno, se buscaba atribuir al Poder Nacional, en el artículo 156.27, la competencia para la conservación, administración y aprovechamiento de autopistas y carreteras nacionales, puertos y aeropuertos de uso comercial; es decir, se pretendía “nacionalizar” la competencia que el artículo 164.10 de la Constitución de 1999 atribuyó a los Estados en la misma materia, lo que hubiera implicado la modificación de los ordinales 9 y 10 del artículo 164 de la

¹⁰⁴ El documento circuló en junio de 2007 con el título “Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “Modificaciones propuestas”. El texto completo fue publicado como *Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Editorial Atenea, Caracas, 1 de julio de 2007. Véase la referencia en Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

¹⁰⁵ Véase el documento ya citado: *Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007*; y la publicación *Proyecto de Reforma Constitucional. Elaborado por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías* Editorial Atenea, Caracas agosto 2007.

Constitución, que asignan competencia a los Estados en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional.”¹⁰⁶ Dicha la reforma constitucional propuesta, a pesar de haber sido sancionada por la Asamblea Nacional en noviembre de 2007, fue rechazada por el pueblo en el referendo de diciembre de 2007,¹⁰⁷ por lo que la competencia de los Estados establecida en el referido artículo 164.10 quedó sin modificación, sin que exista duda alguna sobre su redacción o sentido, cuando atribuye expresamente a los Estados competencia “exclusiva” para conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional. Tan clara es la disposición que, precisamente por ello, se buscó reformarla mediante la rechazada reforma constitucional.

¹⁰⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de Noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 75 ss.

¹⁰⁷ El proyecto de reforma constitucional sólo recibió el voto favorable del 28% de los votantes inscritos en el Registro Electoral. Aún hoy no se conocen los resultados definitivos de la votación en el referendo, pero si sólo se toma en cuenta los resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral el día 2 de diciembre de 2007 en la noche, del un universo de más de 16 millones de electores inscritos, sólo acudieron a votar 9 millones doscientos mil votantes, lo que significó un 44% de abstención; y de los electores que votaron, sólo votaron por aprobar la reforma (voto SI), 4 millones trescientos mil votantes, lo que equivale sólo al 28% del universo de los electores inscritos en el Registro Electoral o al 49,2% de los electores que fueron a votar. En dicho referendo, por tanto, en realidad, no fue que “triunfó” el voto NO por poco margen, sino que lo que ocurrió fue que la propuesta de reforma fue rechazada por el 72% de los electores inscritos, quienes votaron por el NO (50,7%) o simplemente no acudieron a votar para aprobar la reforma.

Sin embargo, en evidente fraude, tanto a la Constitución como a la voluntad popular, y utilizando a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,¹⁰⁸ el Poder Ejecutivo logró burlar la voluntad popular y obtuvo de dicha Sala, respondiendo la solicitud de interpretación que había formulado el Procurador General de la República, antes mencionada, una “interpretación constitucional” contraria a la norma, mediante una ilegítima “mutación constitucional” sin que se reformara formalmente y a través de los mecanismos regulares el texto de la Constitución.¹⁰⁹ Ello ocurrió mediante la sentencia N° 565 de 15 de abril de 2008,¹¹⁰ en la cual, la Sala Consti-

¹⁰⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 180, Madrid 2009, pp. 383-418.

¹⁰⁹ Una mutación constitucional ocurre cuando se modifica el contenido de una norma constitucional de tal forma que aún cuando la misma conserva su contenido, recibe una significación diferente. Véase Salvador O. Nava Gomar, “Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos,” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 804 ss. Véase en general sobre el tema, Konrad Hesse, “Límites a la mutación constitucional,” en *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992

¹¹⁰ Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 565 de 15 de Abril de 2008 (Caso *Procuradora General de la República, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>. Véanse los comentarios sobre esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “La Ilegítima mutación de la Constitución y la Legitimidad de la Jurisdicción Constitucional: La “Reforma” de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,” en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, Lima 2009, tomo 1, pp. 29-51.

tucional estableció que la competencia exclusiva antes mencionada que tienen los Estados, ya no era una competencia exclusiva, sino concurrente y sujeta a la voluntad del Ejecutivo Nacional, el cual podría intervenirla y reasumirla, como hizo respecto de todos los aeropuertos. Para dictar la sentencia mencionada, la Jurisdicción Constitucional no sólo desconoció el principio de la supremacía constitucional que se impone a todos los órganos del Estado, incluyendo al juez constitucional, sino que ejerció ilegítimamente su potestad de interpretación de la Constitución para modificarla sin alterar su texto.

Después de una ilegítima “mutación constitucional” de esta naturaleza, realizada mediante una interpretación vinculante que trastocó el orden jurídico, como lo dijo la propia Sala, se “genera una necesaria revisión y modificación de gran alcance y magnitud del sistema legal vigente.” Por ello no pudo la Sala Constitucional concluir en otra forma que no fuera advirtiendo “de oficio y por razones de orden público constitucional, ... que el contenido de la presente decisión debe generar una necesaria revisión y modificación del ordenamiento jurídico legal vigente,” para lo cual exhortó a la Asamblea Nacional que “proceda a la revisión y correspondiente modificación de la normativa legal vinculada con la interpretación vinculante establecida en la presente decisión¹¹¹, en orden a establecer una regulación legal congruente con los principios constitucionales y derivada de la interpretación efectuada por esta Sala en ejercicio de sus competencias.” Es decir, la Sala conminó al legislador a legislar en contra de la Constitución

¹¹¹ De ello resulta, según la sentencia, “la necesaria revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación.”

de 1999, y conforme a una ilegítima modificación constitucional de la misma impuesta por ella misma,¹¹² por lo que la Asamblea Nacional, siguiendo el mandato de la sentencia de la Sala Constitucional, efectivamente sancionó el 17 de marzo de 2009, una “reforma” parcial de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público,¹¹³ con la cual se modificó el régimen constitucional de la competencia estatal eliminando las competencias exclusivas de los Estados establecidas en los ordinales 3 y 5 del artículo 11 de dicha Ley. Además se agregaron dos nuevas normas en las cuales se dispuso que “el Poder Público Nacional por órgano del Ejecutivo Nacional, podrá revertir por razones estratégicas, de mérito, oportunidad o conveniencia, la transferencia de las competencias concedidas a los estados, para la conservación, administración y aprovechamiento de los bienes o servicios considerados de interés público general, conforme con lo previsto en el ordenamiento jurídico y al instrumento que dio origen a la transferencia” (art. 8); y que “El Ejecutivo Nacional, por órgano del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, podrá decretar la inter-

¹¹² En cierta forma ocurrió lo que Néstor Pedro Sagüés calificó como una “manipulación interpretativa,” que lamentablemente puede conducir a la “perversión” de la Constitución. Véase Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución*, LexisNexis, Buenos Aires 2006, p. 2. En este caso, lo que ocurrió fue que la Sala Constitucional una vez el por voluntad popular fue rechazada una reforma constitucional (2007), hizo que la norma de la Constitución de 1999 que se quería reformar, en virtud de su sentencia lo que se quería que dijera con la rechaza reforma. Y ello sin posibilidad alguna de control. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación”, en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

¹¹³ Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de marzo de 2009, en *Gaceta Oficial* N° 39.140 del 17 de marzo de 2009.

vencción conforme al ordenamiento jurídico, de bienes y prestaciones de servicios públicos transferidos para su conservación, administración y aprovechamiento, a fin de asegurar a los usuarios, usuarias, consumidores y consumidoras un servicio de calidad en condiciones idóneas y de respeto de los derechos constitucionales, fundamentales para la satisfacción de necesidades públicas de alcance e influencia en diversos aspectos de la sociedad” (art. 9). Con ello se completó el fraude constitucional dispuesto por la Sala Constitucional, trastocándose el régimen federal.

De lo anterior resultó, entonces que la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 155 de fecha 4 de marzo de 2009 poniendo fin al avocamiento, se enmarcó en el contexto de una voluntad expresa y deliberada del Poder Nacional de recuperar para sí la administración y control de los puertos y aeropuertos cuya administración se encontraba conferida exclusivamente y por mandato constitucional a los Estados. Con base en todo ello, por tanto, unas semanas después, el Presidente de la República en Consejo de Ministros dictó el Decreto N° 6.646 de 24 de marzo de 2009,¹¹⁴ donde se autorizó al Ministro entonces del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda (Infraestructura, en todo caso), para que constituyera una empresa del Estado bajo la forma de sociedad anónima, que habría de denominarse “Bolivariana de Aeropuertos”, cuyo objeto principal sería “el acondicionamiento, mantenimiento, desarrollo, administración, explotación y aprovechamiento del conjunto de instalaciones, bienes y servicios que comprende la infraestructura aeronáutica

¹¹⁴ Decreto N° 6.646 de 24 de marzo de 2009, en *Gaceta Oficial* N° 39.146 de 25 de marzo de 2009. <http://www.pgr.gob.ve/documents/2009/39146.pdf>.

civil propiedad de la República Bolivariana de Venezuela.”¹¹⁵ Con ello, en esa misma fecha, el Ejecutivo procedió a revertir al Poder Nacional el manejo de los aeropuertos de los Estados Táchira, Miranda, Zulia, Carabobo, Anzoátegui,¹¹⁶ con excepción precisamente del Aeropuerto del Estado Nueva Esparta, el cual había sido ya entregado al Poder Ejecutivo Nacional mediante sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 155 de 4 de marzo de 2009.¹¹⁷

¹¹⁵ Véase Resolución del Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda designando una Comisión de Enlace para la Entrega, Manejo y Control del Aeropuerto Internacional del Caribe "General en Jefe Santiago Mariño", en *Gaceta Oficial* N° 39.143 de 20 de marzo de 2009 en *Gaceta Oficial* N° 39.143 de 20 de marzo de 2009, Acuerdo de la Asamblea Nacional, por el cual se autorizó la “reversión” al Poder Ejecutivo Nacional de los bienes que constituyen la infraestructura de los aeropuertos que allí se mencionan en *Gaceta Oficial* N° 39.145 del 24 de marzo de 2009, en *Gaceta Oficial* N° 39.145 de 24 de marzo de 2009, Acta constitutiva de la Sociedad Anónima Bolivariana de Aeropuertos (BAER), en *Gaceta Oficial* N° 39.233 de 3 de agosto de 2009 y Resolución que declara la reversión inmediata al Poder Ejecutivo Nacional, por órgano de este Ministerio, de los bienes que conforman la infraestructura aeronáutica civil ubicada en el estado Anzoátegui, así como también las competencias para la conservación, administración y aprovechamiento que sobre los mismos se ejercen, en *Gaceta Oficial* N° 39.342 de 8 de enero de 2010.

¹¹⁶ La sentencia N° 155 de 4 de marzo de 2009, en este aspecto argumentó que “con el fin de garantizar la prestación continua, pacífica e ininterrumpida de los servicios aeroportuarios del Estado Nueva Esparta, y ante la incapacidad de las partes de asumir el control de las instalaciones aeroportuarias, dada la situación de conflictividad que existe entre ellas y que se manifiesta a través de las causas que se encuentran pendientes de resolución; y visto que el Poder Nacional tiene como Máxima Autoridad garantizar la paz social y la preservación del interés general de la colectividad, así como la competencia en la prestación de los servicios públicos, ordena la entrega de las instalaciones aeroportuarias al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura[...]

¹¹⁷ Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 155 de 4 de marzo de 2009, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/155-4309-2009-08-0864.html>.

De todo lo anterior, ante el “avocamiento para no avocarse” de la Sala Constitucional, la única explicación del mismo fue que fue realizado, simplemente, para evitar que los tribunales competentes contencioso-administrativos se pudieran llegar a pronunciar en los juicios de nulidad contra actos administrativos del Estado Nueva Esparta, pudieran ratificar la competencia de los Estados en la materia aeroportuaria, y pudieran eventualmente restituir la concesión a la empresa concesionaria demandante, pudiera seguir administrando el Aeropuerto. A fin de cuentas, en ejecución de una política de Estado, la intención final fue poner al Ejecutivo Nacional, contra la Constitución, en posesión del Aeropuerto, lo que efectivamente hizo la Sala Constitucional sin competencia alguna para ello.

