

LA INCONSTITUCIONAL Y DELICTIVA SENTENCIA DE LA SALA ELECTORAL PRETENDIENDO “SUSPENDER” LAS ELECCIONES DE DIPUTADOS EL ESTADO AMAZONAS ES INEJECUTABLE

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I

El texto de la esperada y clandestina sentencia N. 260 del 30 de diciembre de 2015 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, publicada a mediodía del 4 de enero de 2015,¹ que fue dictada el día anterior, 29 de diciembre de 2014 con ocasión de la demanda intentada por Nicia Marina Maldonado Maldonado contra el acto de votación de las elecciones de diputados efectuadas en el Estado Amazonas el día 6 de diciembre de 2015; confirma la tremenda irresponsabilidad e ignorancia de quienes la redactaron, lo que abona aún más la tesis de que la nueva Asamblea Nacional no puede dejar de revocar las inconstitucionales designaciones de los magistrados que integran dicha Sala.²

Por el texto de la sentencia, en efecto, al fin, cinco días después de haber sido “dictada,” los venezolanos pudieron constatar no solo la magnitud de la ilegalidad cometida por los irresponsables “jueces” que integran la Sala Electoral al dictar la sentencia, sino a través de la misma, conocer, primero, el texto de la demanda que la motivó, intentada por una “candidata a Diputada de la Asamblea Nacional por el estado Amazonas, postulada por el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) y otras organizaciones,” quien por supuesto no salió electa; y segundo, el objeto de la misma intentada contra “el acto de votación” de dichas elecciones parlamentarias, siendo la solicitud formulada que:

“se anule la elección de los cargos a diputados a la Asamblea Nacional por el Estado Amazonas, que implica: i) el acto de votación; ii) el acto final de escrutinio; iii) el acto de totalización; y iv) el acto de proclamación de los ganadores de los curules correspondientes.”

¹ Véase en <http://www.tsj.gob.ve/en/decisiones#3>

² Véase Allan R. Brewer-Carías, “El irresponsable intento de “golpe judicial” electoral, y la necesaria revocación inmediata de la inconstitucional “designación” de los magistrados de la Sala Electoral efectuada por la asamblea moribunda,” 4 de enero de 2016, en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/LA%20IRRESPONSABILIDAD%20EN%20EL%20GOLPE%20JUDICIAL%20ELECTORAL%20Y%20LA%20REVOCACION%20DE%20LOS%20JUECES%2004-01-2016.pdf>

II

Es decir, la sentencia se dictó con ocasión de una demanda de nulidad de las elecciones parlamentarias efectuadas en el Estado Amazonas el 6 de diciembre pasado, la cual, de declararse con lugar, conforme al artículos 170 de la misma Ley Orgánica sobre los Procesos Electorales, implicaría que el Consejo Nacional Electoral tendría que convocar “un nuevo proceso electoral” en el Estado.

Precisamente por esta consecuencia que tendría legalmente una declaratoria de la nulidad de una elección, el artículo 215 de la Ley Orgánica sobre Procesos Electorales es tan preciso en establecer las causas de nulidad de una elección, que solo pueden ser:

- “1. Cuando se realice sin previa convocatoria del Consejo Nacional Electoral.
2. Cuando hubiere mediado fraude, cohecho, soborno o violencia, en la formación del Registro Electoral, en las votaciones o en los escrutinios y dichos vicios afecten el resultado de la elección de que se trate.
3. Cuando el Consejo Nacional Electoral o el órgano judicial electoral correspondiente determine que en la elección realizada no se ha preservado o se hace imposible determinar la voluntad general de los electores y las electoras.”

Según lo reseña la sentencia, parecería que la demanda se basó en el segundo ordinal del artículo 215, aun cuando curiosamente dicho artículo ni siquiera se cita a lo largo de la sentencia, al informarse que la demanda se intentó:

“contra el acto de votación de las elecciones Parlamentarias celebradas el pasado 6 de diciembre de 2015, por estar viciado de NULIDAD ABSOLUTA, al ser producto de la manipulación de la votación libre y secreta de los electores del Estado Amazonas y que en su conjunto constituyen un fraude estructural y masivo que afecta al sistema electoral venezolano (...)” (sic) (resaltado del original).”

