

**revista
de
derecho
publico**

n° 175 - 176

julio

diciembre 2023

 **editorial jurídica venezolana**

CONSEJO DE REDACCIÓN

Juan Domingo **ALFONSO PARADISI**, Jesús María **ALVARADO ANDRADE**, Juan Carlos **BALZÁN**, Carlos Luis **CARRILLO ARTILES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Rafael **CHAVERO**, Margarita **ESCUDERO LEÓN**, Luis **FRAGA PITTALUGA**, Fortunato **GONZÁLEZ CRUZ**, Rosibel **GRISANTI DE MONTERO**, Lolymar **HERNÁNDEZ CAMARGO**, Víctor **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**, Miguel J. **MÓNACO**, José Antonio **MUCI BORJAS**, Claudia **NIKKEN**, Cosimina **PELLEGRINO PACERA**, Humberto **ROMERO-MUCI**, Antonio **SILVA ARANGUREN**, Gabriel **SIRA SANTANA**, Jorge Luis **SUÁREZ**, María Elena **TORO**, José Luis **VILLEGAS MORENO**, Emilio J. **URBINA MENDOZA**, Daniela **UROSA MAGGI**

COMITÉ ASESOR

Dolores **AGUERREVERE**, Asdrúbal **AGUIAR**, Ana Elvira **ARAUJO GARCÍA**, José **ARAUJO JUÁREZ**, Carlos **AYALA CORAO**, Rafael **BADELL MADRID**, José Rafael **BELANDIA GARCÍA**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Humberto **BRICEÑO**, Alejandro **CANONICO**, Héctor **FAÜNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Carlos **GARCÍA SOTO**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Flavia **PESCI-FELTRI**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Carlos **REVERÓN BOULTON**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **RUGGERI RODRÍGUEZ**, Nelson **SOCORRO**, Miguel Ángel **TORREALBA SÁNCHEZ**, Gustavo **URDANETA**

CONSEJO CONSULTIVO

Juan Carlos **CASSAGNE**, Alberto R. **DALLA VIA**, Antonio María **HERNÁNDEZ**, Miriam N. **IVANEGA**, Néstor Pedro **SAGÜES (Argentina)**, José Mario **SERRATE PAZ (Bolivia)**, Romeo Felipe **BACELLAR FILHO**, Marcelo **FIGUEIREDO (Brasil)**, Sandra **MORELLI**, Libardo **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, Jaime Orlando **SANTOFIMIO**, Consuelo **SARRIA**, William **ZAMBRANO CETINA (Colombia)**, Gladys **CAMACHO CÉPEDA**, Humberto **NOGUEIRA ALCALÁ (Chile)**, Rubén **HERNÁNDEZ VALLE**, Aldo **MILANO**, Enrique **ROJAS FRANCO (Costa Rica)**, Javier **ROBALINO ORELLANA (Ecuador)**, Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO**, Luciano **PAREJO ALFONSO**, Jaime **RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ (España)**, Hugo H. **CALDERÓN MORALES (Guatemala)**, Héctor M. **CERRATO (Honduras)**, Luis José **BEJAR RIVERA**, Miguel **CARBONELL**, Jorge **FERNÁNDEZ RUÍZ**, Eduardo **FERRER MAC-GREGOR**, Diego **VALADÉS (México)**, Karlos **NAVARRO MEDAL (Nicaragua)**, Javier E. **SHEFFER TUÑÓN (Panamá)**, Luis Enrique **CHASE PLATE (Paraguay)**, Jorge **DANÓS ORDOÑEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÜNDE**, Orlando **VIGNOLO CUEVAS**, Diego Hernando **ZEGARRA VALDIVIA (Perú)**, Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H. (República Dominicana)**, Carlos E. **DELPIAZZO**, Augusto **DURÁN (Uruguay)**

Revista de Derecho Público

Pág.Web: <http://www.revistadederechopublico.com>

Fundación de Derecho Público

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

Editada por la **Fundación Editorial Jurídica Venezolana**, Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Telf. (58) 212 762-25-53/38-42/ Fax. 763-52-39. Caracas 1050, Venezuela.

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

© 1980, FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO/EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público, Publicación Trimestral

N° 1 (Enero/marzo 1980)

N° 1 (Digital) (01 de marzo de 2023)

Caracas, Venezuela

Hecho Depósito de Ley. Depósito Legal: pp 198002DF847

ISSN (Papel): 1317-2719

ISSN (Electrónico): 2959-6416

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

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

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

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Mirna Pinto,
en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10,5, Mancha 21 x 12,5

Portada: Lilly Brewer

Normas para el envío de originales

La Revista de Derecho Público acepta artículos inéditos en el campo del derecho público. Para el envío de un artículo, los autores deben enviar un correo electrónico a través de la sección contacto de su página web, o a alguno de sus directores.

En la elaboración de artículos, debe atenderse a las normas siguientes:

1. Los trabajos deben realizarse por escrito a espacio y medio, en letra Times New Roman 9,5, y tener una extensión aproximada no mayor de 35 cuartillas tamaño carta.
2. Las citas deben seguir el siguiente formato: nombre y apellidos del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista u obra colectiva (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. En su caso, la bibliografía seguirá las normas citadas y deberá estar ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Todo trabajo sometido deberá ser acompañado de dos resúmenes breves, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con una indicación de palabras clave (en los dos idiomas).
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (N° teléfono, dirección postal y correo electrónico). Además, incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptan para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no hay compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

El texto de los ejemplares de la Revista de Derecho Público, así como el texto de cada uno de los trabajos publicados en la misma, están disponibles en la página web de la Revista: <http://www.revistadederechopublico.com>

La adquisición de ejemplares impresos de la Revista puede hacerse a través de las plataformas de todas las librerías globales.

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

Para esta impresión por Lightning Source, an INGRAM Content Company, para Editorial Jurídica Venezolana International Inc., Panamá, República de Panamá, para su disponibilidad en las plataformas de las librerías globales: ISBN: 979-889-342-8667.

ESTUDIOS

Artículos

- Por qué la Ley de Amnistía es una derogación de la Constitución española y una suplantación anti democrática del poder constituyente*, por José María **PERNAS ALONSO** 9
- La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano*, por Víctor **BAZAN** 51
- Democracias actuales y falseamiento del Estado de derecho. El caso de Venezuela*, Allan R. **BREWER-CARÍAS** 77
- La mentira judicial y la judicialización de la participación política. Guerra híbrida y «Lawfare» en el siglo XXI*, por Asdrúbal **AGUIAR A.** 113
- El Petro Venezolano: Reflexiones sobre una falacia monetaria y pretendida unidad de cuenta*, por Humberto **ROMERO-MUCI** 129
- Discurso de Recepción como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia del Jurista Humberto Romero Muci*, por Mauricio A. **PLAZAS VEGA** 175
- Una mirada retrospectiva al debido proceso en el procedimiento administrativo venezolano: Del proyecto de 1965 a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981*, por Miguel Ángel **TORREALBA SÁNCHEZ** 179
- Bicentenario del Discurso de Angostura de Simón Bolívar. Un análisis histórico, jurídico y político. Lección magistral*, por Hermann **PETZOLD-PERNÍA** 205
- El derecho humano de propiedad*, Víctor Rafael **HERNÁNDEZ-MENDIBLE** 227

Comentarios Monográficos

<i>Visión y revisión de la Política Exterior 2023</i> , por J. Gerson REVANALES M.	243
<i>Los entre líneas del pacto de Agryle. “un pacto sin firma y sin rubrica”</i> , por J. Gerson REVANALES M.	263
<i>La privatización: un paso necesario para la administración del Estado y los venezolanos</i> , por Aurelio USECHE KISLINGER	272
<i>El documento electrónico en las aplicaciones de mensajería instantánea</i> , por Marianella ZUBILLAGA	282
<i>El intento de inhabilitación política contra María Corina Machado, mediante una “certificación de mera relación” prohibida por la Ley Orgánica de la Administración Pública</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	297

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

<i>Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el Segundo Semestre de 2023</i> , por Gabriel SIRA SANTANA	307
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Semestre de 2023</i> , por Mary RAMOS FERNÁNDEZ	323
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Comentarios Jurisprudenciales