La sentencia N° 155 de 4 de marzo de 2009, en definitiva, privó a ambas partes –al Concesionario y al Estado de Nueva Esparta– de su pretensión de administrar el Aeropuerto, de manera que cuando ambas partes requirieron de la Sala Constitucional que señalara si la entrega de los Aeropuertos al Ejecutivo Nacional era o no una medida cautelar, la Sala emitió una nueva sentencia (aclaratoria) N° 1044 de 23 de julio de 2009, precisando que la referida entrega *estaría supeditada a la resolución del juicio contencioso administrativo pendiente*. No obstante,” debiendo entenderse, en todo caso, que “*los efectos de la sentencia N° 155, del 4 de marzo de 2009, no abarcan las decisiones que el Ejecutivo Nacional pueda dictar en materia de aeropuertos.*” Ello lo que significó fue, en definitiva, que por voluntad de la Sala Constitucional la administración del Aeropuerto estaba supeditada a las decisiones que el Ejecutivo Nacional adoptara, independientemente de las resultas del juicio contencioso administrativo pendiente, y que no habían sido otras que no fuera la reversión general de la administración de todos los aeropuertos de los Esta-

dos, y que ya podían considerarse medidas irreversibles. En ese caso del Aeropuerto del Estado Nueva Esparta, anticipándose incluso a la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Descentralización de 17 de marzo de 2009, fue entonces la sentencia N° 155 de 4 de marzo de 2009 de la Sala Constitucional, la que entregó su manejo y control definitivo al Poder Ejecutivo Nacional para que lo administrara a través del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura. Así, fue la Sala Constitucional la que en definitiva, sin competencia alguna de orden constitucional o legal para ello, procedió a “nacionalizar” el Aeropuerto y entregar sus instalaciones al Poder Ejecutivo Nacional, despojando a la empresa Concesionaria de sus derechos, de manera irreversible, pues evidentemente ejecutó una clara política de Estado definida desde el año 2007 por el Presidente de la República. Ante esta realidad, ningún tribunal ordinario contencioso administrativo parecería que podría tener poder para revertir la entrega del Aeropuerto al Ejecutivo Nacional.

De lo anterior resulta que la actuación de la Sala Constitucional, en este caso, fue esencialmente contraria a la ley y abusiva, al utilizar la figura del avocamiento para conocer de unos procesos para lo cual carecía de competencia, paralizar unos juicios contenciosos administrativos de nulidad, y vaciarlos de contenido y objeto. Indudablemente que el avocamiento está previsto en el ordenamiento jurídico, pero el mismo tiene una limitante esencial, y es que para que la Sala del Tribunal Supremo pueda decidir avocarse al conocimiento de una causa, *tiene que tener competencia material afín a la del tribunal que lleva la causa*; y tratándose de la Sala Constitucional, sólo puede estar fundamentada en violaciones de

principios fundamentales de orden constitucional o en resguardo del orden público constitucional.¹¹⁸.

¹¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad,” en *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319-362.

VII

LA REGULACIÓN DE LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 2010

La orientación establecida en la antes comentada jurisprudencia, y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, fue recogida en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2010,¹¹⁹ disponiéndose entre las competencias comunes de todas las Salas del Tribunal Supremo, la posibilidad de solicitar de oficio o a petición de parte “**en las materias de su respectiva competencia,**” algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto en los casos que disponga la ley (Art. 31.1), para lo cual la Ley Orgánica ha establecido los siguientes principios del procedimiento.

¹¹⁹ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, *Gaceta Oficial* N° 39.483 de 9 de agosto de 2010. Sobre dicha Ley orgánica, véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Introducción General al régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso electorales,” en Allan R. Brewer-Carías y Víctor R. Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 7-164.

Además, en materia de competencias, también dispuso la Ley Orgánica en su artículo 25.16, la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para:

“avocar las causas ***en las que se presume violación al orden público constitucional***, tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme.”

Ello ya se había establecido en la antes mencionada sentencia N° 566 de 14 de abril de 2004, mediante la cual se había creado esa potestad de la sala Constitucional, al resolver la Sala para justificar su avocamiento respecto de unos juicios contencioso electorales que cursaban ante la Sala Electoral, mediante una “doctrina” que tenía “carácter vinculante,”¹²⁰ que:

“Esta Sala atendiendo a la razonabilidad y ponderación de los hechos suscitados con ocasión de las causas sobre las cuales se ha formulado la presente solicitud, y en aras de preservar la correcta administración de justicia, que conlleva al desarrollo de un proceso donde se *garantice la aplicación de los principios y garantías constitucionales*, visto que se ha producido al menos en un proceso un *desorden procesal* en la Sala Electoral **que atenta contra el Estado de Derecho y la transparencia de la justicia**, juzga pertinente avocarse al co-

¹²⁰ Sin embargo, como lo advirtió el Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado: “El fallo del que se difiere solucionó –en forma por demás desacertada– un caso concreto y analizó la potestad de avocamiento que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia otorga al Tribunal Supremo de Justicia, pero no interpretó el contenido o alcance de norma, principio o valor alguno de rango constitucional, de modo que sus razonamientos para la resolución del caso de autos no gozan del carácter vinculante a que se refiere el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuya finalidad, como revela el título y capítulo de la Constitución en donde se inserta la norma, es la protección y garantía de la Carta Magna.”

nocimiento de las causas señaladas por el solicitante, las cuales resolverá con carácter definitivo. Así se decide.”¹²¹

El procedimiento, en estos casos, se reguló expresamente en el artículo 106 de la Ley Orgánica al precisar:

“Artículo 106. Cualesquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, **en las materias de su respectiva competencia**, de oficio o a instancia de parte, con conocimiento sumario de la situación, podrá recabar de cualquier tribunal, en el estado en que se encuentre, cualquier expediente o causa para resolver si la avoca y asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal.”

La condición legal esencial para que el avocamiento pueda iniciarse, por tanto, es que se trate de una causa que corresponda *a la materia de la competencia* de la Sala respectiva, por lo que legalmente está proscrito que una Sala del Tribunal Supremo se avoque al conocimiento de una causa que corresponde a materias de la competencia de otra Sala del Tribunal Supremo. Como lo ha dicho la Sala Constitucional en la sentencia N° 806 del 24 de abril de 2002 (Caso: *Sintracemento*), “para avocarse al conocimiento de un asunto se requiere del poder de decisión sobre el fondo o mérito de la causa, y ello porque justamente con el avocamiento se deroga la competencia del juez que conoce, basada en causas que lo justifiquen, siempre que el avocante sea también competente.”¹²² De acuerdo con este principio legal, por tanto, la Sala Constitucional por ejemplo sólo podría avocarse, en principio, del conocimiento de procesos constitucionales, como por ejemplo, de acciones de amparo; competencia que sin embargo se

¹²¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/566-120404-04-0475.htm>

¹²² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/806-240402-00-3049.htm>

ha ampliado, como antes se dijo, respecto de todo proceso cuando se presume que en el mismo hay “violación del *orden público constitucional*” (art. 25.16).

Esta atribución debe ser ejercida, como lo indica el artículo 107 de la misma Ley Orgánica:

“con suma prudencia y sólo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática.”

Legalmente, por tanto, hay una limitante general expresa de manera que una Sala cualquiera no puede avocarse al conocimiento de una causa que curse ante un tribunal inferior en materias afín a su respectiva competencia, sino como lo indica la norma, en “casos de graves desórdenes procesales” o de “escandalosas violaciones al ordenamiento” siempre que, acumulativamente, perjudiquen “ostensiblemente,” primero, “la imagen del Poder Judicial”; segundo, “la paz pública;” tercero, “la decencia,” o cuarto, “la institucionalidad democrática.”

La Sala respectiva debe examinar las condiciones de admisibilidad del avocamiento, en cuanto que el asunto curse ante algún tribunal de la República, independientemente de su jerarquía y de especialidad o de la etapa o fase procesal en que se encuentre, así como de las irregularidades que se aleguen hayan sido oportunamente reclamadas sin éxito en la instancia a través de los recursos ordinarios (Artículo 108).

Luego de recibir la solicitud, o del auto que ordena proceder de oficio, se abre el procedimiento que tiene dos etapas:

Primero, *la etapa de admisión del avocamiento*, en la cual, con los elementos de que dispone la Sala admite o no el mismo. Si no lo admite, el expediente se archiva, y si decide

admitir la solicitud de avocamiento, la Sala debe oficiar al tribunal de instancia, requiriendo el expediente respectivo, y puede ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa y la prohibición de realizar cualquier clase de actuación. De acuerdo con el mismo artículo 108, “serán nulos los actos y las diligencias que se dicten en desacato a la suspensión o prohibición que se expida.”

Segundo, luego de recibidos los recaudos, viene *la etapa de la decisión sobre el avocamiento*, en la cual la Sala debe decidir si se avoca o no al conocimiento del asunto, o con más precisión, como dice el artículo 106 de la ley Orgánica, “si se avoca y asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal.” En el primer caso, si la Sala se avoca, es para asumir directamente el conocimiento del asunto y decidir el juicio mediante sentencia definitiva; y en el segundo caso, en el supuesto de que decida no avocarse, conforme al mismo artículo 109, debe asignarlo a otro tribunal, o más precisamente, debe “ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente por la materia.” En ambos casos, sea que decida asumir la causa o decida no asumirla y remitirla a otro tribunal, la Sala respectiva tiene competencia para “decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tenga pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos [...], así como adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido” (Art. 109).

Lo más importante de esta facultad excepcional de las Salas del Tribunal Supremo de Venezuela, que rompe ostensiblemente el orden procesal, y atenta contra el derecho convencional a la doble instancia, es que, en todo caso, para que una Sala del Tribunal Supremo se avoque al conocimiento de una causa que cursa ante otro tribunal, tiene que tratarse de

un tribunal *con competencia afín a la competencia natural de la Sala*, de manera que esta sólo puede avocarse, como lo dice el artículo 106, “en las materias de su respectiva competencia,” no procediendo el avocamiento, en consecuencia, cuando se trata de materias ajenas a su respectiva competencia de la Sala en cuestión. Por ello el artículo dispone que “la sentencia sobre el avocamiento *la dictará la Sala competente*,” y no otra, que fue precisamente lo resuelto inicialmente por la Sala Constitucional, como se ha indicado, en la sentencia N° 806 del 24 de abril de 2002 (caso: *Sintracemento*), al precisar que la potestad de avocamiento correspondía a todas las Salas “*en atención a la competencia material que tienen atribuidas.*”

Por otra parte, debe indicarse, que esta potestad de avocamiento de las Salas del Tribunal Supremo, incluyendo la Sala Constitucional, sólo permite a la Sala respectiva, en la sentencia sobre avocamiento, tomar la decisión de avocarse y entrar directamente al conocimiento de la causa, o de no avocarse y remitir el expediente a otro tribunal competente de instancia. Es decir, tanto la norma del artículo 18 de la Ley Orgánica de 2004 como las de los artículos 106 y siguientes de la ley Orgánica de 2010, establecen dos únicas fases procesales para el avocamiento: la admisión del avocamiento y la decisión de avocarse o no avocarse. Al “admitirse” una solicitud de avocamiento –o al decidirse de oficio la apertura del procedimiento–, el Tribunal Supremo oficia al tribunal que conoce de la causa, requiriéndole el expediente respectivo, y puede además ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa y la prohibición de realizar cualquier clase de actuación. Con el expediente en la mano, pasa la Sala del Tribunal Supremo *avocante* a examinar las condiciones concurrentes de procedencia, para resolver **si se avoca, y directamente asume el conocimiento del asunto** o, en su defecto, es

decir, si no se avoca, **lo asigna a otro tribunal**. En esa sentencia de avocamiento, en todo caso, la Sala competente puede “decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos [...], así como adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido;” y en el último caso (decisión de no avocarse), puede “ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos **en otro tribunal competente por la materia.**”