Es decir, en este caso, se trataría de un alegato basado en lo que quizás sea el más grave de los vicios que puedan achacarse a una elección, que es el “fraude” electoral “estructural y masivo,” lo que sin duda para que cualquier demanda pudiera prosperar, requeriría no sólo de la precisión sobre en qué consistió la conducta del engaño o aprovechamiento del error de alguien por parte del autor del fraude para obtener un provecho en beneficio propio o de un tercero, capaz de haber afectado “el resultado de la elección,” sino por sobre todo, requeriría de una prueba sólida y fehaciente de ello del dicho fraude.

III

El recurso de nulidad, tal como se reseñó en la sentencia, estuvo basado únicamente en el supuesto hecho de que una alta funcionaria de la Gobernación del Estado Amazonas (Secretaria de la Gobernación), habría pagado “*diversas cantidades de dinero a los electores para votar por candidatos opositores,*” quien además, había condicionado “*la entrega de beneficios económicos a cambio de un voto favorable para los candidatos opositores,*” agregándose que dicha funcionaria dirigía “*acciones destinadas a manipular el voto asistido de los ciudadanos adultos mayores o aquellos que por alguna condición física o cualquier otro impedimento le dificultaba ejercer su derecho al sufragio (...).*” En síntesis, se afirmó en el recurso, según la sentencia, que:

“la secretaria de la Gobernación del mencionado Estado, Victoria Franchi Caballero” ofrecía entre Dos Mil Bolívares (Bs. 2.000,00) y Cinco Mil Bolívares (Bs. 5.000,00), a los habitantes de Amazonas para que votaran por la mesa de la Unidad Democrática (MUD) o ayudaran a desviar el voto de las personas que por razones físicas u otro impedimento realizaran su votación de forma asistida” (sic).

De ello, concluyó la demandante, según la reseña de la demanda que se hace en la sentencia, que “*los ciudadanos y ciudadanas que ejercieron su derecho al sufragio durante este proceso electoral en el Estado Amazonas, no lo hicieron de manera libre y voluntaria, sino bajo la presión y coaccionados por acciones de la tolda opositora que la Ley especial denomina como ‘fraude, cohecho, soborno o violencia’ lo cual afecto los resultados del proceso electoral parlamentario” (sic).*”

IV

La única prueba que la recurrente presentó del supuesto “fraude estructural y masivo” ante la Sala Electoral, según lo reseña la sentencia, habría sido el texto de una grabación en la cual se podía escuchar una conversación que habría sostenido la mencionada secretaria de la Gobernación del Estado Amazonas, “*con otra persona anónima,*” en la cual se hacían las afirmaciones antes destacadas; grabación que “*en fecha 16 de diciembre de 2015, fue difundida por los medios de comunicación social.*”

Una demanda o recurso con ese sólo fundamento genérico, basado en una supuesta conversación sostenida por un funcionario público con una “persona anónima,” que constaría de grabación ilegal, por supuesto no resiste el menor análisis ni consideración, y lo que debió haber hecho la Sala Electoral al recibirla, lejos de admitirla, era declarar el recurso como inadmisibile, pues como resulta de la reseña que se hace en la sentencia, no solo resulta que la recurrente no acompañó prueba alguna de la certeza de la supuesta conversación, ni de que la misma realmente hubiera tenido lugar, sino que tampoco acompañó prueba alguna

de que, por ejemplo, algún votante hubiera efectivamente recibido algún dinero para votar el 6 de diciembre de 2015 a favor de algún candidato, de manera que el “fraude estructural y masivo” se hubiese producido en el Estado.

De lo anterior resulta, por tanto, como lo reseñó la Sala Electoral, que en el expediente no hay prueba alguna de que en las elecciones parlamentarias del Estado Amazonas hubiese ocurrido algún fraude estructural y masivo, y lo único que se alegó fue que en una conversación privada entre dos personas, se habló de pagos a electores para que fueran a votar, pero sin identificarse ni siquiera uno en todo el Estado. Ello, se insiste, bastaba para declarar inadmisibile la demanda.

V

Pero lo más grave de esta insensatez cometida por la Sala Electoral, al admitirse la demanda, es que tanto a la recurrente como a la Sala Electoral se les olvidó – o ignoraban de su existencia - que el artículo 49.1 de la Constitución declara “nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso,” lo que significa que ningún proceso en Venezuela puede fundarse sobre pruebas ilícitas, que son aquellas obtenidas en violación de los derechos fundamentales.