<i>El Tribunal Supremo de Justicia minimiza la tortura y la convierte en un asunto meramente administrativo</i> , por Ali José DANIELS PINTO y Laura LOUZA	361
<i>La judicialización de las primarias en Venezuela y la violación de los Derechos políticos: el caso de las inhabilitaciones a cargos de elección popular</i> , José Ignacio HERNÁNDEZ G.	366

<i>¿Quién? ¿Cómo? y ¿cuándo se inhabilitó a María Corina Machado?</i> , por Enrique J. SÁNCHEZ FALCÓN	374
<i>Una nueva modalidad de impartir injusticia mediante “avisos” de sentencias que no se publican: el caso de la “suspensión” de efectos de las elecciones primarias de la oposición, y la inconsti- tucional “inhabilitación política” de María Corina Machado</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	377
<i>Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional no. 1469 de 31 de octubre de 2023 declarando “constitucionalidad” de las preguntas del referendo consultivo sobre la cuestión de la recla- mación de la Guayana Esequiba</i> , por Allan R. BREWER- CARÍAS	386
<i>Comentarios sobre el amparo constitucional decretado por la Sala Constitucional (sentencia No. 1470 de 16 de noviembre de 2023) contra la amenaza de violación del derecho de la república a su soberanía e integridad territorial y del derecho ciudadano a la participación política por parte de Guyana y de la Corte Interna- cional de Justicia, con ocasión de la solicitud de medidas preli- minares ante la misma contra el referendo consultivo sobre la cuestión de la Guayana Esequiba</i> , por Allan R. BREWER- CARÍAS	395
<i>Comentario jurisprudencial sobre una sentencia inexistente de la Sala Constitución del Tribunal Supremo de justicia control difuso de la constitucionalidad sobre el literal “e” del artículo 41 de la Ley de Arrendamiento Comercial</i> , por Irma LOVERA DE SOLA	413
<i>El Tribunal Supremo de Justicia reconoce la vigencia de la Conven- ción Americana de Derechos Humanos</i> , por Laura LOUZA	420

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

<i>Recensión del libro “Cincuenta artículos de Derecho Público” de Gabriel Sira Santana</i> , por Antonio SILVA ARANGUREN	425
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

INFORMACIÓN

<i>In Memoriam Sobre Alejandro Nieto</i> , por A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ	431
--------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

ESTUDIOS

Artículos

Por qué la Ley de Amnistía es una derogación de la Constitución española y una suplantación anti democrática del poder constituyente

José María Pernas Alonso

*Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas Universidad Autónoma de Madrid.
Profesor derecho constitucional Universidad San Pablo-CEU*

“¡Pero yo os digo que la libertad no significa aprovecharse de las leyes con intención de destruirlas! No es la libertad la que permite que el caballo de Troya sea metido dentro de nuestras murallas y que los que viven dentro sean oídos con el pretexto de la tolerancia. (...) No puede montar en dos caballos al mismo tiempo: no puede vivir en la legalidad y a la vez conspirar”. Marco Tulio Cicerón, Preámbulo del segundo discurso contra Catilina, citado en “La columna de hierro”. Taylor Caldwell (2017) Embolsillo, 2ª edición, pp. 733 y 734

Resumen: *La aprobación de una Ley de Amnistía que valide las conductas realizadas tras la declaración de independencia de Cataluña de 1 de octubre de 2017, conllevaría una derogación de la Constitución por parte de un poder derivado (el legislativo), al afectar a elementos clave de la misma, desconociendo el poder constituyente y además incurriendo en una vulneración de los valores de Estado de derecho, igualdad y democracia del artículo 2 del Tratado de la UE, lo que provocaría, además de posible responsabilidad administrativa para los poderes del Estado y un vaciamiento de su soberanía, una vuelta al Estado absoluto o inclusive a un Estado de naturaleza previo.*

Palabras Clave: *Amnistía, Constitución, poder constituyente, democracia, igualdad, poder judicial.*

Abstract: *The approval of an Amnesty Law which validates the activities developed by Catalanian regional authorities from the declaration of independence of 1st of October 2017, leads to a derogation of the Spanish Constitution of 1978 through a delegate power (the legislative power), affecting key elements of the Constitution, supplanting the constitutional power of the Spanish People and committing a violation of the values stated in article 2 of the Treaty of the European Union as rule of law, equality under the law and democracy, which will produce administrative responsibility of Spanish Public Administrations and an emptying of the Spanish State sovereignty, causing a return of the Absolut State or even the State of Nature.*

Key words: *Amnesty, Constitution, constitutional power of the Spanish people, democracy, equality, judicial power.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DIFERENCIAS ENTRE UNA LEY DE AMNISTÍA DE 2023 QUE ANULE LA EXCLUSIVIDAD DE JUZGAR DEL PODER JUDICIAL Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO FRENTE A LA AMNISTÍA OTORGADA POR LA LEY DE 1977 PREVIA A LA CONSTITUCIÓN DE 1978
- III. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE AMNISTÍA PRESENTADA EL 13 DE NOVIEMBRE DE 2023 ANTE LA MESA DEL CONGRESO
 1. *La exposición de Motivos de la proposición de ley de amnistía cita la STC 147/1986, ¿se puede aplicar esa sentencia a este caso? 2. ¿Si se aprueba la ley de amnistía puede venir un partido y derogarla en el futuro?*
- IV. DEROGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN QUE SE PRODUCIRÍA CON UNA LEY DE AMNISTÍA
 1. *La supremacía y normatividad de la Constitución del art. 9 de la CE. 2. Vulneración del artículo 62 i) de la CE que prohíbe los indultos generales. 3. Los principios de interdicción de la arbitrariedad, jerarquía normativa y seguridad jurídica. 4. Vulneración del principio de igualdad ante la ley, derecho fundamental del artículo 14 CE. 5. La exclusividad de la función jurisdiccional conforme al artículo 117 de la CE y a la jurisprudencia del TC. 6. El informe de Letrados de las Cortes de 2021 ya confirmó la inconstitucionalidad de una amnistía. 7. Posible vulneración de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y de las Leyes 50/1997 y 39/2015 al estar el Gobierno redactando un proyecto de ley en negociaciones con grupos parlamentarios sin dar trámite de consulta pública ni publicar el texto objeto de negociación.*
- V. UNA LEY DE AMNISTÍA SERÍA CONTRARIA AL ARTÍCULO 2 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA COMO SE DERIVA DE JURISPRUDENCIA REITERADA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE
- VI. EN TODO CASO, EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DEBERÍA TRAMITAR LA PROPOSICIÓN DE LEY DE AMNISTÍA COMO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE EXIGE MAYORÍA DE 2/3 DEL CONGRESO Y DEL SENADO Y CONVOCATORIA DE ELECCIONES A CORTES CONSTITUYENTES
- VII. LA LEY DE AMNISTÍA SERÍA APLICABLE DESDE SU APROBACIÓN SIN QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL TENGA OBLIGATORIAMENTE QUE SUSPENDER SUS EFECTOS
- VIII. LA LIBERTAD DEMOCRÁTICA PASA EN PRIMER LUGAR POR EL RESPETO AL ORDEN CONSTITUCIONAL Y POR NO SUPLANTAR AL PODER CONSTITUYENTE
- IX. LA AMNISTÍA IMPLICA, ADEMÁS DE LA DEROGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR UN PODER DERIVADO -EL LEGISLATIVO-, LA QUIEBRA DEL ORDEN PÚBLICO Y LA VUELTA AL ESTADO ABSOLUTO Y EN CIERTO GRADO, AL ESTADO DE NATURALEZA ANTERIOR AL ESTADO MODERNO
- X. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE AMNISTÍA PROVOCA QUE EL REY TUVIERA CAPACIDAD DE REVOCAR SU PROPUESTA DE INVESTIDURA POR MANIFIESTA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROGRAMA DE GOBIERNO
- XII. CONCLUSIONES (SP): CONSECUENCIAS PARA LA DEMOCRACIA ESPAÑOLA DE UNA LEY DE AMNISTÍA

I. INTRODUCCIÓN

La amnistía que se pretende conceder a los políticos y empleados públicos de la Generalitat de Catalunya que posibilitaron usando fondos públicos la celebración el 1 de octubre de 2017 de un referéndum de independencia, sirviéndose de la policía autonómica, es literalmente conceder una “amnesia” u olvido del Estado, de forma que se declara que esas conductas fueron válidas y que la labor del poder legislativo -aplicando el art. 155 de la Constitución

española (CE) -, del poder judicial -impulsando la investigación y juzgando y dictando sentencias sobre esas conductas-, y del poder ejecutivo - ejecutando los autos y sentencias judiciales -, fue nula y por tanto ilegítima, de modo que tras la propia Ley de amnistía dichas conductas podrían volverse a cometer al carecer los poderes del Estado de legitimidad para perseguirlas (a salvo de que el TC declare con la urgencia necesaria la inconstitucionalidad de dicha Ley de Amnistía, aunque como explicaré, solo el recurso de inconstitucionalidad del propio Gobierno tendría carácter suspensivo de la Ley).