En tal sentido, por ejemplo, el profesor Román José Duque Corredor, ha expresado sobre la facultad de avocamiento que la Sala Constitucional ha sido del criterio de que:

“esta potestad reviste carácter extraordinario porque altera las garantías del juez natural y del doble grado de jurisdicción, por lo que ha de darse estricto cumplimiento al contenido del artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto a su ejercicio por la Salas de dicho Tribunal; En este orden de ideas, vale la pena señalar que según la norma citada, (...) el legislador circunscribió su ejercicio a la posibilidad de: (1) de asumir “*el conocimiento del asunto*”, con lo cual la respectiva Sala decide el fondo del asunto planteado”. O, (2) “*decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente por la materia, así como adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido*”; supuestos en los cuales es po-

sible que la causa pueda ser objeto de revisión por los tribunales de instancia nuevamente”.¹²³

De ello resulta que el avocamiento no consiste en el sentido de que la Sala primero decide avocarse al conocimiento de una causa, para luego decidir si la remite a otro tribunal. El procedimiento en realidad, en líneas generales sigue el siguiente *iter* procesal: (i) Solicitud ante el Tribunal Supremo; (ii) Decisión de recabar el expediente o causa; (iii) Decisión sobre admisión de la solicitud de avocamiento; (iv) Decisión sobre avocamiento en el sentido de resolver si se avoca o no se avoca. Si el Tribunal Supremo decide avocarse, es para avocarse, no para remitirlo a otro tribunal. Esto puede ocurrir sólo si la decisión del Tribunal Supremo es de no avocarse, en cuyo caso, sin embargo, no debe remitir la causa al mismo tribunal sino ordenar que el proceso continúe en otro tribunal competente en la materia, como lo reguló luego la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en 2010 (art. 109).

¹²³ Véase Román José Duque Corredor, *Límites constitucionales a la facultad de avocamiento y debido razonamiento de las sentencias*, en <http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/SentenciasCIJ/Limites%20constitucionales%20de%20la%20facultad%20del%20avocamiento%20y%20el%20debido%20razonamiento%20de%20las%20sentencias.pdf>

VIII

EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL PARA USURPAR LA FUNCIÓN LEGISLATIVA, SUBVERTIR EL ORDEN JURÍDICO EN PROCESOS PENALES, Y EJERCER EL CONTROL DIFUSO DE INCONSTITUCIONALIDAD SIN APLICAR PREFERENTEMENTE NORMA CONSTITUCIONAL ALGUNA

La potestad de avocamiento en manos de la Sala Constitucional, habiendo sido construida jurisprudencialmente por la propia Sala Constitucional, y luego formalizada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2004 y en la reforma de 2010, por supuesto, ha sido un poderosísimo instrumento para garantizar los principios constitucionales y corregir procesos en los que se ha cometido alguna inconstitucionalidad, pero a la vez ha sido un instrumento que ha servido para la subversión del orden jurídico por la propia Sala Constitucional, como sucedió en 2011, al haber ordenado, previo avocamiento, la desaplicación general de normas vigentes, aplicando en su lugar, no la Constitución, sino otras normas legales pero derogadas, es decir, ante la imposibilidad de ordenaren un proceso la aplicación retroactiva de una ley penal más gravosa a la libertad, logró ilegítimamente el mismo resultado, ordenando aplicar una ley derogada que también era mas

gravosa a la libertad, reviviéndola mediante la desaplicación de la ley vigente más favorable aplicable al caso, por vía de un supuesto control difuso de la constitucionalidad, pero con efectos *erga omnes*, sin embargo, sin aplicar “preferentemente” norma constitucional alguna.

Ello fue lo que ocurrió, efectivamente, después de que la Sala Constitucional se avocó al conocimiento de una causa penal que cursaba ante la Sala Penal del mismo Tribunal Supremo, al dictar la sentencia N° 794 de 27 de mayo de 2011,¹²⁴ en la cual resolvió con “carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia:”

PRIMERO: “desaplicar por control difuso de la constitucionalidad el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010;” y

SEGUNDO, “la aplicación de la norma contenida en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.892, del 31 de julio de 2008 [que estaba derogada], y en el resto de los supuestos -actuaciones-, la aplicable al momento de la comisión del delito, atendiendo a los principios de temporalidad de la ley penal.”

¹²⁴ Caso: *Avocamiento procesos penales sobre delitos bancarios*. Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html>. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El Juez Constitucional vs. el orden jurídico, al ordenar la desaplicación general de normas aplicables y la aplicación, en su lugar, de normas derogadas (O cómo el Juez Constitucional, ante la imposibilidad de ordenar la aplicación retroactiva de una ley penal más gravosa a la libertad, logró ilegítimamente el mismo resultado, ordenando aplicar una ley derogada que también era mas gravosa a la libertad, mediante la desaplicación por vía de control difuso pero con efectos *erga omnes*, de la ley más favorable aplicable al caso),” en *Revista de Derecho Público* N° 127, julio-septiembre 2011, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 183-200.

En ese caso, la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010 había despenalizado unos hechos en relación con la apropiación y distracción de recursos en materia bancaria, reformando la previsión de la Ley General de bancos de julio de 2008 que en cambio los penalizaba. Con esta sentencia, como se comenta al final, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (i) utilizó en forma ilegítima la figura del avocamiento para fines distintos a los que fundamentan esa excepcional figura procesal, con el objeto de (ii) distorsionar y utilizar en forma ilegítima tanto el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, para fines distintos al establecido en la Constitución y en el Código Orgánico Procesal Penal, como (iii) el control de constitucionalidad de las leyes, para usurpar la función legislativa, e impedirle al legislador realizar con libertad constitucional la política legislativa; resolviendo finalmente (iv) en abierta violación del principio constitucional del “*in dubio pro reo*” que establece el artículo 24 del Texto Fundamental, disponer la inaplicabilidad general de una ley aplicable que beneficiaba a los procesados, y al mismo tiempo ordenar que fuese aplicada una ley ya derogada que los perjudicaba, y que fue ilegítimamente revivida.

La sentencia tuvo su origen en una solicitud formulada el día 29 de marzo de 2011, tres semanas después de que se publicara una nueva reforma parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario,¹²⁵ por unos Fiscales del Ministerio Público en la cual requirieron de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que se avocara al conocimiento de unas causas que la Sala de Casación Penal del mismo Tribunal, las cuales a su vez, de oficio, había solicitado en avocamiento pues cursaban ante tribunales del Circuito Judicial

¹²⁵ *Gaceta Oficial* N° 39.527 del 02 de marzo de 2011

Penal del Área Metropolitana de Caracas, y que se seguían a unos ciudadanos por delitos bancarios conforme a las previsiones del artículo 432 de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financiera de 2008,¹²⁶ que había sido la Ley conforme a la cual los Fiscales habían presentado la acusación.

Dicho artículo 432 de la Ley General de 2008, sobre “Apropiación o Distracción de Recursos,” disponía lo siguiente:

“Artículo 432. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero, los recursos del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años”.

Posteriormente, en 2010, la Ley General de Bancos fue reformada, sustituyéndose por la Ley de Instituciones del Sector Bancario¹²⁷ que incidió en el texto del antes mencionado artículo 432, sobre “apropiación o distracción de recursos,” que pasó a ser el artículo 213, con el siguiente texto:

“Artículo 213. Quienes con la intención de defraudar a una institución del sector bancario y a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances, estados financieros, y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser falsos, adulterados o forjados, o que contengan información o datos que no reflejen razonablemente su verdadera situación fi-

¹²⁶ *Gaceta Oficial Extra.* N° 5892 del 31 de julio de 2008

¹²⁷ *Gaceta Oficial Extra.* N° 6.015 de 28 de diciembre de 2010.

nanciera, serán penados con prisión de diez a quince años y con multa igual al cien por ciento (100%) del monto total distraído.

Con la misma pena serán castigadas, las personas naturales que señala el artículo 186 de la presente Ley, de las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que conociendo la falsedad de los documentos o recaudos antes mencionados aprueben las referidas operaciones.”

Posteriormente, como lo indicaron los Fiscales solicitantes del avocamiento, la Ley de Instituciones del Sector Bancario fue reformada de nuevo en marzo de 2011, publicada solo unos días antes de la solicitud, y con la misma -dijeron los Fiscales- “se retorna a la descripción históricamente consagrada en el ordenamiento jurídico venezolano, tal y como se evidencia del contenido del artículo 216, quedando en dicho dispositivo, sobre “Apropiación o distracción de recursos. Información falsa para realizar operaciones bancarias,” claramente descrita la conducta punible,” en los términos siguientes:

“Artículo 216. Las personas naturales señaladas en el artículo 186 de la presente Ley, que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero los recursos de las Instituciones del Sector Bancario regulado por la presente Ley, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de diez (10) a quince (15) años, y con multa igual al cien (*sic*) por ciento (100%) del monto total de lo apropiado o distraído. Con la misma pena será sancionado el tercero que haya obtenido el provecho con ocasión de la acción ilícita descrita en la presente norma. Quienes con la intención de defraudar a una institución del sector bancario y a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances,

estados financieros, y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser falsos, adulterados o forjados, o que contengan información o datos que no reflejen razonablemente su verdadera situación financiera, serán penados con prisión de diez a quince años y multa igual al cien (*sic*) por ciento (100%) del monto total distraído. Con la misma pena serán castigadas, las personas naturales que señala el artículo 186 de la presente Ley, de las instituciones del Sector Bancario, que conociendo la falsedad de los documentos o recaudos antes mencionados aprueben las referidas operaciones.”

De esta secuela de textos legales, lo que es claro es que en el artículo 432 de la Ley General de Bancos de 2008 vigente al momento de la acusación penal en los casos concretos procesados en las causas, contenía unos determinados hechos como punibles de delitos bancarios; que en cambio el artículo 213 de la reforma de la Ley General de Bancos de 2010, aún cuando conservando el mismo acápite del artículo, despenalizó varios de dichos mismos hechos; y que con la nueva reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2011, se volvieron a penalizar los hechos, volviéndose a lo que los Fiscales solicitantes llamaron la descripción “histórica” que tenía del artículo 432 de la Ley de 2008.

De lo anterior se deduce entonces que durante un período preciso de tiempo de algo más de dos meses, entre el 20 de diciembre de 2010 y el 2 de marzo de 2011, determinados hechos relativos a actividades bancarias quedaron completamente despenalizados. Ello implicaba que en ese período de tiempo, por voluntad del legislador, no podían iniciarse nuevas causas penales por “delitos bancarios” que pudieran tener su origen en los hechos despenalizados. Y ello, precisamente, es lo que explica la extraña solicitud de avocamiento formulada ante la Sala Constitucional respecto de causas penales que

a la vez habían sido solicitadas en avocamiento de oficio por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo. La solicitud de avocamiento planteada ante la Sala Constitucional no sólo no estaba basada en ninguna situación grave subversión del orden procesal o de violación del debido proceso, sino tampoco como lo exige la Ley Orgánica del Tribunal Supremo en ninguna razón de *presunción alguna de violación al orden público constitucional* (art. 25.16), sino simplemente en que los Fiscales del Ministerio Público consideraron que “en virtud de la vigencia sucesiva de Leyes Penales,” y si bien los artículos de la Ley de 2008 y la de la reforma de 2010 se referían “al delito de ‘apropiación o distracción de recursos de instituciones financieras, cuyo *nomen iuris* conserva intacto el de la ley precedente,” sin embargo, -dijeron- la última norma “incurre en una confusa descripción de dicho tipo penal.” En el argumento, por tanto, no había ninguna ,motivación que apuntara a la violación de principios constitucionales o del orden público constitucional, y más bien según los Fiscales, del contenido de la norma del artículo 213 de la Ley de 2010 lo que se derivaría era que

“la descripción de las acciones que se reputan como típicamente perseguibles a título de apropiación o distracción, no parecieran guardar estrecha relación con la voluntad legislativa que quedó expresada en el *referido nomen iuris*. Es decir, no contemplan de forma adecuada y unívoca tales conductas (distraer o apropiarse), situación que ha generado una evidente confusión respecto a la adecuación de tales hechos, los cuales son a todas luces lesivos del orden socioeconómico y de significativa relevancia en el derecho penal económico.”