En Venezuela, la Constitución protege el derecho de las personas a la “confidencialidad” (art. 6), y garantiza en el artículo 48 “el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas” prohibiendo que puedan ser “interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso.”³

Ello, además, está regulado con detalle en la “Ley sobre protección a la privacidad de las comunicaciones,”⁴ que la sentencia también ignoró, que fue dictada en 1991, precisamente con el objeto de “proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas,” en la cual se tipifica como delito castigado con prisión de tres a cinco años, a quien “arbitraria, clandestina o fraudulentamente grabe o se imponga de una comunicación entre otras personas” (art 2). La Ley, además, dispone que en dicha pena también incurre, “quien revele, en todo o en parte, mediante cualquier medio de información, el contenido de las comunicaciones” (art. 2), e incluso, castiga con prisión de seis a treinta meses, a quien “perturbe la tranquilidad de otra persona mediante el uso de información obtenida por

³ Véase en el mismo sentido, lo indicado por José Ignacio Hernández, “¿Qué dijo la Sala Electoral para “suspender” a los diputados de Amazonas?,” en *Prodavinci*, 4 de enero de 2016, en <http://prodavinci.com/blogs/que-dijo-la-sala-electoral-para-suspender-a-los-diputados-de-amazonas-por-jose-i-hernandez/>

⁴ Véase en *Gaceta Oficial* No. 34.863 de 16 de diciembre de 1991

procedimientos condenados por esta Ley y creare estados de angustia, incertidumbre, temor o terror” (art. 5).

En consecuencia, el sólo hecho de que una persona haya acudido ante la Sala Electoral con una demanda basada en una grabación ilegal de una conversación privada entre dos personas, para alegar un “fraude electoral estructural y masivo,” bastaba no solo para declarar la inadmisibilidad de la demanda, sino para requerir el enjuiciamiento de la recurrente ante el Ministerio Público, por pretender fundamentar una demanda en un hecho delictivo. Al no hacerlo y admitir la demanda y aceptar como único medio de prueba de la misma una grabación ilegal, los señores jueces de la Sala Electoral, a su vez, incurrieron en delito al ser cómplices del delito cometido.

La sentencia No. 260, por tanto, está viciada de inconstitucionalidad e ilegalidad, siendo el contenido de la misma en sí mismo un acto delictivo, que amerita que quienes la firmaron sean enjuiciados, aun cuando en dicha sentencia no se haya resuelto el fondo de asunto planteado, que fue la declaratoria de nulidad de las elecciones en el Estado Amazonas, sino solo una medida cautelar, pues ésta está basada en una prueba ilegal.

VI

En efecto, la sentencia, como acto delictivo, se limitó a considerar y decidir, sin que los jueces recibieran por supuesto los antecedentes administrativos y el informe sobre los aspectos de hecho y de derecho relacionados con el recurso que la Sala Electoral solicitó al Consejo Nacional Electoral, sobre la específica solicitud formulada por la recurrente, de que la Sala dictase una medida cautelar consistente en el:

“amparo temporal de los derechos constitucionales previstos en los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, violentados por las toldas opositoras, como medio definitivo para establecer la situación jurídica, ya que se está vulnerando de manera flagrante, grosera, directa e inmediata los derechos constitucionales de los electores y electoras del Estado Amazonas, siendo que de esta forma se mantengan en la misma situación fáctica que tenían antes de la violación, hasta tanto sea decidido el presente recurso.

Por supuesto, para poder considerar la medida cautelar solicitada, la Sala Electoral, como lo expresó en su sentencia, ineludiblemente no solo tuvo que apreciar en el caso “la presunción del derecho reclamado (*fumus boni iuris*),” y “que la medida sea necesaria a fin de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva (*periculum in mora*),” sino “los elementos probatorios que acrediten la existencia de presunción los requisitos anteriores,” es

decir, la Sala tuvo que haber valorado la viciada prueba aportada, es decir, la grabación ilegal de una supuesta conversación privada entre dos personas.

Pero lejos de considerar esa circunstancia de ilegalidad, al contrario, la Sala Electoral la valoro totalmente, e incluso, como el único fundamento de lo alegado por la recurrente de considerar, irresponsablemente, que:

“(...) los diputados electos en el circuito electoral del Estado Amazonas carecen de legitimidad, siendo que además no representan la voluntad del pueblo del Estado Amazonas, por lo tanto al asumir los cargos el próximo 05 de enero de 2016 los candidatos elegidos por dicho Estado en la Asamblea Nacional, podría existir el riesgo que los mismos tomen decisiones sin tener la representatividad del pueblo amazonense.”