Esta Ley de Amnistía tendría esos efectos, porque implicaría anular la labor del poder judicial y legalizar las conductas realizadas; iría por tanto mucho más allá de un indulto individual (que ya han sido concedidos a varios políticos independentistas), por cuanto el indulto es un mero perdón a la pena impuesta, pero no legaliza la conducta y por tanto el perdonado no puede volver a cometerla porque la conducta sigue siendo antijurídica. La amnistía implica declarar que las conductas fueron válidas y que por tanto la labor del poder judicial fue errónea y dicho poder judicial no las puede volver a perseguir.

Tras la presentación el 13 de noviembre de 2023 ante la Mesa del Congreso de los Diputados de la Proposición de Ley de Amnistía, y la investidura del candidato (16 de noviembre) que contenía en su programa de gobierno dicha Amnistía, es necesario realizar algunas reflexiones sobre si estas actuaciones del legislativo implican un vaciamiento de la Constitución de 1978 por un poder derivado, sin haber consultado por tanto al poder constituyente (el pueblo español), y sus consecuencia para la legitimación democrática de nuestras instituciones.

Además de demostrar la inconstitucionalidad de una Ley de Amnistía que se pueda dictar en el año 2023, aludiremos a que dicha Ley de Amnistía se está negociando por el Gobierno y grupos parlamentarios que lo apoyan sin ninguna transparencia, a pesar de las exigencias de la Ley 19/2013, de Transparencia, Buen Gobierno y Acceso a la Información Público, Ley 50/1997, del Gobierno y Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Antes de analizar la amnistía bajo la óptica del derecho público español y de la UE y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), es importante previamente analizar por qué no puede ampararse una Ley de Amnistía en el año 2023 (para conductas juzgadas por un poder judicial emanado de una Constitución democrática), en la Amnistía otorgada en 1977 por las Cortes Constituyentes que elaboraban la Constitución de 1978, para las conductas producidas en un régimen no democrático.

Como veremos la amnistía implica, además de un incumplimiento de preceptos esenciales de la Constitución y de los valores de Estado de Derecho, igualdad y democracia del artículo 2 del Tratado de la UE, una deslegitimación de los poderes del Estado, que generaría una responsabilidad patrimonial del Estado, además de vaciar de contenido el Estado español, hurtándole su soberanía y provocando un estado de naturaleza pre-Estado moderno donde los poderes públicos carecerían de legitimidad para perseguir actuaciones inconstitucionales y por tanto perderían la capacidad de generar obediencia entre los ciudadanos.

Por otro lado, teniendo en cuenta que, como analizaremos, los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad que se interpongan ante una Ley de Amnistía no implican una suspensión de sus efectos (permitiendo por tanto la libertad de cientos de sentenciados o encausados y la ausencia de pago de decenas de millones de euros malversados, la decaer cualquier medida cautelar adoptada), y dado que solo el recurso del Gobierno tiene efectos suspensivos, se analiza qué capacidad tiene el Rey, tras conocer que el programa de Gobierno del candidato incluye la proposición de ley de amnistía, para revocar ese encargo de investidura con el fin de garantizar la permanencia del Estado y hacer cumplir la Constitución como funciones del Rey incluidas en la CE.

II. DIFERENCIAS ENTRE UNA LEY DE AMNISTÍA DE 2023 QUE ANULE LA EXCLUSIVIDAD DE JUZGAR DEL PODER JUDICIAL Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO FRENTE A LA AMNISTÍA OTORGADA POR LA LEY DE 1977 PREVIA A LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Entre los medios de comunicación hay quien ha defendido que la amnistía es válida basándose en precedentes nacionales y a nivel internacional. En este apartado explicaremos por qué la amnistía no cabe en un Estado constitucional democrático de Derecho que surge a partir de 1978, al no haberse declarado ni a nivel nacional ni internacional que la actuación de los poderes públicos democráticos españoles fuera ilegítima o vulneradora de derechos fundamentales. En otro apartado explicaremos por qué tampoco cabe acudir al ordenamiento internacional para legitimar una amnistía, básicamente porque dicha amnistía sería contraria al artículo 2 del Tratado de la UE y por ello el Tribunal de Justicia de la UE podría condenar al Estado español por vulnerar el Tratado de la UE, con sanciones pecuniarias y la posible suspensión de derechos de voto en el Consejo de la UE.

Entrando a analizar las diferencias entre una amnistía en 2023 y la del año 1977, tenemos que decir que la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía¹, en su artículo primero, declaraba que quedan amnistiados:

“a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis.

b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España.

c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.”

El artículo segundo de la Ley de Amnistía de 1977 incluía asimismo dentro de la amnistía, entre otros, a *“a) Los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ellos, tipificados en el Código de justicia Militar”, y “d) Los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación; e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley; f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas”*.

La razón era muy sencilla, todavía no se había elaborado por el poder constituyente ni plebiscitado la Constitución de 1978 y, por tanto, en pleno proceso constituyente, los representantes constituyentes otorgaron esa amnistía para que el Estado democrático que surgiera por voluntad popular en 1978 anulara cualquier labor del Estado anterior represora de las libertades democráticas. Precisamente porque el Estado franquista no tenía legitimación democrática, y la amnistía era necesaria (y fue ratificada por el pueblo español), para no perjudicar el ejercicio de actos de insubordinación frente al poder injusto anterior². Así lo explicó el Tribunal Constitucional en varias sentencias (32/1981 o 147/1986)³.

¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1977-24937>.

² Poder injusto porque, a diferencia del surgido de la Constitución de 1978, no se basó en el consentimiento democrático del poder constituyente. Más allá de la guerra civil, a nadie se le escapa que

Es decir, como han teorizado Francisco de Vitoria o Francisco Suárez desde el siglo XVI⁴, o el propio Locke en su Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil en 1690, los súbditos tienen derecho a rebelión cuando un soberano ejerce su poder desconociendo los derechos naturales de sus súbditos. Además, teniendo en cuenta que el Estado anterior a la Constitución de 1978 había surgido de un golpe insurreccional y de una guerra civil, y no tenía origen en un consentimiento popular (es decir no tenía origen en el poder constituyente democrático), los ciudadanos españoles que se rebelaron contra ese Estado por su carácter antidemocrático no podían ser perseguidos por un nuevo Estado (el que surge tras la labor del poder constituyente de 1978) que se predicara de origen democrático⁵.

el régimen franquista no tenía la legitimación democrática que otorga el poder Constituyente constituido por el pueblo y sus representantes elegidos.

³ Como explicó Álvaro Redondo Hermida, en un artículo el 10 de septiembre de 2023 en el diario La Razón: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1236787&utm_source=DD&utm_medium=email&utm_campaign=12/9/2023.

“Nos explica el Tribunal Constitucional, en la referida sentencia 147-86, las razones de la adopción por el Legislador de una ley de Amnistía: se trata de eliminar, con efectos de presente, las consecuencias de la aplicación de una normativa anterior, aplicación que en el momento presente resultaría contraria a determinados principios, inspiradores de nuestro actual orden político.