Consideraron entonces los Fiscales que la Sala Constitucional era “la única cuyas competencias pudieran abarcar integralmente tal asunto, y darle una solución cónsona con el marco constitucional vigente.”

Cual era la relación de tales argumentos y de la solicitud de avocamiento, con los casos concretos que cursaban en sendas causas penales por delitos cometidos bajo la vigencia de la Ley de 2008, que se despenalizaron por algo más de dos meses, entre el 28 de diciembre de 2010 y el 2 de marzo de 2011 cuando se volvieron a penalizar, sin embargo, es un misterio, salvo que con ello lo que se pretendiera fuera convertir en hechos punibles hechos cometidos durante el breve período señalado, cuando no eran punibles porque habían sido legalmente despenalizados.

Ello lo hizo la Sala Constitucional al avocarse al conocimiento del asunto, decidir la desaplicación del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2010, con carácter *erga omnes*, y ordenar la aplicación del artículo 432 de la derogada Ley General de Bancos de 2008 para, a renglón seguido, ordenar devolver los autos a la Sala de Casación Penal para que continuara conociendo de los asuntos de los cuales a su vez se había avocado, y no había llegado a conocer.

Para el logro de este despropósito, en una extensa sentencia de 155 páginas¹²⁸ la Sala Constitucional se dispuso a

“determinar si del contenido del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (G.O. N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010), puede derivarse una despenalización de la conducta delictiva calificada como apropiación o distracción de recursos, lo que afectaría no sólo el curso del presente proceso, sino además incidiría en el desarrollo de la actividad bancaria y, en la eficacia y vigencia de las normas constitucionales que informan ese sector de la economía.”

¹²⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html> Véase igualmente en *Revista de Derecho Público* N° 127, julio-septiembre 2011, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 183-200;

Para ello, la Sala entró a fijar “el marco teórico para poder juzgar el caso concreto,” para lo cual entró a precisar

“el régimen jurídico estatutario de derecho público aplicable al sector bancario, desde el ángulo del Estado Social de Derecho que determina la interpretación del sistema económico consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, de los cimientos históricos y económicos que dieron origen a la actual regulación penal vinculada con la normativa que rige la denominada actividad bancaria o financiera, que se sistematiza en términos generales en la creación, funcionamiento y liquidación de las instituciones que son autorizadas para la captación, manejo, aprovechamiento y la inversión del ahorro.”

La Sala Constitucional entonces pasó a analizar el sistema de la Constitución económica, y en particular, la relación entre los valores esenciales de la libertad de empresa y de la regulación económica, y del derecho de propiedad y de su limitación legal, considerando que ninguno de ellos se puede erigir “como un valor absoluto, propenso a avasallar a cualquier otro que se le interponga,” debiendo al contrario convivir armoniosamente, de manera que “las exigencias de cada uno de ellos, no sean asumidas con carácter rígido o dogmático, sino con la suficiente flexibilidad para posibilitar su concordancia.” En definitiva, concluyó la Sala constatando que ni la libertad económica ni el derecho de propiedad eran derechos absolutos, y que “como casi todo derecho -a excepción de los derechos a la vida y a la integridad- conocen excepciones o limitaciones” que el legislador puede establecer siempre actuando “bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad.”

En este contexto normativo la Sala pasó a abordar el desarrollo de las normas que regulan la actividad bancaria, considerando al sistema financiero como una actividad que en re-

lación con sus usuarios es de eminente interés público, sometida al principio de justicia social, de manera que al regularse la “no sólo se garantiza la tutela de los derechos de los titulares de la actividad económica sino de los usuarios del mismo.” Consideró, además, como una manifestación propia de la actividad normativa del Estado, la relativa al ámbito penal, de manera que la pena tenga la función de prevención de los hechos (delitos) que atenten contra los bienes protegidos,” siendo “la tipificación del delito y la fijación de la pena, parte de la política o discrecionalidad legislativa.” Por ello, consideró la Sala, que:

“en principio el legislador puede establecer o eliminar figuras delictivas, graduar las penas aplicables, determinar el género o la extensión de éstas, bajo criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas, todo de conformidad con la valoración, examen y ponderación que se efectúe en torno de los fenómenos sociales y del grado de daño que ciertos comportamiento puedan a causar o llegar a causar en la sociedad.

El siguiente paso que tomó la Sala, en su análisis, se refirió al artículo 114 de la Constitución que dispone que “El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley,” deduciendo de su texto que el mismo impone al Legislador:

“un conjunto de limitaciones para el ejercicio de la función legislativa, pero a la vez, comporta un parámetro interpretativo, para el juez en el análisis de la legislación penal en la materia, que debe ponderarse con otros principios aplicables a la legislación penal como los derechos fundamentales referidos a la irretroactividad de la ley, debido proceso, el principio de tipicidad entre otros.”

En particular, en cuanto a la penalización de actividades desarrolladas en el marco del sector bancario, consideró la Sala que las mismas responden a:

“la necesidad el Estado de reaccionar ante hechos punibles cometidos por personas en una especial circunstancia de poder o estatus económico, en un ámbito en el cual las partes que integran el sistema actúan de buena fe, abusan de su posición, en detrimento de los débiles jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico bien sea en provecho propio o de terceros.”

De allí dedujo la Sala que la primera aproximación al cumplimiento del contenido del artículo 114 de la Constitución

“es la obligación del legislador de evitar groseras o escandalosas lagunas de punibilidad, que deberá llenar con la creación de delitos nuevos, perfeccionando los existentes mediante la delimitación de conductas que difícilmente puedan ser sancionadas con los delitos ya existentes, pero que afectan un bien jurídico determinado que requiere de una tipificación de los comportamientos que puedan ponerlo en peligro o lesionarlo.”¹²⁹

En este marco, fue precisamente que la Sala pasó a efectuar la interpretación del contenido y alcance de la norma contenida en el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010, teniendo presente “la necesidad de provocar una reacción total de los valores, principios y derechos constitucionales, que permee o alcance todos los ámbitos del ordenamiento jurídico y, permita forjar una resolución de fondo acorde con los principios de la Constitu-

¹²⁹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html> Véase igualmente en *Revista de Derecho Público* N° 127, julio-septiembre 2011, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 183-200;

ción de la República Bolivariana de Venezuela, para el caso en el cual se avoca.” Para ello, la Sala Constitucional pasó revista histórica, en Venezuela y en el derecho comparado, al régimen y evolución de la legislación en materia de bancos, desde el derecho romano y los tiempos medievales, hasta los tiempos modernos, con particular referencia a los casos de Estados Unidos, México y Venezuela, constatando el carácter expansivo de la intervención estatal en sector bancario y financiero, con especial énfasis (i) en la regulación de la idoneidad de los sujetos a cargo de las actividades en el sector (los banqueros); (ii) en la regulación sobre el desarrollo la actividad bancaria para entre otros aspectos, defender los intereses de la sociedad en general y, de los usuarios de la banca en particular; (iii) en la regulación sobre el control de la actividad bancaria y las sanciones como consecuencia del incumplimiento de la normativa estatutaria correspondiente; y (iv) en la regulación de las sanciones y los delitos bancarios, para lo cual la Sala destacó que “la mayor injerencia en la regulación, control, supervisión y medidas de saneamiento del sistema bancario, se ha manifestado proporcionalmente en materia sanciones administrativas y delitos” extendiendo la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas involucradas.

Con base en ello, pasó entonces la Sala Constitucional a determinar si del contenido del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010,¹³⁰ podía derivarse una despenalización de la conducta delictiva calificada como apropiación o distracción de recursos, que pudiera afectar el curso del proceso penal a cuyo conocimiento se había avocado la Sala.

Para ello, la Sala advirtió de entrada que “la apropiación o distracción como *nomen iuris* en el derecho penal económico,

¹³⁰ *Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010

se inscribe en el marco de lo que en el derecho penal general se ha regulado bajo la calificación de apropiación indebida calificada” regulado en Venezuela desde 1873, en los artículos 466 y 468 del Código Penal. En este tipo delictivo, dijo la Sala, el bien jurídico tutelado es la propiedad, agravándose el delito por ejemplo, cuando la persona que recibe la cosa para restituirla o para hacer de ella un uso determinado, como un banquero, corredor, cajero o cobrador de una empresa.

Dicho delito especial vinculado a la actividad bancaria, se estableció por primera vez en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 1993, en una norma que se mantuvo en la legislación bancaria en la reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras publicada de 2001,¹³¹ en cuyo artículo 432, conforme lo apreció la Sala, se “delimitó de forma más precisa, a los sujetos activos en la comisión del delito de apropiación o distracción de recursos, incluyéndose a los funcionarios de un banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio.” La norma se conservó en la reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, de julio de 2008, en el texto que se transcribió anteriormente, así como en las reformas de la misma Ley General de diciembre de 2009;¹³² y de 19 de agosto de 2010 (art. 396).¹³³

De todas esas normas, la Sala dedujo que resultaba “claro un desarrollo histórico normativo que, a la par de las crisis financieras,” habían quedado sometidas bajo su ámbito de vigencia temporal, potenciando el incremento de las penas aplicables y el mantenimiento del *nomen iuris*.” La Sala constató, incluso, que en la entonces vigente (para el momento de

¹³¹ *Gaceta Oficial* N° 5.555 del 13 de noviembre de 2001

¹³² *Gaceta Oficial* N° 5.947 extraordinario del 23 de diciembre de 2009

¹³³ *Gaceta Oficial* N° 39.491 del 19 de agosto de 2010

la sentencia) Ley de Instituciones del Sector Bancario de marzo de 2011,¹³⁴ la norma establecía una regulación similar (art. 216).

Fue entonces en este contexto normativo, que la Sala pasó a abordar el tema del contenido y alcance del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010 que, como se dijo, establece igualmente el delito de “Apropiación o distracción de recursos,” pero con otra redacción, como antes se transcribió. Para ello, la Sala Constitucional pasó a destacar la importancia del principio de la legalidad en materia sancionatoria, así como la garantía *nullum crimen nulla poena sine lege*, citando una importante sentencia de la propia Sala N° 490 de 12 de abril de 2011, en la cual concluyó con carácter vinculante que:

“El principio de legalidad, en su formulación más general se traduce en la sujeción a la Ley, ante todo de la sujeción del Poder Público al Derecho, razón la que, p. ej., ese Poder no está legitimado para perseguir y sancionar a una persona por un comportamiento que la Ley no asocia a una sanción para el momento del hecho, y, por argumento en contrario, tampoco puede desconocer y no aplicar (a menos que la estime inconstitucional y la desaplique en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad) una norma jurídica que sí está prevista en el ordenamiento jurídico.

Sólo el o los órganos a los cuales el Texto Constitucional le otorga la potestad de crear leyes están legitimados para crear otras que las deroguen y tal atribución no radica en la Sala de Casación Penal ni en ningún otro ente del Poder Judicial, si no, ante todo, en la Asamblea Nacional, tal como se indicó en el criterio plasmado anteriormente.

¹³⁴ *Gaceta Oficial* N° 39.627 del 02 de marzo de 2011.

Así como ‘Ningún magistrado (...) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo’, ese funcionario tampoco puede desconocer delitos y penas que sí dispone la Ley.