VII

Esa valoración de la prueba ilegal para acordar al medida preventiva, por otro lado, la hizo la Sala solo atendiendo al argumento de la recurrente de que como la grabación ilegal de la conversación privada había sido divulgada en los medios – lo que en sí mismo era un delito – entonces se trataba de un supuesto *“hecho notorio comunicacional”* respecto del cual según la sentencia, *“la parte que lo alega está exenta de cumplir con la carga de su demostración.”*

Tan simple y burdo como lo que queda dicho, que no es otra cosa que decir que si se obtiene una grabación ilegal de una conversación, sin siquiera saberse si la misma es cierta, y no es un montaje, sin embargo si se la divulga en los medios de comunicación – cometándose un delito -, ello entonces convierte el delito y el contenido de lo supuestamente dicho en un *“hecho notorio comunicacional,”* que tiene que tomarse por cierto, sin que nada tenga que probarse. Mayor aberración jurídica es ciertamente imposible de concebir.

Y eso fue lo que resolvió esta irresponsable Sala Electoral, apelando a una cuestionable decisión de la Sala Constitucional (sentencia N° 98 del 15 de marzo del 2000),⁵ que lejos de avalar lo decidido por la Sala Electoral, impedía adoptar la decisión, pues dicha sentencia lo que insistió fue que lo podía dar origen a un *“hecho notorio comunicacional”* era un *“hecho”* publicitado y no un *“testimonio”* de una conversación sobre hechos que es lo que contiene la grabación ilegal.

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre el llamado ‘hecho comunicacional’ como fundamento de una acusación penal”, en *Temas de Derecho Penal Económico, Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez* (Compiladora Carmen Luisa Borges Vegas), Fondo Editorial AVDT, Obras colectivas OC No2, Caracas 2007, pp. 787-816; y “Consideraciones sobre el ‘hecho comunicacional’ como especie del ‘Hecho Notorio’ en la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo” en *Revista de Derecho Público*, N° 101, enero-marzo 2005, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 225-232.

Por ejemplo, de acuerdo con la sentencia de la Sala Constitucional citada, un “hecho público comunicacional” serían los ataques terroristas del 13 de noviembre de 2015 ocurridos en París, que no requieren de prueba, pues como lo dice la sentencia de la Sala Electoral constan de “grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la *difusión del hecho*, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia.” Esos “hechos” son distintos a los “testimonios” que pudieron darse sobre esos hechos, contentivos en declaraciones publicitadas, que nunca podrían ser el tal “hecho notorio comunicacional.”

En los mismos términos, cómo lo resolvió la propia Sala Electoral en la sentencia No. 145 del 27 de octubre de 2010, ratificada en la No. 58 del 9 de julio de 2013, que se cita en la misma sentencia que comentamos, lo publicitado “**debe tratarse de hechos** y no de opiniones o testimonios, **de eventos reseñados por los medios como noticia** (...) (destacado del original).”

VIII

Sin embargo, en el caso decidido por la Sala Electoral, en la grabación de una conversación privada que supuestamente sería la prueba de un fraude, en realidad no hay ningún “hecho” publicitado -salvo la grabación ilegal en si misma - que se configure como hecho notorio comunicacional, sino que lo que hay solo sería solo un “testimonio” de alguna persona sobre hechos. Por ello, si la sentencia hubiese sido dictada para enjuiciar a los responsables del delito de divulgación de conversaciones privadas, el “hecho” de la grabación en cuestión difundida en los medios habría sido prueba suficiente del delito; pero en este caso, no se estaba juzgando el “hecho” de que se divulgó una grabación ilegal, sino un supuesto hecho que era un “fraude” que supuestamente solo constaba de “testimonios” expresados en una conversación.

La propia Sala Electoral confesó en su sentencia que solo apreció:

“la uniformidad en diversos medios impresos y digitales de comunicación social del día 16 de diciembre de 2015, de *un hecho noticioso consistente en la difusión de grabación del audio de una conversación* entre la ciudadana Victoria Franchi Caballero, Secretaria de la Gobernación del estado Amazonas, y persona no identificada (anónima) en la cual se refiere la práctica de compra de votos y pago de prebendas a electores para votar por la denominada Mesa de la Unidad Democrática (MUD) o ayudar a desviar la voluntad de las personas que requerían asistencia para el acto de votación.”