Enseña el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, que la adopción de la Amnistía es una operación excepcional, propia de un momento de consolidación de los valores constitucionales a los que se pretende servir. (...)

El Tribunal Constitucional nos explica todas las relevantes implicaciones de la adopción de una ley de Amnistía. Según dicha Corte, la adopción de una ley de gracia implica efectuar un juicio crítico, respecto de una etapa histórica superada, declarándose por la referida Ley que determinadas actuaciones, llevadas a cabo durante la época anterior, ya no resultan jurídicamente aceptables según los nuevos criterios constitucionales. Sin duda, según el Tribunal de Garantías, una ley de Amnistía tiene el sentido de restar legitimidad a determinados actos, llevados a cabo al amparo de un orden jurídico anterior, superado por el nuevo orden constitucional.

La ley de Amnistía se justifica, en definitiva, y según nos enseña el Alto Tribunal, por cuanto viene a sostener los derechos humanos, tal como vienen definidos y protegidos por el Derecho Internacional, así como por la Constitución, norma asimismo defensora de los derechos fundamentales y principios básicos de nuestro sistema jurídico.

Siendo todo ello así, de la referida doctrina podemos inferir que la actual Constitución Española prohíbe la adopción de nuevas leyes de Amnistía, manteniendo nuestro ordenamiento, exclusivamente, la vigencia de la Ley de Amnistía durante la Transición

No solo resulta dicha prohibición meramente inferible de la anterior doctrina, sino que dicha prohibición viene proclamada expresamente por el Auto del Tribunal Constitucional 32-1981, de 25 de marzo, ponencia del Excmo. Sr. Arozamena. Se sostiene en dicha resolución, con toda claridad, que la aplicación de medidas generales de gracia se encuentra actualmente prohibida por lo que califica la Alta Corte de norma constitucional expresa, siendo dicha norma prohibitiva el artículo 62 de la Constitución.

⁴ Para analizar las teorías del “tiranicidio” o derecho de rebelión de los citados escolásticos españoles, me remito al libro de Marcelo GULLO “*Madre Patria*” (2021), Espasa, Barcelona, 6ª edición.

⁵ Como explica el magistrado emérito Rodríguez Zapata:

“En un régimen de Constitución rígida, como es el de nuestra Constitución de 1978, el legislador -ya sea orgánico u ordinario; del Estado o de cualquier comunidad autónoma- sólo actúa dentro de los límites que le marca la Constitución y nada le autoriza a desautorizar una ley que, aprobada y entrada en vigor, ha accedido ya en forma ineludible en la reserva de jurisdicción de los tribunales (artículo 117.3 CE).

Así lo corroboran los debates constituyentes. La ponencia constitucional informó, el 17 de abril de 1978, de que todo lo referente en materia de las amnistías y de los indultos se trataría junto con el derecho de gracia (enmienda 744 del señor Lloréns Bargés, de UCD), y en esa materia se

Además de ello, la propia Ley de amnistía de 1977 tenía origen en una Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política que fue plebiscitada afirmativamente por el pueblo español, Ley que convoca elecciones a Cortes constituyentes para la elaboración de una Constitución y por tanto la fundación de un régimen democrático. Por el contrario, la Ley de Amnistía que se pudiera aprobar por las Cortes Generales en 2023:

- i. No tiene origen en el consentimiento del pueblo español por referéndum;
- ii. Suplanta al poder constituyente al implicar una derogación de artículos de la Constitución sin que se haya reformado la Constitución;
- iii. Amnistiaría conductas contrarias a la Constitución y anularía la labor del poder judicial y de las fuerzas de seguridad realizada en un Estado democrático y bajo el amparo de la Constitución.

La Ley para la Reforma Política de enero de 1977 disponía claramente en su artículo primero que:

“Uno. La democracia, en el Estado español, se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo.

Los derechos fundamentales de la persona son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado.

Dos. La potestad de elaborar y aprobar las leyes reside en las Cortes. El Rey sanciona y promulga las leyes.”

El artículo 13 de dicha Ley para la reforma política establecía:

“Uno. La iniciativa de reforma constitucional corresponderá:

- a) *Al Gobierno.*
- b) *Al Congreso de los Diputados.*

Dos. Cualquier reforma constitucional requerirá la aprobación por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y del Senado. El Senado deliberará sobre el texto previamente aprobado por el Congreso, y si éste no fuera aceptado en sus términos, las discrepancias se someterán a una Comisión Mixta, bajo la presidencia de quien ostentara la de las Cortes y de la que formarán parte los Presidentes del Congreso y del Senado, cuatro Diputados y cuatro Senadores, elegidos por las respectivas Cámaras. Si esta Comisión no llegara a un acuerdo o los términos del mismo no merecieran la aprobación de una y otra Cámara, la decisión se adoptará por mayoría absoluta de los componentes de las Cortes en reunión conjunta de ambas Cámaras.”

Tres. El Rey, antes de sancionar una Ley de Reforma Constitucional, deberá someter el Proyecto a referéndum de la Nación.”

Por tanto, con dicha Ley, que fue plebiscitada favorablemente por el pueblo español, el Estado adquirió legitimidad democrática para poder convocar unas cortes constituyentes con el mandato de fundar un régimen democrático, y de ahí que esas cortes constituyentes pudieran, tras el consentimiento popular para esa fundación de un régimen jurídico democrático, aprobar una ley de amnistía para no considerar anti jurídicos actos políticos cometidos frente al régimen jurídico anterior, dado que este no tenía legitimación democrática fundante.

rechazó expresamente la enmienda 697 del Grupo Parlamentario Comunista, que proponía añadir que las Cortes Generales “adoptan las decisiones políticas fundamentales”. Ese pequeño detalle ha escapado a los redactores de la proposición de Ley de Amnistía.” Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge (2023), “La amnistía, el cabo de Troya contra la Constitución”, El Mundo, 14 de noviembre de 2023.

Nada tiene que ver por tanto con esa Ley de 1977 que en 2023 se pretenda aprobar una Ley de amnistía para validar conductas cometidas bajo la vigencia de una Constitución democrática, como legítimamente han probado las sentencias judiciales dictadas por un poder judicial legítimo que está sometido a una Constitución democrática plebiscitada en 1978 por el pueblo español. Además, ni el TC, ni el TJUE, ni ningún tribunal internacional, ha declarado que la labor judicial contra las conductas de los encausados tras el 1 de octubre de 2017 haya sido vulneradora de derechos humanos.

III. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE AMNISTÍA PRESENTADA EL 13 DE NOVIEMBRE DE 2023 ANTE LA MESA DEL CONGRESO

Como explicaremos en los apartados 4 y siguientes, y como ha dictaminado el TC en varias sentencias, la proposición de ley de amnistía registrada en la Mesa del Congreso el 13 de noviembre por el Grupo Parlamentario Socialista, que anula la labor del poder judicial durante más de 11 años, y que además obliga a los tribunales a archivar todas las causas abiertas y anular las sentencias y medidas cautelares en un plazo preferente de solo 2 meses, supone una intromisión ilegítima del legislativo en el poder judicial y por ende una vulneración del Estado democrático de Derecho (1 CE), de la igualdad ante la ley (14 CE) y de la exclusividad del poder judicial para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (117 CE).

Antes de analizar los motivos de inconstitucionalidad de dicha Ley, que supone además la derogación de la democracia y de la propia Constitución para pasar a un Estado absoluto, es necesario analizar la STC 147/1986 que cita el Preámbulo de la proposición de ley de amnistía, pues como veremos dicha sentencia del TC así como otros autos del mismo tribunal, dejan claro que la amnistía otorgada en 1977, como hemos comentado, fue única y excepcional y dictada respecto a conductas cometidas cuando no existía un régimen democrático ni un Estado de Derecho.