En tal sentido, de lo precedentemente expuesto se desprende que no sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 *eiusdem*) reconocer la existencia de una norma que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él...”.¹³⁵

Pero a pesar de tan clara doctrina vinculante, en los párrafos siguientes de la sentencia, la Sala Constitucional pasó a desconocerla, y mediante la construcción de una teoría de la interpretación jurídica a la medida, pasó a “desconocer delitos y penas” que sí disponía la ley,” y por vía de control difuso, pasó a “decretar a su voluntad penas contra otro individuo” ignorando lo que recién había afirmado de que sólo la Asamblea Nacional tiene la “potestad de crear leyes” siendo la única “legitimada para crear otras que las deroguen,” no estando dicha atribución en órgano alguno del “Poder Judicial.”

Partiendo del fin que debe tener toda ley, conforme al artículo 4 del Código Civil en relación con la intención del legislador, consideró la Sala que para la interpretación de la norma resultaba siempre aplicable el elemento teleológico o finalista, vinculado a los principios y valores constitucionales, fijando el criterio de que “en materia de delitos económicos la discrecionalidad del legislador penal, no es tan amplia como en otros ámbitos” de manera que dado el contenido del artí-

¹³⁵ Dictada en una revisión de sentencia. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/490-12411-2011-10-0681.html>

culo 114 de la Constitución antes señalado donde se hace referencia a los ilícitos económicos, en concordancia con los artículos 2, 112, 299 y 308 del Texto Fundamental, ello según la Sala “permite afirmar con mayor claridad que el control de la actividad legislativa por esta Sala, pueda y deba corregir la protección deficiente de los derechos y, en general de los imperativos Constitucionales.”

Es decir, ni más ni menos, la Sala se erigió en órgano corrector o reformador de leyes cuando estime que han establecido una “protección deficiente” a los “imperativos constitucionales” que ella misma deduce. Por ello, la Sala pasó de inmediato a declarar o a aclarar que:

“Ello no comporta que esta Sala, en base a tales postulados, pueda afirmarse como un legislador en materia penal y crear tipos penales, no establecidos en el ordenamiento jurídico, siendo evidente en tales casos, un vicio de inconstitucionalidad, causado por una obvia usurpación de funciones de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución, pero sí permite que la Sala en su labor interpretativa del ordenamiento jurídico, en el marco del principio de conservación de los actos, deba con los elementos contenidos en la propia norma penal, aclarar el contenido y alcance de la misma en orden a garantizar que el Derecho esté al servicio de la convivencia, del desarrollo y del progreso humano; vale insistir, que la técnica jurídica sea instrumento útil para alcanzar estos propósitos, pero que, en caso de insuficiencia, se imponga la búsqueda de medios adecuados a la satisfacción de la necesidad de hacer justicia.”¹³⁶

¹³⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html> Véase igualmente en *Revista de Derecho Público* N° 127, julio-septiembre 2011, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 183-200.

Pero lo que resultó de su sentencia fue precisamente lo que se pretendió negar, procediendo la Sala a convertirse en “un legislador en materia penal y crear tipos penales, no establecidos en el ordenamiento jurídico,” mediante el subterfugio de desaplicar el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010, que había despenalizado ciertas conductas bancarias, desconociendo la voluntad del legislador, reviviendo para ello una previsión de una Ley que había sido derogada.

La Sala lo que alegó, usurpando la función del legislador, es que debía “evitar una interpretación que fomente la impunidad y desconozca el contenido mismo de los valores, principios y derechos que informan el ordenamiento jurídico,” y que entonces, “la denominada apropiación o distracción de recursos, [...] no puede concebirse bajo planos de razonabilidad y justicia como una conducta lícita o permitida por el ordenamiento jurídico.” Agregó además, la Sala que siendo la conducta de apropiación o distracción de recursos conductas de naturaleza delictual:

“cualquier norma que desnaturalice su antijuricidad y el alcance de la tipicidad de las mismas, “legalizaría formalmente” un caos el sistema financiero; una anarquía que imposibilitaría lograr los fines del Estado Social de Derecho y de Justicia, y que vulneraría, en definitiva la dignidad humana individual y colectiva, al afectarse el nivel de vida de la colectividad en los términos antes señalados, en tanto la impunidad de la misma, generaría una crisis sistémica en el sector.”

De todo ello, concluyó la Sala deduciendo que el ordenamiento constitucional le imponían como “al juez constitucional, que en ejercicio de su competencia de control de la actividad legislativa, garantice que “El ilícito económico, (...) y otros delitos conexos, serán penados severamente” (artículo

114 *eiusdem*),” lo que implica “no sólo que deban ser tipificadas las conductas delictivas, sino que además sean penadas con mayor severidad;” concluyendo con la afirmación de que:

“Asumir otra posición interpretativa, resultaría contraria a la naturaleza de los valores, principios y derechos que informan la Constitución, por cuanto en el presente caso se procedería a despenalizar una conducta lesiva *per se* -derivada de la naturaleza de la actividad de intermediación bancaria-, reconocida como tal en el propio texto de la ley, y cuya legalización o deficiente penalización, desconocería el derecho de la sociedad, y de los afectados directa e indirectamente por la presunta apropiación o distracción indebida de recursos imputada, lo que inexorablemente incidiría, como se ha señalado, en el normal desarrollo de la sociedad.”

Es decir, a pesar de que la norma del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010, efectivamente había despenalizado determinadas conductas bancarias, la Sala, simplemente desconoció dicha decisión del legislador, considerando en definitiva, que aceptarla sería generar “la destrucción o desintegración de la sociedad y, del sistema económico.” La Sala Constitucional señaló entonces, en una admonición dirigida al Legislador, que “ningún órgano u ente puede en ejercicio de las competencias que le son atribuidas, afirmar un grado tal de discrecionalidad que le permita aseverar que tiene la opción de actuar en contra de la Constitución, los derechos y las garantías que en ella se consagran,” concluyendo entonces que la:

“norma contenida en el mencionado artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, deba ser objeto de una interpretación como parte del régimen normativo de responsabilidad penal en el ordenamiento sectorial bancario, que impide que el sistema legal haga vacuo el contenido el artículo 144 de la Constitución de la Re-

pública Bolivariana de Venezuela y, por el contrario se dé plena eficacia los principios y derechos contenidos en los artículos 2, 112, 299 y 308 *eiusdem*.”

Con base en todo lo anterior, la Sala apuntó sobre el mencionado artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010, señalando que en el mismo,

“a pesar de que el legislador reconoció la antijuricidad de la conducta referida a la apropiación o distracción de recursos en materia bancaria, existe una inconsistencia en los elementos que integran la norma penal, que no permite a la aplicación de la misma, (Cfr. Sentencia de la Sala N° 1.466/04), ya que aunado a la calificación propia del tipo penal de apropiación o distracción de recursos enunciados en el *nomen iuris* de la misma, el legislador realiza la descripción normativa de un conjunto de acciones, que en el contexto de una interpretación literal o sistemática de la norma, generan un desorden que la erigen como contradictoria y de imposible entendimiento, que la constituye en una norma contraria al contenido del artículo 114 de la Constitución, en tanto no permite calificar claramente el hecho punible que se corresponde con la pena en ella establecida.”

De ello concluyó la Sala afirmando que “el artículo 213 *eiusdem*, es una norma ininteligible y, por lo tanto, contraria al deber de tipificación suficiente contenido en artículo 114 de la Constitución y los principios de racionalidad y no arbitrariedad que deben regir la función legislativa (Cfr. Sentencia de esta Sala Nros. 2/09, 1.178/09 y 490/11),” por lo que conforme al artículo 334 de la Constitución, resolvió que:

“desaplica por control difuso de la constitucionalidad el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, teniendo el presente fallo carácter vinculante para todos los tribunales de la

República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 1.380/09).¹³⁷

Se observa, en este caso, que en forma contraria a los principios que informan el control difuso de la constitucionalidad de las leyes que fijan los efectos de la sentencia con efectos entre las partes del proceso, la Sala Constitucional procedió a darle efectos *erga omnes*, lo que resulta de declarar vinculante la inaplicabilidad de la norma para todos los tribunales.

Sin embargo, era evidente que con la sola desaplicación general de la norma del artículo 213 de la Ley que despenalizaba conductas bancarias, no quedaba resuelta la voluntad de la Sala de, al contrario y en contra de la voluntad del Legislador, llegar a imponer la penalización de la apropiación o distracción de recursos, para lo cual tuvo entonces que pasar a resolver el interrogante de que “frente a la desaplicación se plantea igualmente si la misma debe considerarse como una despenalización del delito de apropiación o distracción de recursos, como tipo penal especial aplicable en el sector bancario,” y abordar para ello, el tema de “la sucesión temporal de leyes que regulan la materia.”

Con tal propósito, la Sala Constitucional partió del principio constitucional establecido en el artículo 24 del Texto fundamental que garantiza que “ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena” y que “cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo,” principio que se regula también en la Conven-

¹³⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html> Véase igualmente en *Revista de Derecho Público* N° 127, julio-septiembre 2011, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, “pp. 183-200.

ción Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la cual en su artículo 9, dispone la aplicación de la ley más benigna, al señalar que: “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

De estas normas la Sala concluyó señalando:

“como regla general interpretativa en el caso de sucesión de leyes, que la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, ya que con posterioridad a la comisión del delito, la ley disponga la imposición de una pena más leve o de cualquier otro elemento que favorezca al procesado debe prevalecer.”

Luego pasó la Sala a mencionar el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde dijo se:

“expresa con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna, al establecer que “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Pero, increíblemente, fue en las previsiones del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los que la Sala pretendió “descubrir” que los anteriores principios “encuentran su límite” al disponer que:

“Nada de lo dispuesto en este artículo, se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones, que en el momento de cometerse, fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

En esta norma la Sala encontró que se imponía una interpretación que permitía “la desaplicación de la retroactividad de la norma penal más favorable y, a su vez, la aplicación de la denominada ultractividad de las normas penales en casos *excepcionales*.”

Lo importante, sin embargo, es que no se trata de un límite a la irretroactividad de la ley ni al principio de la aplicación al reo de la ley más favorable, sino de una previsión excepcional, dispuesta cuando el Pacto se adoptó en el seno de las Naciones Unidas, para dar respuesta a la necesidad de castigar crímenes contra la humanidad que se produjeron durante la segunda guerra mundial, como los de “genocidio,” lo que por supuesto nada tiene que ver con delitos bancarios.

De la norma del Pacto Internacional, la Sala Constitucional dedujo, sin embargo, que lo que había era una “obligación de hacer” impuesta a los Estados de “sancionar efectivamente los hechos contrarios a los derechos fundamentales,” y de “perseguir y sancionar a los responsables de crímenes contra la humanidad,” así como de “prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos reconocidos por la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos.” Y a renglón seguido pasó a argumentar respecto al tema de la despenalización de delitos bancarios en Venezuela, en relación con el “alcance y contenido de derecho a la libertad económica y a la estabilidad y sustentabilidad del sistema económico como derechos humanos fundamentales,” concluyendo entonces que debía

“necesariamente aplicarse el principio “*tempus regit actum*” a los delitos de índole económico bancario, como el de apropiación o distracción de bienes, con base a las imposiciones que la propia Constitución (artículo 114) establece en la materia, que se materializan y ratifican en relación a la prohibición de impunidad ya señalada en la materia de derechos humanos fundamentales (artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).”

En consonancia, la Sala consideró que como en los supuestos de leyes excepcionales y temporales, que en el caso sometido a su consideración, “dada la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010,” también resultaba aplicable “el principio de ultractividad” en la medida:

“que el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (*Gaceta Oficial* N° 5.892, del 31 de julio de 2008) contempla la norma más favorable - y por lo demás vigente para el momento de la comisión del hecho ilícito penal-, en relación con el tipo penal de apropiación o distracción contenido en el artículo 216 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (*Cfr. Gaceta Oficial* N° 39.627 del 02 de marzo de 2011, que establece una pena de 10 a 15 años de prisión).¹³⁸

La Sala en definitiva, contrariando la voluntad del Legislador, o corrigiéndola o enmendándola, resolvió que si no hubiera tomado su decisión, de desaplicar una norma aplica-

¹³⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html> Véase igualmente en *Revista de Derecho Público* N° 127, julio-septiembre 2011, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 183-200.

ble al caso, y de aplicar una norma ya derogada al mismo caso “se despenalizaría una conducta que como ya se señaló, es antijurídica por sí misma, en el marco del ejercicio de la actividad financiera” y como si se tratase de delitos de genocidio o lesa humanidad, conforme al artículo 15.2 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, podía resultar “contraria no sólo a los intereses generales del Estados, sino que además a su estabilidad económica en los términos antes expuestos.”