Es decir, el hecho noticioso para la Sala Electoral fue solo la difusión de la grabación ilegal, no el contenido de la misma, que no era más que un testimonio, y que por supuesto nunca podría ser un “hecho notorio comunicacional.” Es decir, si

la grabación constituía una prueba de algo, solo es de la comisión de un delito, pero no de alguna violación electoral.

Por ello, aplicar la tesis del “hecho notorio comunicacional” para eximir a la recurrente de la carga de probar un hecho tan grave como es un “fraude estructural y masivo” en una elección popular, es una aberración jurídica imperdonable, y lo menos que ameritaría es retrotraer a estos magistrados a que comenzaran a estudiar derecho, que por lo visto nunca hicieron. Y no basta para justificar el error de derecho cometido, argumentar que alguien hubiese solicitado el inicio de alguna investigación por el contenido de la grabación, o de que la persona que habría supuestamente dado un testimonio hubiese sido aprehendida. Ello solo demuestra el hecho de que se produjo un delito que fue la divulgación de una grabación ilegal, que la Sala Electoral estaba en la obligación de procurar que se sancionara.

IX

La fundamentación de la declaración de procedencia de la medida de amparo cautelar que se había solicitado, por tanto, basada solo en la divulgación de una grabación ilegal, es contraria a la Constitución, a la ley y a la propia jurisprudencia de la Sala, al igual que es contrario a derecho lo decidido en la sentencia al ordenar, como se anunció en la página web de la Sala en 30 de diciembre de 2015:

“de forma provisional e inmediata la suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación emanados de los órganos subordinados del Consejo Nacional Electoral respecto de los candidatos electos por voto uninominal, voto lista y representación indígena en el proceso electoral realizado el 6 de diciembre de 2015 en el estado Amazonas para elección de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, hasta que se dicte sentencia definitiva en la presente causa.”

Como se ha dicho,⁶ con lo que estamos de acuerdo, la suspensión de efectos de determinados actos se puede adoptar cuando los dichos efectos no se han producido o están cumpliéndose. Por ejemplo, en una demanda contencioso administrativa de nulidad contra un permiso de construcción, se puede dictar la suspensión de efectos del acto recurrido siempre que la edificación permisada no hubiese comenzado, o si estuviese en curso la edificación, paralizando en consecuencia la obra. Pero si la obra se terminó y la edificación está completa, no habría nada que suspender. La suspensión de efectos en ese caso es simplemente imposible.

⁶ Véase José ignacio Hernández, “¿Qué puede pasar el #5E, día de la instalación de la Asamblea Nacional?, en *Prodavinci*, 2 de enero de 2016, en [http://prodavinci.com/blogs/que-puede-pasar-el-5e-dia-de-la-instalacion-de-la-asamblea-nacional-por-jose-ignacio-hernandez/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+Prodavinci+\(Prodavinci\)](http://prodavinci.com/blogs/que-puede-pasar-el-5e-dia-de-la-instalacion-de-la-asamblea-nacional-por-jose-ignacio-hernandez/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+Prodavinci+(Prodavinci))

Ello mismo ocurre en este caso: la elección de los diputados del Estado Amazonas ya se efectuó hace un mes, en diciembre de 2015, y todos los actos “de totalización, adjudicación y proclamación” de esa elección se efectuaron totalmente. No es jurídicamente posible entonces en ese caso “suspender” los efectos de un acto cuyos efectos ya se cumplieron. La sentencia, por tanto, es simplemente inejecutable.⁷

Es decir, en resumen, la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia No, 260, tan esperada durante estos días de fin y comienzo de año 2015-2016, no es más que un bodrio⁸ inconstitucional, de contenido delictivo, e inejecutable que no puede ser acatada.

New York, 4 de enero de 2016

⁷ In igual sentido, véase José Ignacio Hernández, “¿Qué dijo la Sala Electoral para “suspender” a los diputados de Amazonas?,” en *Prodavinci*, 4 de enero de 2016, en <http://prodavinci.com/blogs/que-dijo-la-sala-electoral-para-suspender-a-los-diputados-de-amazonas-por-jose-i-hernandez/>

⁸ Del diccionario: “Cosa mal hecha o de mala calidad.” Sinónimo de: bazofia, desperdicio, mejunje.