1. *La exposición de Motivos de la proposición de ley de amnistía cita la STC 147/1986, ¿se puede aplicar esa sentencia a este caso?*

En primer lugar, no es posible otorgar una ley de amnistía tras la Constitución de 1978, puesto que la amnistía que se otorgó en 1977 se refería a conductas realizadas bajo un régimen anterior que no era democrático ni cumplía los estándares de derechos humanos que sí cumple la labor del poder judicial tras la Constitución de 1978. En la sentencia 147/86 el TC ya manifestó que *“la amnistía que se pone en práctica y se regula en ambas leyes (la ley de 1977 y la ley 1/1984 que modificó esta y se declaró inconstitucional por dicha STC 147/86) es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa - en sentido amplia- que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional, propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve”* *“La Ley 1/1984 no tiene sentido autónomo, sino que puntualiza algunos aspectos discutidos del régimen jurídico de la Ley de 1977”* (...) *“No se trató, pues, de una nueva amnistía, sino de nuevos aspectos añadidos al régimen jurídico de la única existente”*⁶⁻⁷.

⁶ Como explica RODRÍGUEZ ZAPATA (2023), *ob.cit.*: *“Entre las competencias tasadas que atribuye a las Cortes el artículo 66.2 de la CE no se incluye la de “amnistiar”, que fue rechazada con las enmiendas 504 del Grupo Mixto (firmante: Raúl Morodo) y 744 de UCD (César Lloréns). Por eso, las ampulosas declaraciones del preámbulo de la proposición de Ley de Amnistía que afirman que la amnistía “es una facultad legislativa [] en el seno del Estado de Derecho” y que “forma parte del acto fundacional de la democracia española y se presenta como una facultad de las Cortes Generales” o como “un acto soberano de ésta” son inexactas e incorrectas constitucionalmente. También lo son las referencias al Tribunal Constitucional y al Derecho supranacio-*

La exposición de motivos de la proposición de Ley de Amnistía que se ha presentado falsea el contenido la STC 147/86 al citarla como antecedente para una amnistía pues el TC en dicha sentencia precisamente dice que solo cupo la amnistía de 1977, la única válida, por ser anterior a la Constitución de 1978, y que tras la aprobación de la CE no tiene legitimación anular el poder judicial porque este actúa en un Estado democrático de Derecho⁸.

Además, el Auto 32/1981, de 25 de marzo, de la Sección Tercera del TC estableció en su fundamento jurídico que: “La aplicación de las medidas generales de gracia (...) prohibidas hoy por la norma constitucional expresa (art. 62 i) de la Constitución)

La proposición de ley de amnistía modifica además el artículo 130.1 del Código Penal, estableciendo que la responsabilidad criminal se extingue por la amnistía o el indulto, cuando eso es contrario al principio de jerarquía y a la supremacía de la Constitución (art. 9 CE), que prohíbe los indultos generales, y es contrario al 117 de la CE que establece que la función de juzgar y ejecutar lo juzgado es exclusiva del poder judicial, además de que el indulto individual nunca extingue la responsabilidad criminal sino que solo perdona la pena.

Además, la proposición de ley de amnistía declara de tramitación preferente y urgente la aplicación de la amnistía en el artículo 10, cuando conforme al artículo 53 de la CE solo tienen carácter preferente y urgente la tutela de los derechos fundamentales. Finalmente, el art. 4 de la proposición de la proposición de ley de amnistía deroga el régimen de medidas cautelares del Código Penal y de la Ley 29/1998, cuando las medidas cautelares se deben mantener por mor del interés general en ponderación circunstanciada de los tribunales y no puede una Ley sustituir el juicio de los tribunales sobre cuándo procede levantar o no las medidas cautelares.

nal y comparado. Nuestro Tribunal Constitucional declara hoy que la amnistía es una derogación retroactiva de leyes penales, por lo que comporta un régimen excepcional propio del periodo de la consolidación de nuevos valores en la transición de un régimen autoritario a otro democrático. Por eso se declaró inconstitucional, por contraria al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), una ley de 1984 que intentó complementar nuestra amnistía de 1977 con un régimen laboral de imprescriptibilidad de acciones cuando ya regía la Constitución de 1978 (STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 2 y Fallo). Eso es lo que dice el Tribunal Constitucional y no lo que le quiere hacer decir el preámbulo de la proposición.”

⁷ Como explica el catedrático de la Universidad San Pablo-CEU Leopoldo Abad, “Donde un poder judicial que actuó conforme a Derecho y cumplió con su misión constitucional queda desautorizado, pues como indica la STC 1974/1986 (citada expresamente por la proposición de ley en cuestión), una amnistía conlleva <<un reproche a los tribunales de justicia que aplicaron la ley correctamente>>”. ABAD ALCALÁ, Leopoldo (2023), “Yéndonos por las ramas (del nogal): amnistía y Constitución”, La Razón, 18 de noviembre de 2023.

⁸ Así lo ha explicado claramente el que fuera magistrado del TC, Manuel Aragón Reyes: “La larga exposición de motivos es, realmente, un monumento a la tergiversación, en cuanto que falsea, descaradamente, la doctrina del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como los dictámenes de la Comisión de Venecia. Cuando el Tribunal Constitucional español se ha referido a la amnistía lo ha hecho en relación con las amnistías dictadas en 1977, en un momento en el que, obviamente, no teníamos Constitución. Cuando aquellas instituciones europeas se han referido a la amnistía no lo han hecho de modo genérico, sino concreto, esto es, sobre amnistías dictadas por Estados, como Francia y Portugal, cuyas Constituciones expresamente las permiten, o como el Reino Unido, donde, según su Constitución, el Parlamento es soberano, lo que no sucede en España, pese a que la exposición de motivos venga a decir, asombrosamente, que las Cortes Generales son omnipotentes en el ejercicio de su poder legislativo.” ARAGÓN REYES, Manuel (2023b), “Una amnistía falaz”, El Mundo, 18 de noviembre de 2023.

Conclusión: la amnistía y la conlleva una derogación material de la Constitución por un poder derivado (el legislativo), desconociendo que España es un Estado democrático de Derecho conforme a la Constitución, y conforme ha afirmado el TC

El Tribunal Constitucional (sentencia 16/1982, de 28 de abril), argumentando que la Constitución emana de la voluntad soberana del pueblo español como poder constituyente, es claro al afirmar la normatividad, supremacía⁹ y directa aplicación de la Constitución frente a cualquier tentación del poder legislativo de aprobar leyes contrarias a la Constitución. Por tanto, la soberanía nacional no reside de forma primigenia en el parlamento sino en la aplicación efectiva de la Constitución para cumplir con la voluntad del poder constituyente.

En palabras del TC, “*la Constitución es norma cualitativamente distinta (...) por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales (...), norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico*”. La aplicación de la Constitución en lo que respecta a la vigencia del Estado de Derecho, de la igualdad ante la ley, y de la exclusividad del poder judicial, no puede depender de ninguna otra norma, aunque tenga rango de ley

2. *¿Qué efectos tendría la derogación de esa ley de amnistía en el futuro?*

El hecho de que en el futuro se derogue la Ley de amnistía es irrelevante en términos prácticos y de orden público, puesto que la ley conlleva la puesta en libertad de encausados, al implicar la anulación de sentencias ya dictadas y archivo de procedimientos en curso y de órdenes de busca y captura, pues como analizaremos ni las cuestiones de inconstitucionalidad ni los recursos de inconstitucionalidad (salvo el del Presidente del Gobierno, que no recurrirá la Ley presumiblemente), suspenden la aplicación de la ley, de modo que aunque se suspendan los procedimientos judiciales, la efectividad de la ley (que aunque sea inconstitucionalmente, obliga a los jueces a archivar y establecer la libertad de los condenados) haría decaer cualquier medida cautelar que impusiesen los tribunales.

En todo caso, desde el momento en que se aprueba una Ley de amnistía inconstitucional se produce la vulneración de los artículos 1, 9, 14 y 117 de la CE y por ende la derogación del Estado democrático de Derecho por un poder derivado (legislativo), que no puede cambiar la Constitución, ya que eso solo lo puede hacer el poder constituyente (el pueblo español mediante las mayorías del art. 168 CE).