De esta sentencia se destacan los siguientes aspectos medulares:

1. En primer lugar, con la sentencia, se produjo una **ilegítima utilización de la figura del avocamiento**, para fines distintos a los que fundamentan esa excepcional figura procesal.

En efecto, si bien el artículo 31.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, reguló en general la posibilidad del avocamiento por parte de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, siguiendo la orientación de la jurisprudencia y de las normas de la Ley Orgánica de 2004, lo que implica la potestad de solicitar de oficio, o a petición de parte, “algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente;” la misma fue sometida a normas precisas.

Conforme al artículo 106 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, la solicitud de avocamiento ante y por parte del Tribunal Supremo, no sólo debe necesariamente plantearse en cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia “*en las materias de su respectiva competencia,*” sino que en principio debe referirse a causas que cursen ante “*cualquier tribunal*” inferior o como lo dice el artículo 108 de la ley Orgánica, “ante algún tribunal de la República.” No está pre-

visto en principio, por tanto, el avocamiento entre Salas del Tribunal Supremo, salvo por parte de la Sala Constitucional, respecto de causas “en las que se presume violación al orden público constitucional” (art. 25.16) o respecto de procesos de amparo constitucional.

En el presente caso, la competencia en materia penal y de interpretación de la ley penal e incluso, sobre su aplicación temporal y sobre su control de constitucionalidad mediante el control difuso de constitucionalidad previsto en el artículo 334 de la Constitución y en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, corresponde *exclusivamente* a la Sala de Casación Penal.

Por otra parte, en los procesos penales donde ocurrió el avocamiento por parte de la Sala Constitucional no estaba planteado ningún asunto de naturaleza constitucional ni se denunció violación alguna del orden público constitucional, por lo que la Sala Constitucional simplemente usurpó las funciones de la Sala de Casación Penal.

El avocamiento tiene un objeto procesal preciso conforme al artículo 106 de la ley Orgánica, y es que la Sala que se avoca resuelva sólo y exclusivamente si “asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal.” Lo que no puede ocurrir es que una Sala se avoque para no avocarse a conocer del asunto, o se avoque para no asignar el asunto a otro tribunal, y más bien, simplemente, tome una decisión que correspondía al tribunal que conocía del asunto para luego devolvérselo. Y esto es lo que ha ocurrido en este caso, en el cual la Sala Constitucional se avocó para ejercer una competencia que correspondía exclusivamente a la Sala de Casación Penal, como era aplicar el artículo 334 de la Constitución ejerciendo el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, si era el caso, para luego devolverle la causa a la propia Sala de Casación Penal.

Pero además, como lo indica expresamente el artículo 107 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, el avocamiento es una atribución que debe “ser ejercida con suma prudencia y sólo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática.”¹³⁹ Nada de ello ocurría en los procesos penales que la Sala Constitucional decidió conocer por vía del avocamiento; en ellos no se denunció, por ejemplo, que existieran “graves desórdenes procesales” ni se alegó que existieran “escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico,” ni se argumentó en forma alguna que las mismas perjudicaban “ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática” de manera que se exigiese la intervención de la Sala.

Por otra parte, la Sala que se avoque al conocimiento de un asunto, tiene determinado en forma precisa el contenido posible de la sentencia a dictar, lo que se deriva de los motivos que pueden y deben originar este procedimiento excepcional. Ese contenido, de acuerdo con el artículo 109 de la Ley Orgánica, puede ser: (i) “decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tenga pertinencia;” (ii) “decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos;” (iii) “ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro Tribunal competente en la materia;” y (iv) “adoptar cualquier medida legal que estime idónea para el restablecimiento del orden jurídico infringido.” No puede la Sala que se aboca al conocimiento de un asunto adoptar cualquier medida judicial, sino las anteriores precisamente establecidas en la Ley, de manera que inclu-

¹³⁹ A ello, la Ley de 2004 agregaba, el perjuicio a la decencia” y que se hubiesen “desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido.”

so la última aparentemente general de adoptar “cualquier medida judicial que estime idónea” es sólo posible si se ha comprobado que hay una infracción al “orden jurídico” que deba ser restablecido. Lo que nunca puede ocurrir, en cambio, es que la Sala se avoque al conocimiento de un asunto y luego lo devuelva al mismo Tribunal.

Con la decisión comentada, en realidad, fue la Sala Constitucional la que, en realidad, al haber usurpado funciones de la Sala de Casación Penal, provocó un grave desorden procesal, violando escandalosamente el ordenamiento jurídico con lo que ha perjudicado ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, y la institucionalidad democrática; máxime si con su decisión, la Sala en definitiva, desaplicó una ley más favorable a los encausados que era aplicable, para ordenar aplicar al caso una ley derogada que además era menos favorable a los procesados.

2. En segundo lugar, con la sentencia dictada se produjo una **distorsión e ilegítima utilización del control difuso de la constitucionalidad de las leyes**, para fines distintos al establecido en la Constitución.

En efecto, como es sabido, en el sistema venezolano de justicia constitucional o de control de la constitucionalidad de las leyes, como sistema mixto o integral que es, se distingue, por una parte, el método de control concentrado de la constitucionalidad que corresponde a la Sala Constitucional como Jurisdicción Constitucional, cuando conoce en general de las acciones populares de nulidad, teniendo la sentencia en los casos de decisiones anulatorias, efectos generales con validez *erga omnes*. La decisión, en estos casos, en principio, es de carácter prospectiva ya que tiene consecuencias *ex nunc y pro futuro*; es decir, la ley anulada por inconstitucional, en principio es considerada en general como habiendo surtido efectos hasta su anulación por el Tribunal o hasta el momento que

éste determine como consecuencia de la decisión. En estos casos, por consiguiente, en general, la decisión tiene efectos “constitutivos” ya que la ley se vuelve inconstitucional solamente después de la decisión,¹⁴⁰ aún cuando la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, como es sabido, le otorga competencia a la Sala Constitucional para determinar los efectos de su decisión en el tiempo.

Por otra parte, está el método de control difuso de la constitucionalidad previsto en el artículo 334 de la Constitución, conforme al cual cualquier juez puede tomar una decisión sobre la inconstitucionalidad de una ley aplicable al caso concreto que esta conociendo, resolviendo para decidirlo, aplicar preferentemente la Constitución y desaplicar la ley. Esta decisión solo tiene efectos *inter partes*, de manera que la ley declarada inconstitucional, en principio, es nula y no surte ningún tipo de efectos para el caso concreto y para las partes en el mismo. Por ello, en este caso, la decisión es, en principio, retroactiva en el sentido de que tiene consecuencias *ex tunc* o *pro pretaerito*, es decir, la ley declarada inconstitucional se considera como si nunca hubiera existido o nunca hubiera sido válida para el caso concreto exclusivamente. En estos casos, esta decisión tiene efectos declarativos, en el sentido de que declara la nulidad preexistente de la ley inconstitucional para el caso concreto.¹⁴¹ Lo importante ha tener en cuenta respecto del método de control difuso es que el mismo sólo está previsto para ser ejercido *incidenter tantum*, es de-

¹⁴⁰ Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, pp. 32 ss.

¹⁴¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano,” en Víctor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Edit. Abeledo-Perrot, dos tomos, Tomo I, Buenos Aires, Rep. Argentina, 2010, pp. 671-690

cir, en un proceso concreto que el juez esté conociendo conforme a su competencia y en la decisión del mismo, en el cual, por tanto, la inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el objeto de dicho proceso ni el asunto principal del mismo. Como lo dice el artículo 334: “En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.” En consecuencia, en este caso, siempre debe iniciarse y estar en curso un proceso ante un tribunal competente en cualquier materia, por lo que el método difuso de control de la constitucionalidad siempre es de carácter incidental, en el sentido de que la cuestión de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, se plantea al decidir un caso o proceso concreto, cualquiera sea su naturaleza, en el cual la aplicación o no de una norma concreta es considerada por el juez como relevante para la decisión del caso. En consecuencia, en el método difuso de control de constitucionalidad, el *thema decidendum*, es decir, el objeto principal del proceso y de la decisión judicial no es la consideración abstracta de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o su aplicabilidad o inaplicabilidad, sino más bien, la decisión de un caso concreto, por ejemplo, en materia civil, penal, administrativa, mercantil o laboral, etc., en el cual la cuestión de constitucionalidad sólo es un aspecto incidental en el proceso que sólo debe ser considerada por el juez para resolver la aplicabilidad o no de una ley en la decisión del caso concreto, cuando surgen cuestiones relativas a su inconstitucionalidad.¹⁴²

¹⁴² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, pp. 131 ss.; “El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano,” en Víctor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*

En el caso de la decisión de la Sala Constitucional N° 794 del 27 de mayo de 2011, la Sala se avocó al conocimiento de la causa, como se ha dicho, para no avocarse, de manera que la decisión que tomó no fue para decidir una causa penal para cuya resolución debía aplicar preferentemente la Constitución y desaplicar una ley, sino que fue una decisión independiente totalmente de la causa penal que resolvió debía continuar su curso en la Sala de Casación Penal. La decisión de la Sala Constitucional, fue entonces, una decisión cuyo único propósito fue “juzgar” la “constitucionalidad” del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario con entera independencia respecto de decisión alguna de un caso concreto relativo a las causas penales de las cuales se avocó, para no avocarse. Por ello, en este caso, no puede decirse que la Sala Constitucional haya aplicado con preferencia la Constitución y desaplicado una ley para decidir ningún caso concreto penal, que al contrario resolvió no decidir.

Con ello, la Sala Constitucional, además, ilegítimamente usurpó lo que era competencia exclusiva de la propia Sala de Casación Penal, es decir, al decidir las causas, resolver sobre la constitucionalidad mediante el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes conforme al artículo 334 de la Constitución y al artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, para lo cual esta tenía competencia exclusiva. La Sala Constitucional, en este caso, en un “proceso” cuyo objeto “principal” no era conocer y resolver sobre unas causas penales, se avocó a las mismas pero para ejercer el control de constitucionalidad del artículo 231 de la Ley de Instituciones del sector Bancario, usurpando a priori, lo que era competencia exclusiva de la Sala de Casación Penal, máxime si en la misma

Americano y Europeo, Edit. Abeledo-Perrot, dos tomos, Tomo I, Buenos Aires, Rep. Argentina, 2010, pp. 671-690.

decisión resolvió devolverle a la misma las causas para su decisión.

Pero además, debe observarse que otra de las características del control difuso de la constitucionalidad de las leyes se refiere a los efectos de la decisión que adopten los tribunales en relación con la constitucionalidad o aplicabilidad de una ley en un caso concreto. El régimen general en relación a determina a quienes afecta la decisión, es que la decisión adoptada por el juez sólo tiene efectos en relación con las partes en el proceso concreto en la cual aquella se adopta. En otras palabras, en el método difuso de control de constitucionalidad, la decisión adoptada sobre la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley en un caso concreto, sólo tiene efectos *in casu et inter partes*, es decir, en relación con el caso y exclusivamente, en relación con las partes que han participado en el mismo, por lo que no puede ser aplicada a otras personas extrañas a la relación procesal. Esta es la consecuencia directa del antes mencionado aspecto relativo al carácter incidental del método difuso de control de constitucionalidad, que exige que sólo se pueda ejercer en un proceso particular desarrollado entre partes específicas, por lo que la decisión sólo se puede aplicar a este proceso en particular y a las partes del mismo y, en consecuencia, no puede ni beneficiar ni perjudicar a ningún otro individuo ni a otros procesos. En consecuencia, conforme al método difuso, si en una decisión judicial una ley es considerada inconstitucional, esto no significa que dicha ley haya sido invalidada y que no sea efectiva y aplicable en otros casos. Sólo significa que en cuanto concierne a ese proceso particular y a las partes que en el mismo intervinieron, en el cual el Juez decidió la inaplicabilidad de la Ley, es que ésta debe considerarse inconstitucional, nula y sin valor, sin que ello tenga ningún efecto con relación a otros procesos, otros jueces y otros particulares.

Sin embargo, en los procesos desarrollados ante la Sala Constitucional, en materias de su competencia, por ejemplo, en un proceso de amparo o con motivo de la revisión constitucional de sentencias (art. 336.10), la Sala Constitucional, al decidirlos podría ejercer el control difuso de la constitucionalidad de la ley aplicable al caso concreto, y como Jurisdicción Constitucional en esas materias de su competencia, podría resolver darle carácter vinculante a su interpretación constitucional, en particular cuando están involucrados derechos colectivos y difusos, en cuyo caso los efectos de la decisión podrían ser de carácter *erga omnes*.¹⁴³ Sin embargo, ello sólo podría ocurrir cuando la Sala Constitucional adopte una decisión definitiva de un proceso constitucional que sea de su competencia y concierna a derechos colectivos o difusos.

Lo que no puede hacer la Sala Constitucional, es pretender ejercer el control difuso de la constitucionalidad de una ley con efectos vinculantes *erga omnes*, sin decidir una causa concreta en materias de su competencia, como ha ocurrido en este caso, en el cual la Sala se avocó para no avocarse ni para

¹⁴³ Así lo decidió, por ejemplo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela al resolver un proceso de amparo intentado en defensa de intereses colectivos o difusos, en sentencia N° 85 de 24 de enero de 2002, (Caso: *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (Asodevpirilara) vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y otros*), al expresar que como resultado de ese control: “la ley sobre la que se ejerce el control no ha sido anulada por inconstitucional, y sólo deja de aplicarse en el caso concreto, que en materia de acciones por derechos e intereses difusos o colectivos, que es la que conduce a la doctrina planteada, tienen un rango de desaplicación de mayor amplitud, producto de lo “universal” de la pretensión y de la naturaleza *erga omnes* de los fallos que en ellos se dictan; y por ello la desaplicación de la ley al caso, no resulta tan puntual como cuando en un juicio concreto se declara inaplicable una ley por inconstitucional, o se declara inconstitucional a una norma ligada a la situación litigiosa”. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

conocer de una causa penal, sino sólo para resolver declarar una ley inaplicable con efectos generales, es decir, no para decidir algún caso concreto, y luego devolver las actas y la causa al tribunal competente.

3. En tercer lugar, con la sentencia dictada por la sala Constitucional se produjo una **distorsión e ilegítima utilización del control de constitucionalidad de las leyes para usurpar la función legislativa.**

En efecto, la Constitución de 1999 otorgó a la Sala Constitucional amplios poderes en materia de control de la constitucionalidad de las leyes, consolidando la Jurisdicción Constitucional en el país. En su ejercicio, sin embargo, como lo indicó la Sala Constitucional, precisamente en esta sentencia de marzo de 2011, la Sala Constitucional declaró que no se puede sustituir al Legislador particularmente en la definición de la política legislativa sancionatoria penal. Es el Legislador el competente de acuerdo con la Constitución, para establecer los tipos penales y las sanciones, conforme al principio de la legalidad; y no pueden los otros órganos del Poder Público, incluido el propio Tribunal Supremo, conforme a sus propias palabras, según se ha citado con anterioridad,

“perseguir y sancionar a una persona por un comportamiento que la Ley no asocia a una sanción para el momento del hecho, y, por argumento en contrario, tampoco puede desconocer y no aplicar (a menos que la estime inconstitucional y la desaplique en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad) una norma jurídica que sí está prevista en el ordenamiento jurídico.”

Por ello, conforme lo ha dicho la Sala, sólo el Poder legislativo como órgano al cual el Texto Constitucional “le otorga la potestad de crear leyes está legitimados para crear otras que las deroguen y tal atribución no radica en [...] ningún [...] ente del Poder Judicial, si no, ante todo, en la Asamblea Na-

cional.” Ello implica, como la propia Sala lo dijo, que “Ningún magistrado (...) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo’, ese funcionario tampoco puede desconocer delitos y penas que sí dispone la Ley.” Por ello, la conclusión de la propia Sala Constitucional, en el sentido de que “no sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 *eiusdem*) reconocer la existencia de una norma que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él ...”.¹⁴⁴

Sin embargo, como se ha visto, en la sentencia comentada, al contrario de estas afirmaciones, la Sala Constitucional, mediante la construcción de una teoría de la interpretación jurídica hecha a la medida, pasó a “desconocer delitos y penas que sí dispone la ley,” y por vía de control difuso, pasó a “decretar a su voluntad penas contra otro individuo” ignorando que sólo la Asamblea Nacional tiene la “potestad de crear leyes” siendo la única “legitimada para crear otras que las deroguen,” no estando dicha atribución en órgano alguno del “Poder Judicial,” incluido la propia Sala Constitucional.

Con la decisión, comentada, en realidad, lo que efectivamente ocurrió -parafraseando el texto mismo de la decisión- fue que la Sala Constitucional asumió el rol de “legislador en materia penal” creando, al “revivir” normas derogadas, “tipos penales, no establecidos en el ordenamiento jurídico,” lo que pone en evidencia “un vicio de inconstitucionalidad, causado por una obvia usurpación de funciones de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución.” Ello fue lo que hizo la Sala Constitucional ordenando inaplicar en forma general una norma

¹⁴⁴ Sentencia de N° 490/11 citada en esta sentencia comentada.

aplicable y ordenando aplicar también en forma general una norma derogada.

La Sala, al tomar su decisión –y parafraseando de nuevo su decisión– en forma alguna puede decirse que haya desarrollado una “labor interpretativa del ordenamiento jurídico, en el marco del principio de conservación de los actos,” de manera que “con los elementos contenidos en la propia norma penal,” hubiera aclarado “el contenido y alcance de la misma en orden a garantizar que el Derecho esté al servicio de la convivencia, del desarrollo y del progreso humano.” Nada de eso ocurrió. La Sala no elaboró nada en relación con “el principio de conservación de los actos,” que no aplicó; ni “con los elementos contenidos en la propia norma penal,” realizó actividad alguna para aclarar “el contenido y alcance de la misma.” Pura y simplemente resolvió su inaplicación a pesar de que era más favorable, pero para ordenar aplicar una norma inexistente por derogada, es decir, creando una norma nueva más gravosa para los encausados, pues la derogada, como tal, había dejado de existir, y no podía ser “revivida.”

En todo caso, con una usurpación de funciones legislativas como la producida por la sentencia comentada, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo simplemente le niega la potestad que tiene en legislador de penalizar conductas y a la vez de despenalizarlas. Parecería, de acuerdo con la sentencia, que una vez penalizada una conducta, el legislador en el futuro no tiene otro camino que no sea asegurar su perpetuidad, y si algún cambio normativo puede producir solo puede ser para agravar la penalización, pero nunca para despenalizar, olvidándose, por lo demás, del principio de la primacía de la libertad y de los derechos individuales sobre las actuaciones del Estado en nuestro sistema constitucional.

En otras palabras, la Constitución al otorgar al Legislador la potestad para determinar delitos y penas, no erige el *jus*

puniendi como teniendo primacía sobre la libertad; sino al contrario, condiciona su ejercicio al principio de la libertad y primacía de los derechos humanos. La sala Constitucional, sin embargo, en su sentencia invirtió estos principios.

4. En cuarto lugar, con la sentencia de la Sala Constitucional que se comenta, se produjo una **abierto violación del principio constitucional del “*in dubio pro reo*”** que establece el artículo 24 del Texto Fundamental, y en el cual se impone al operador judicial el principio de que “cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo.”

En la sentencia comentada, al contrario, la Sala Constitucional, ante la duda que podía derivarse del cambio de redacción del artículo sobre apropiación y disposición de recursos en la Ley sobre actividades bancarias, no sólo ignoró el principio, sino que deliberadamente decidió en contra el mismo, al resolver, en el caso de duda, suspender la aplicación de la norma que beneficiaba al reo y poner en vigencia una norma derogada que lo perjudicaba más.

Y para ello, violando flagrante una garantía constitucional del debido proceso penal, la Sala Constitucional insólitamente invocó la protección de derechos fundamentales universales, apelando nada menos que al artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que buscaba asegurar la no impunidad en materia de genocidio o delitos de lesa humanidad, como si un delito en materia bancaria en un país determinado pudiese ser equiparado con esos delitos hacia los cuales, sin duda, fue que apuntó, apenas concluida la segunda guerra mundial, el referido Pacto Internacional; lo que hace aún más absurda la sentencia.

IX

EL NUEVO SECUESTRO DE LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL, MEDIANTE AVOCAMIENTO DE LOS JUICIOS DE NULIDAD DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL DE ABRIL DE 2013

El día 14 de abril de 2013, en medio del legado de odio y resentimiento políticos que dejó el recién fallecido Presidente Higo Chávez, y con un candidato del Estado que desarrolló la campaña electoral alegando ser “su hijo,” se desarrolló en Venezuela el proceso electoral para elegir a la persona que debía completar el período constitucional 2013-2019 que aquél no pudo iniciar, por imposibilidad física, no sólo porque como se informó, estaba ausente del país postrado en una cama de hospital en La Habana, sino porque como también se informó, estaba totalmente incapacitado para juramentarse el 10 de enero.

El Consejo Nacional Electoral luego de una larga espera ya casi a la media noche del mismo día 14 de abril, anunció un boletín informativo los resultados obtenidos después de escrutados el 92% (14,775,741) de los votos emitidos en el país, en el cual dio como ganador al candidato del Estado y del gobierno, quien además estaba en ejercicio de la Presidencia, Nicolás Maduro por un margen del 1.59%, en relación a la

votación obtenida por el candidato de la oposición, Henrique Capriles Radonski. Los resultados ofrecidos fueron los siguientes: Henrique Capriles: 7,270,403 con 49.20%; Nicolás Maduro: 7,505,338 con 50.80%.

Este resultado, y las dudas existentes sobre la limpieza del proceso electoral en su conjunto, incluido su manejo electrónico luego de saberse antes de las elecciones que miembros del partido de gobierno tenían las claves de acceso al mismo, llevó a candidato de la oposición, como era lo esperado, a cuestionar el resultado ofrecido, razón por la cual a los pocos días de las elecciones se presentaron diversos recursos contencioso electorales con el propósito de impugnar los resultados del proceso comicial celebrado el 14 de abril de 2013 ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, que es al competente conforme a la Constitución para conocer de los mismo no sin antes haberse producido varios pronunciamientos públicos de la Presidenta del Tribunal Supremo, negado la posibilidad de revisiones, auditorias o cuestionamiento de las elecciones.¹⁴⁵

Con fecha 20 de junio de 2013, la sala Constitucional mediante sentencia N° 795,¹⁴⁶ de oficio, y sólo por notoriedad judicial, constató que ante la Sala Electoral se encontraban en sustanciación siete procesos contencioso electorales, en los expedientes identificados con los números AA70-E-2013-000025, AA70-E-2013-000026, AA70-E-2013-000027, AA70-E-2013-000028, AA70-E-2013-000029, AA70-E-2013-

¹⁴⁵ Véase por ejemplo en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/elecciones-2013/130417/para-la-presidenta-del-tsj-no-existe-el-conteo-manual>; y en <http://globovision.com/articulo/presidenta-del-tsj-en-venezuela-el-sistema-manual-no-existe-se-ha-enganado-a-la-poblacion>.