Hay además una indefinición temporal de la propia Ley de Amnistía que permite que los beneficiados por ella por conductas realizadas desde 2012 vuelvan a cometer las mismas conductas, puesto que el artículo 1.3 de dicha proposición de ley de amnistía establece que “*los actos cuya realización se hubiera iniciado antes del 13 de Septiembre de 2023 también se entenderán comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley aunque su ejecución finalizase con posterioridad a dicha fecha*”. En todo caso, la deslegitimación de todo el

⁹ Como explica brillantemente el profesor Eduardo Jorge Prats, “*El elemento clave de todo verdadero Estado constitucional de derecho es la estabilidad de su Constitución. Esta estabilidad constitucional, que busca garantizar lo que Ferrajoli denomina la “esfera de lo indecible”, es decir, el “conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías”, como es el caso de los derechos fundamentales y la “fórmula política” (Raúl Canosa Usera), se logra a través de dos instrumentos esenciales: la mayoría agravada y el procedimiento especial de reforma constitucional, por un lado, y, por otro lado, la consagración de cláusulas pétreas o de intangibilidad que preservan el núcleo constitucional, la forma básica de gobierno (civil, democrático, representativo)*”, PRATS, Eduardo Jorge (2022), “A manera de prólogo”, de la obra colectiva dirigida por Brewer-Carías, Allan (2022), “*La muerte de una Constitución. El proceso constituyente desencadenado por dos sentencias de la Corte Suprema*”, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Católica Andrés Bello, N° 9, Caracas, Venezuela.

poder judicial y funcionarios del Estado que conlleva esa Ley de Amnistía, al declarar válidas todo tipo de conductas que atenten contra la soberanía nacional, permite que en el futuro los mismos políticos vuelvan a cometer esas conductas dado que los jueces y funcionarios encargados de perseguirlas tendrían el precedente de una Ley de Amnistía que declara que toda conducta (sea la que sea), dirigida a procurar la independencia de Cataluña, es legítima.

Y, cuando con suerte pasado un año resolviese el TC ese recurso o cuestión de inconstitucionalidad, es muy dudoso que dicha sentencia, en caso de ser estimatoria y declarar la inconstitucionalidad de la Ley de amnistía, pudiera producir la apertura de las causas judiciales archivadas, puesto que conforme a uno de los principios del art. 9.3 de la Constitución: “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Como ha explicado magistralmente Gabriel Domenech¹⁰, *“Las sentencias también deben respetar, ciertamente, el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE). Pero ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha interpretado de manera muy restrictiva este principio, al considerar que no prohíbe la retroactividad de grado mínimo o incluso medio y, sobre todo, al entender que esta prohibición sólo se predica de los derechos consagrados en los artículos 15 a 29 de la Constitución”*, estando en nuestro caso hablando del derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE.

En la sentencia 45/1989, el TC determinó los criterios para la aplicación temporal de sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una Ley (pp. 14 y 15) (énfasis añadido):

“Este último precepto (art. 40.1 de la LOTC) dispone que las Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad *«no permitirán revisar procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales»*, lo que constituye un límite, basado en el principio de seguridad jurídica, a la eficacia en el tiempo de las Sentencias de inconstitucionalidad. No hay ninguna necesidad de interpretar este art. 40.1 como si el límite así expresamente enunciado constituyera la excepción a una imaginaria regla, que sería la del máximo alcance invalidatorio de la Sentencia de inconstitucionalidad en su dimensión temporal (efectos máximos *ex tunc* o «retroactivos»). Más bien al contrario: si consideramos al art. 40.1 de la LOTC informado por el principio constitucional de seguridad jurídica, habrá que entender que los procesos fenecidos por Sentencia firme son el caso más eminente y claro, pero no el único. Dicho de otro modo: la mención de la Sentencia firme en el art. 40.1 no supone que toda Sentencia de inconstitucionalidad haya de tener por necesario efecto la eliminación radical de todas las situaciones jurídicas preexistentes que no estén declaradas en Sentencia con autoridad de cosa juzgada, por agotadas o jurídicamente consolidadas que estén, pudiendo recordarse que la expresión «situaciones consolidadas» fue usada por la STC 14/1981 (fundamento jurídico cuarto) precisamente para enunciar el límite de la eficacia temporal de las Sentencias de inconstitucionalidad.”

Por tanto, una declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía, pasado un año desde su aplicación, cuando ya se hubieran archivado los procedimientos judiciales contra los encausados (incluido el del expresidente de la Generalitat), no podría cambiar los archivos de las causas judiciales, permitiendo por ello que los actos permanecieran impunes. Y en cuanto a una cuestión de inconstitucionalidad que pueda plantear cualquier juez que tenga dudas, al art. 35.2 de la LOTC establece: *“Dos. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o*

¹⁰ DOMENECH, Gabriel (2022), *“Sobre los efectos en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional”*, publicado en *“Almacén de Derecho”* el 14 de julio de 2022: <https://almacende-derecho.org/sobre-los-efectos-en-el-tiempo-de-las-sentencias-del-tribunal-constitucional>

justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión". Por tanto, en el caso de los políticos encausados prófugos, dado que ni siquiera ha podido empezar el juicio (existen órdenes europeas de busca y captura que están pendientes de el plácat de jueces de otros Estados miembros), una vez dictada la Ley de Amnistía el juez no podría plantear cuestión de inconstitucionalidad, y solo le quedaría la opción de archivar las causas (al no haber podido avanzar en las causas por falta de extradición de dichos sujetos).

IV. DEROGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN QUE SE PRODUCIRÍA CON UNA LEY DE AMNISTÍA

La Ley de Amnistía, "llámese como se llame", supondría que el poder legislativo habría derogado de forma antidemocrática una serie de preceptos de la Constitución española de 1978 que son la médula del sistema democrático, como ha determinado gran parte de la doctrina¹¹. Pasamos a comentarlos.

1. *La supremacía y normatividad de la Constitución del art. 9 de la CE*

El artículo 9 establece que "*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*", por lo que la división de poderes que establece la Constitución no puede ser desconocida por el poder legislativo, en concreto la facultad exclusiva que el art. 117 CE otorga a los jueces para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Como ya mencionaba John Locke, allá por 1690: "*El poder de la legislatura, al derivarse de una cesión voluntaria del pueblo, y de una institución hecha por éste, no puede ser otro que el que positivamente le ha sido otorgado, a saber: el poder de hacer leyes, y no el poder de hacer legisladores. Por lo tanto, la legislatura está incapacitada para transferir a otros la autoridad de hacer leyes*"¹².

En este sentido, la legislatura o el poder legislativo no puede mediante una Ley hurtar la facultad jurisdiccional al poder judicial, pues una ley de amnistía implicaría declarar que la labor judicial (además de policial) en la persecución de los delitos cometidos tras la declaración de independencia de Cataluña del 1 de octubre de 2017 fue ilegítima y la anularía con efectos "*ex tunc*", por tanto, permitiendo que el Parlamento pueda anular la labor del poder judicial.

¹¹ REDONDO HERMIDA, Álvaro (2023), "*La amnistía en el sistema constitucional*", La Razón, 10 de septiembre de 2023. Como ha explicado Javier Tajadura: "*la amnistía es inconstitucional por su incompatibilidad con tres principios básicos del Estado de derecho: la exclusividad del poder judicial para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica. El legislador no puede -sin incurrir en arbitrariedad- declarar a un grupo de personas inmunes frente al Derecho y borrar para ellas retroactivamente la existencia de unos delitos suplantando así al Poder Judicial y lesionando gravemente la seguridad jurídica. Para que todo ello fuera constitucionalmente admisible tendría que estar expresamente previsto en la Constitución (como lo está la facultad de conceder indultos individuales). "Estado constitucional y amnistía"*"; por Javier Tajadura Tejada, ABC, 11 de septiembre de 2023: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1236788&utm_source=DD&utm_medium=email&utm_campaign=12/9/2023. También lo ha explicitado el ex magistrado del Tribunal Constitucional Manuel Aragón Reyes: la amnistía "*es contraria a los artículos 1 (Estado de Derecho), 9.3 (seguridad jurídica), 14 (igualdad de todos los españoles) y 117 (independencia y exclusividad judicial), (...)*". Reyes Aragón, Manuel (2023a), "*¿Constructivismo jurídico?*", El Mundo, 20 de septiembre de 2023: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1237089&utm_source=DD&utm_medium=email&utm_campaign=22/9/2023

¹² LOCKE, John (2004), "*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*", Alianza Editorial, Cuarta Reimpresión, pp. 149 y 150.