¹⁴⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/795-20613-2013-13-0538.html>

000031 y AA70-E-2013-000033, en los cuales de habían impugnado las referidas elecciones de 14 de abril de 2013. La Sala, en atención a dichas impugnaciones, procedió, de oficio, a fundamentar el avocamiento de dichas causas, analizando en el capítulo “Único” de la sentencia, el artículo 25.16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, en el cual se definió dijo, como “competencia privativa de esta Sala Constitucional, la de “Avocar las causas en las que se presuma violación al orden público constitucional, tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme.”

Se trata, como lo identificó la Sala en la sentencia, de una “extraordinaria potestad, consecuente con las altas funciones que como máximo garante de la constitucionalidad y último intérprete del Texto Fundamental” que se han asignado a esta Sala Constitucional, reconociendo que

“el avocamiento es una figura de superlativo carácter extraordinario, toda vez que afecta las garantías del juez natural y, por ello, debe ser ejercida con suma prudencia y sólo en aquellos casos en los que pueda verse comprometido el orden público constitucional (*vid.* sentencias números 845/2005 y 1350/2006).”

La doctrina y la norma que autoría el avocamiento es, sin duda clara, y de aplicación estricta por la excepcionalidad de la potestad, al exigir como motivo para la avocación que “se presuma violación al orden público constitucional” para lo cual, lo mínimo que se requiere es que la Sala haya tenido previamente conocimiento del expediente de la causa para poder deducir una presunción de violación del orden público constitucional. Por lo demás, efectivamente tiene que tratarse de que del estudio de los expedientes resulta dicha presunción de “violación al orden público constitucional” y no de cual-

quier otro motivo, ni siquiera que el tema debatido tenga importancia nacional

Pero por lo visto del texto de la sentencia, esta limitación legal no tuvo importancia alguna para La Sala Constitucional, la cual simplemente anunció que”:

“no sólo hará uso de esta facultad en los casos de posible transgresión del orden público constitucional, ante la ocurrencia de acciones de diversa índole en las cuales se podría estar haciendo uso indebido de los medios jurisdiccionales para la resolución de conflictos o con el fin de evitar el posible desorden procesal que se podría generar en los correspondientes juicios, sino también cuando el asunto que subyace al caso particular tenga especial trascendencia nacional, esté vinculado con los valores superiores del ordenamiento jurídico, guarde relación con los intereses públicos y el funcionamiento de las instituciones o que las pretensiones que han generado dichos procesos incidan sobre la institucionalidad democrática o el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente sus derechos políticos.”

Es decir, para la Sala, su poder de avocación podría ejercerse ilimitadamente, por cualquier motivo de interés general, como (i) la “posible transgresión del orden público constitucional,” (ii) “la ocurrencia de acciones de diversa índole en las cuales se podría estar haciendo uso indebido de los medios jurisdiccionales para la resolución de conflictos,” (iii) “con el fin de evitar el posible desorden procesal que se podría generar en los correspondientes juicios,” (iv) “cuando el asunto que subyace al caso particular tenga especial trascendencia nacional,” (v) cuando dicho asunto “esté vinculado con los valores superiores del ordenamiento jurídico, guarde relación con los intereses públicos y el funcionamiento de las instituciones” o (vi) “que las pretensiones que han generado dichos

procesos incidan sobre la institucionalidad democrática o el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente sus derechos políticos.”

Todo ello es esencialmente contrario a lo que dispone la norma atributiva de competencia, la cual no autoriza en forma alguna a que mediante avocamiento, la Sala pretenda fundamentar una potestad universal para “aclarar las dudas y agenciar los procesos previstos para darle respuesta a los planteamientos de los ciudadanos y garantizar el ejercicio de sus derechos.” Ello no está autorizado en norma alguna, por lo que los párrafos siguientes de la sentencia no pasan de ser pura retórica vacía, que:

“Así pues, la jurisdicción constitucional en la oportunidad respectiva debe atender al caso concreto y realizar un análisis en cuanto al contrapeso de los intereses involucrados y a la posible afectación de los requisitos de procedencia establecidos para la avocación, en los términos expuestos, con la finalidad de atender prontamente a las posibles vulneraciones de los principios jurídicos y los derechos constitucionales de los justiciables.

De esta manera, la competencia de la Sala establecida en la referida disposición viene determinada, como se expuso, en función de la situación de especial relevancia que afecte de una manera grave al colectivo, en cuyo caso, la Sala podría uniformar un criterio jurisprudencial, en aras de salvaguardar la supremacía del Texto Fundamental y, así, el interés general.

Luego la Sala, para seguir buscando cómo justificar un avocamiento que era a todas luces improcedente apeló a un supuesto “criterio consolidado” de la Sala citando las sentencias números 373/2012 y 451/2012) según el cual “especialmente en los asuntos litigiosos relacionados con los derechos de participación y postulación, se encuentra vinculado el

orden público constitucional,” razón por la cual al decir de la Sala, “en el caso de autos,” es decir de la impugnación de las elecciones del 14 de abril de 2013,

“con mayor razón, existen méritos suficientes para que esta Sala estime justificado el ejercicio de la señalada potestad, pues ha sido cuestionada la transparencia de un proceso comicial de la mayor envergadura, como el destinado a la elección del máximo representante del Poder Ejecutivo, así como la actuación de órganos del Poder Público en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, de lo que se deduce la altísima trascendencia para la preservación de la paz pública que reviste cualquier juzgamiento que pueda emitirse en esta causa.”

O sea que la Sala Electoral podrá ser despojada de su competencia por la Sala Constitucional, a su arbitrio, cada vez que se impugne unas elecciones.

Con base en lo antes indicado, y sólo con base en ello, mediante la sentencia N° 795 de 20 de junio de 2013, la Sala Constitucional “de oficio, en tutela de los derechos políticos de los ciudadanos y ciudadanas, del interés público, la paz institucional y el orden público constitucional, así como por la trascendencia nacional e internacional de los resultados del proceso instaurado,” se avocó al conocimiento de las siete antes identificadas causas contencioso electorales

“así como cualquier otra que curse ante la Sala Electoral de este Máximo Juzgado y cuyo objeto sea la impugnación de los actos, actuaciones u omisiones del Consejo Nacional Electoral como máximo órgano del Poder Electoral, así como sus organismos subordinados, relacionados con el proceso comicial celebrado el 14 de abril de 2013.”

De todo ello, la Sala entonces ordenó a la Sala Electoral, que le remitiera todas y cada de las actuaciones correspon-

dientes, no antes de avocarse como lo exige la Ley Orgánica, sino después de ello.

Esta decisión de la Sala Constitucional, implica, entre otros aspectos, lo siguiente:

Primero, que la Sala Constitucional, materialmente ha vaciado de competencias a la Sala Electoral, violando la Constitución, al avocarse en este caso para conocer de impugnaciones a un proceso electoral presidencia. Cualquiera que se haga en el futuro, va a implicar el mismo interés general alegado por la Sala, y podrá ser avocado por esta.¹⁴⁷

En segundo lugar, la Sala Constitucional tendrá que comenzar decidiendo sobre la admisibilidad de los recursos contenciosos electorales, ninguno de los cuales había llegado a ser admitido judicialmente.

En tercer lugar, para ello, los magistrados de la Sala Constitucional que participaron en las decisiones de 9 de enero de 2013 y de 8 de marzo de 2013 mediante las cuales ante la ausencia del Presidente Chávez del país, y su posterior fallecimiento, se instaló en el ejercicio de la Presidencia de la república a Nicolás Maduro, a quien además se autorizó a ser candidato a la presidencia sin separarse del cargo de Vicepresidente, pues los recursos cuestionan la forma cómo se ejerció

¹⁴⁷ Como lo ha dicho la profesora Cecilia Sosa Gómez, ex Presidenta de la antigua Corte Suprema de Justicia: “La Sala Constitucional por sentencia de 20 de junio de 2013 borró el artículo constitucional 297 al resolver que esa Sala no estaba en condiciones para sentenciar las demandas de nulidad de las elecciones celebradas el 14 de abril de 2013,” en “La auto implosión de un Tribunal,” publicado en *Panorama.com.ve*, 28 de junio de 2013, en <http://m.panorama.com.ve/not.php?id=72067>

la Presidencia de la república desde el 8 de diciembre de 2012 hasta el 14 de abril de 2013.¹⁴⁸

Seguramente nada de esto sucederá: los recursos de nulidad quizás no sean admitidos con la celeridad debida; y no haya inhibición alguna. Y si son decididos ya se encuentran decididos de antemano.¹⁴⁹ En realidad, la sentencia de avocamiento de la Sala Constitucional no es sino una muestra más de la actuación de un órgano del Estado, no sujeto a control alguno, que se ha colocado por encima de la Constitución y la ley, que muta y reforma la Constitución a su antojo y libremente; que reforma las leyes sin limite; que las interpreta *contra legem*; que se inventa poderes por encima de la propia Constitución, como el de controlar ilimitadamente a las otras Salas del Tribunal Supremo; que confisca bienes; que impone Presidentes sin legitimidad democrática; y que hasta controla la actuación de los tribunales internacionales declarando sus sentencias inejecutables y hasta "inconstitucionales." Con esta sentencia de avocamiento, además, ahora abiertamente, puede decirse que todo en Venezuela depende de la Sala Constitucional, y que todo ella lo controla, y además, dirige.

¹⁴⁸ Véase José Ignacio Hernández G., "¿Por qué la Sala Constitucional le quitó a la Sala Electoral las impugnaciones?," en <http://www.venetubo.com/noticias/%BFPor-qu%E9-la-Sala-Constitucional-le-quit%F3-a-la-Sala-Electoral-las-impugnaciones-R34977.html>

¹⁴⁹ Como también lo ha dicho la profesora Cecilia Sosa G., ex Presidenta de la antigua Corte Suprema de Justicia: "Estos expedientes ya están sentenciados, y no hay nada que esperar de la Sala Constitucional," en "La auto implosión de un Tribunal," publicado en *Panorama.com.ve*, 28 de junio de 2013, en <http://m.panorama.com.ve/not.php?id=72067>

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN: León Henrique Cottín.....	7
PRÓLOGO: José Ignacio Hernández G.....	9
INTRODUCCIÓN.....	29
I. PRECISIÓN SOBRE EL LA INSTITUCIÓN DEL AVOCAMIENTO COMO PRINCIPIO PROPIO DE LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Y SOBRE SU INCOMPATIBILIDAD CON LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA.....	33
II. LA EXCEPCIONAL POTESTAD DE AVOCAMIENTO POR PARTE DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA ANTIGUA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ESTABLECIDA EN LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE 1976	39
III. LA EXTENSIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO HACIA TODAS LAS SALAS DEL MISMO PARTIR DE 2002	45
IV. LA “CREACIÓN” JURISPRUDENCIAL POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO RESPECTO DE CAUSAS QUE CURSEN ANTE OTRAS SALAS DEL MISMO, Y NO SÓLO ANTE TRIBUNALES DE INSTANCIA	51

V. LAS PREVISIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2004, FORMALIZANDO LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO POR PARTE DE TODAS LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, Y LA COMPETENCIA EXCEPCIONAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL, RESPECTO DE CAUSAS CURSANTES ANTE LAS OTRAS SALAS	127
VI. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL PARA IMPEDIR AL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO JUEZ NATURAL, DECIDIR DETERMINADAS CAUSAS JUDICIALES, Y CONTRIBUIR A LA VEZ A LA EJECUCION DE POLITICAS PÚBLICAS, SIN TENER COMPETENCIA PARA ELLO	135
VII. LA REGULACIÓN DE LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 2010	155
VIII. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL PARA USURPAR LA FUNCIÓN LEGISLATIVA, SUBVERTIR EL ORDEN JURÍDICO EN PROCESOS PENALES, Y EJERCER EL CONTROL DIFUSO DE INCONSTITUCIONALIDAD SIN APLICAR PREFRENTEMENTE NORMA CONSTITUCIONAL ALGUNA.....	163
IX. EL NUEVO SECUESTRO DE LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL, MEDIANTE AVOCAMIENTO DE LOS JUICIOS DE NULIDAD DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL DE ABRIL DE 2013	199
ÍNDICE GENERAL.....	207