El Tribunal Constitucional, argumentando que la Constitución emana de la voluntad soberana del pueblo español como poder constituyente, es claro al afirmar la normatividad, supremacía y directa aplicación de la Constitución frente a cualquier tentación del poder legislativo de aprobar leyes contrarias a la Constitución. Por tanto, la soberanía nacional no reside de forma primigenia en el parlamento sino en la aplicación efectiva de la Constitución para cumplir con la voluntad del poder constituyente. Constitución que solo puede ser reformada por el poder constituyente constituido que ha designado el propio poder constituyente en la Constitución, como ha explicado el profesor Brewer-Carías¹³.

En palabras del TC, *“la Constitución es norma cualitativamente distinta (...) por cuanto incorpora a valores esenciales (...), norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”*¹⁴. La aplicación de la Constitución en lo que respecta a la vigencia del Estado de Derecho, de la igualdad ante la ley, y de la exclusividad del poder judicial, no puede depender de ninguna otra norma, aunque tenga rango de ley:

“Lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta su desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como los poderes públicos, y, por consiguiente, también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella... Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los tribunales”.¹⁵

2. Derogación del Estado social y democrático de Derecho que proclama el art. 1 CE

El art. 1 de la Constitución proclama que *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*.

La derogación por la amnistía de sentencias y procedimientos judiciales conlleva una anulación del poder judicial y por ende de uno de los requisitos esenciales del Estado de Derecho, como ha reconocido el Consejo General del Poder Judicial en su Declaración institucional del 6 de noviembre de 2023¹⁶. De este modo, la ley de amnistía implica un descono-

¹³ *“El derecho ciudadano más importante y esencial en el constitucionalismo moderno, ya lo hemos señalado, es el derecho a la supremacía constitucional, es decir, el derecho de todo ciudadano a que la Constitución, que es la norma suprema de la sociedad, se respete por todos. Ese es uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho, que ha provocado el desarrollo progresivo de mecanismos de protección y defensa de la Constitución, en particular, las acciones de inconstitucionalidad y amparo y las acciones contencioso-administrativas. Toda violación de la Constitución, en definitiva, es una violación de la voluntad popular, que ningún país democrático puede tolerar. La Constitución, en el republicanismo democrático moderno, es la expresión de la voluntad del pueblo, que sólo el pueblo, conforme a sus dictados, puede cambiar. En Venezuela, el pueblo, como Poder Constituyente y mediante sus representantes, se dio una Constitución, la de 1961. Esa Constitución establece que sólo puede ser reformada conforme a los dictados de ese Poder Constituyente, es decir, conforme a lo indicado en sus artículos 245 y 246, relativos a las enmiendas y a las reformas constitucionales”*. BREWER CARÍAS, Allan (2022), *“La muerte de una Constitución. El proceso constituyente desencadenado por dos sentencias de la Corte Suprema”*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Católica Andrés Bello, n° 9, Caracas, Venezuela.

¹⁴ STC 9/1981, de 31 de marzo.

¹⁵ STC 16/1982, de 28 de abril.

¹⁶ Según dicha Declaración, publicada en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/Declaracion-institucional-del-Pleno-del-CGPJ--6-noviembre-de-2023->:

“Ello es así, primero, porque no es compatible con el principio de Estado de derecho proclamado por el artículo 1 de nuestra Constitución, y ni tan siquiera con el principio de responsabilidad de los poderes públicos al que se refiere su artículo 9.3, que los responsables políticos queden exen-

cimiento del tipo de Estado en el que se constituye España conforme a la Constitución, y por ende, una suplantación del poder constituyente. En suma, un cambio del régimen jurídico-político sin contar con el consentimiento del poder constituyente¹⁷, lo que convierte *per se* a cualquier proposición de ley de amnistía en una proposición totalmente contraria la Constitución.

Tras la confirmación por el acuerdo PSOE-Junts (publicado el 9 de noviembre de 2023), de que la investidura del candidato del PSOE se va a basar en (i) una amnistía de todas las conductas delictivas realizadas en Cataluña desde 2012 a 2023 por los funcionarios y políticos en la órbita del independentismo, (ii) la creación de comisiones parlamentarias para juzgar si los propios jueces han dirigido procedimientos por motivos políticos (“lawfare”), (iii) además de un reconocimiento de que Cataluña es una sanción soberana y (iv) de la celebración de un referéndum de autodeterminación (vulneración del art. 2 CE), todas las asociaciones de jueces han emitido una Declaración conjunta el 9 de noviembre de 2023¹⁸ en la que destacan que la ley de amnistía y el resto de puntos del pacto PSOE-Junts para investir al candidato del PSOE suponen una vulneración de la democracia y el Estado de Derecho:

“Ante el documento suscrito por PSOE y Junts para facilitar la investidura, las asociaciones judiciales firmantes mostramos nuestro rechazo por las referencias al “lawfare o judicialización de la política” y sus consecuencias. El texto del acuerdo alcanzado contiene explícitas referencias a la posibilidad de desarrollar comisiones de investigación en sede parlamentaria a fin de determinar la presencia de situaciones de judicialización de la política, con las consecuencias que, en su caso pudieran dar lugar a acciones de responsabilidad o modificaciones legislativas.

Ello podría suponer, en la práctica, someter a revisión parlamentaria los procedimientos y decisiones judiciales con evidente intromisión en la independencia judicial y quiebra de la separación de poderes. Los jueces han de estar sometidos únicamente al imperio de la ley, puesto que así lo establece expresamente el artículo 117.1 de la Constitución.

tos de responder de sus delitos ante los tribunales, cualquiera que sea la naturaleza de sus delitos, para que un aspirante a Presidente del Gobierno pueda conseguir el beneficio personal y político de impedir el gobierno de otras fuerzas políticas o, expresado por su reverso, para poder mantenerse en el gobierno. Ello supone degradar y convertir nuestro Estado de derecho en objeto de mercadeo al servicio del interés personal que pretende presentarse, desde el rechazo al pluralismo político, como el “interés de España”.

Segundo, porque supone generar una clase política jurídicamente irresponsable e impune por sus delitos lo que, con no justificarse en ningún fin constitucionalmente legítimo, supone contravenir no ya el principio de responsabilidad de los poderes públicos, sino incluso el más elemental principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley que proclama el artículo 14 de la Constitución.

Tercero, porque se violenta la independencia de los tribunales en su aspecto más básico: si la independencia es el instrumento necesario para que los tribunales puedan actuar con neutralidad y garantizar, mediante la efectividad de sus decisiones, el principio de seguridad jurídica, mal puede hablarse de independencia ni de seguridad jurídica cuando unas fuerzas políticas utilizan las leyes en su beneficio para impedir la acción de los tribunales. La enormidad de las consecuencias de lo que se ha anunciado por el Presidente del Gobierno en funciones es que convierte la independencia de los tribunales y la seguridad jurídica, la justicia en suma, en una quimera.”

¹⁷ ZARZALEJOS, José Antonio (2023), “El pacto de Bruselas tumba la transición”, El Confidencial, 9 de noviembre de 2023: https://blogs.elconfidencial.com/espana/notebook/2023-11-09/el-pacto-de-bruselas-tumba-la-transicion_3770886/

¹⁸ El Debate, “Todas las asociaciones judiciales, incluida la de izquierda, cargan contra un acuerdo que habla de ‘lawfare’”, 8 de noviembre de 2023: https://www.eldebate.com/espana/20231109/cuatro-asociaciones-judiciales-sobre-lawfare-amnistia-no-aceptable-someter-revision-parlamentaria-decisiones-judiciales_152490.html

Estas expresiones, en cuanto traslucen alguna desconfianza en el funcionamiento del Poder Judicial, no son aceptables. El Poder Judicial en España es independiente, no actúa sometido a presiones políticas y dispone de un sistema de garantías jurisdiccionales que aparta el riesgo que se apunta.”

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional se ha apoyado en la cláusula del Estado de Derecho para rechazar las vías de hecho de los poderes públicos (ATC 525/1987), para exigir la motivación de las sentencias judiciales (STC 55/1987) o para imponer el carácter obligatorio de su cumplimiento (STC 67/1984). Estado de Derecho como Estado constitucional de Derecho, de forma que ninguna ley puede vulnerar la Constitución ni por ende desconocer los poderes derivados establecidos por la Constitución (en este caso la labor del poder judicial).

3. *Vulneración del artículo 62 i) CE que prohíbe los indultos generales*

El artículo 62 i) de la CE permite al Rey ejercer la potestad de indulto particular¹⁹, nunc general, que implica el perdón de la pena impuesto, pero en ningún caso una amnistía que conlleve el borrado del delito ni por ende entender que la labor judicial y del resto de poderes del Estado al perseguir una conducta delictiva no fue válida, y que dichas conductas eran legítimas. En este sentido, el artículo especifica que corresponde al Rey:

“i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales”

Si están prohibidos los indultos generales también es por tanto inconstitucional otorgar un indulto general mediante una ley de amnistía, que además va más allá de un indulto general por implicar que esas conductas consideradas delictivas por los tribunales no lo fueron.

4. *Los principios de interdicción de la arbitrariedad, jerarquía normativa y seguridad jurídica*

La anulación de la labor del poder judicial y del Ejecutivo (las fuerzas de seguridad que ejecutaron los autos y sentencias judiciales), conllevaría la vulneración de los principios superiores del ordenamiento jurídico establecidos en el artículo 9 de la CE, entre ellos la interdicción de la arbitrariedad, jerarquía normativa y seguridad jurídica:

A. *Interdicción de la arbitrariedad*

De conformidad con este principio, los poderes públicos (incluido el legislativo) no pueden actuar de forma arbitraria, lo que implica que está proscrita la desviación de poder, como incluye la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, desviación de poder entendida como uso de potestades públicas para fines distintos de los contemplados en el ordenamiento jurídico. Por tanto, cuando el poder legislativo aprueba una Ley (sin los informes correspondientes que hubieran sido aconsejables de Consejo de Estado o CGPJ), que vulnera la Constitución y la separación de poderes en ella incluida, está utilizando sus potestades derivadas para un fin no contemplado en la Constitución e incurriría en arbitrariedad.

Además, en relación con el poder legislativo, el Tribunal Constitucional ha dictaminado que *“el acto del Legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3, cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación -que ésta concierne al artículo 14-, sino a las exigencias que el artículo 9.2 conlleva, a fin de promo-*

¹⁹ Indulto que deber estar motivado en un expediente. Indulto que el Gobierno concedió a determinados políticos independentistas, pero respecto al que el TC recientemente ha considerado constitucional la negativa al acceso al expediente sobre dichos indultos que pidió el GP Popular a la Mesa del Congreso.

ver la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley". (STC 27/1981, de 20 de julio).

En este caso, se estaría anulando la labor del poder judicial respecto a personas determinadas que cometieron delitos concretos en un territorio determinado, y por tanto, otorgando una situación de privilegio de forma arbitraria a unos sujetos procesales frente al resto de ciudadanos que sí tienen que cumplir la sentencias judiciales.

También en conexión con el principio de igualdad, el Tribunal Constitucional se ha referido a este principio en su Sentencia 71/1993, de 1 de marzo: *"A través de numerosas resoluciones este Tribunal ha establecido una constante y uniforme doctrina según la cual el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, protegido por el artículo 14 CE y conectado con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 CE, significa, en relación con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que un mismo Juez o Tribunal no puede modificar el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos, a no ser que se aparte conscientemente de él, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio o, en ausencia de tal motivación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen".*

B. Jerarquía normativa

De conformidad con este principio, las normas de rango inferior no pueden oponerse a las de rango superior y conforme al artículo 9.1 de la Constitución todos los poderes públicos y los ciudadanos están sometidos a la Constitución, incluido el legislativo en su labor de aprobar leyes. El ordenamiento está ordenado de forma jerárquica y en su cúspide se halla la Constitución, de modo que no existe legitimación democrática alguna del legislativo en aprobar leyes que vayan contra la exclusividad del poder judicial, la igualdad ante la ley y los principios constitucionales del art. 9 de la CE. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 17/1981, de 1 de junio, ha expresado que *"la estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la ley con la simple aplicación de ésta, pero ello hubiera implicado someter la obra del legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de órganos judiciales, de donde podría resultar, entre otras cosas, un alto grado de inseguridad jurídica. El constituyente ha preferido, para evitarlo, sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido, aunque no la de cuestionar su constitucionalidad ante este Tribunal, que, en cierto sentido, es así, no sólo defensor de la Constitución, sino defensor también de la ley".*

Como el artículo 117 de la CE otorga exclusivamente a los jueces la facultad de juzgar, la CE solo permite los indultos concretos en su artículo 62, no indultos generales: *Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.* De este modo se vulneraría el principio de jerarquía normativa si una Ley fuera más allá del artículo 62 y otorgara una amnistía (más allá de un indulto), anulando la labor del poder judicial que le corresponde en exclusiva conforme al 117 de la CE.

C. Seguridad jurídica

La seguridad jurídica es *"suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad"*, conforme ha establecido la sentencia del TC 27/1981, de 20 de julio.

En el mismo sentido, la STC 46/1990, de 15 de marzo se refiere a este principio en estos términos: *“la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no ... provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas”*.

Claramente un legislador que aprueba una Ley para amnistiar conductas cometidas por determinados políticos y anulando la labor judicial, provoca que los operadores jurídicos no puedan tener la seguridad jurídica de si el poder judicial existe y si tiene las facultades que le otorga el artículo 117 de la CE.

5. *Vulneración del principio de igualdad ante la ley, derecho fundamental del artículo 14 CE*

Como hemos citado, una actuación del poder legislativo es arbitraria cuando socava la igualdad ante la ley del art. 14 de la CE²⁰, al privilegiar procesalmente a unos sujetos para no cumplir las sentencias judiciales y anular la labor del poder judicial frente a su conducta. Por tanto, la vulneración de la igualdad ante la ley es también vulneración de la interdicción de la arbitrariedad, como principio supremo del ordenamiento ex art. 9 CE, conforme ha declarado el Tribunal Constitucional.

En relación con la igualdad en la aplicación de la ley por los miembros del Poder Judicial es conveniente consultar las Sentencias del TC 8/1981, de 30 de marzo; 49/1982, de 14 de julio; 30/1987, de 11 de marzo; 66/1987, de 21 de mayo; 144/1988, de 12 de julio; 141/1994, de 9 de mayo; 112/1996, de 24 de junio; 2/1997, de 13 de enero; 29/1998, de 11 de febrero; y 150/2001, de 2 de julio 129/2004 de 19 julio, o la Sentencia núm. 31/2008 de 25 febrero.

En ellas el Tribunal Constitucional parte de la afirmación de que la sujeción de los jueces al principio de igualdad ha de lograrse sin merma de la independencia judicial, que es un componente esencial del Estado de Derecho consagrado en nuestra Constitución (artículo 1.1 y 117.1).

El Tribunal Constitucional entiende que un juez, cuando se aparta de una doctrina jurisprudencial anterior, o cuando existan divergencias interpretativas entre los jueces, ello no conduce directamente a una quiebra del principio de igualdad, y por tanto que un órgano judicial puede cambiar de criterio sin violentar el principio de igualdad, *siempre que tal cambio sea motivado y se advierta el propósito de aplicarse con carácter general*. Pero en ningún caso permite el Tribunal Constitucional que el poder legislativo anule la labor judicial para así no aplicar la Constitución y la ley a conductas ya juzgadas, que eso sería lo que provocaría una Ley de Amnistía. Precisamente porque la supremacía de la Constitución frente a todos los poderes públicos (9.1 CE) impide que el legislativo anule la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que corresponde en exclusiva al poder judicial (art. 117 CE), como veremos a continuación.

²⁰ *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*

6. *La exclusividad de la función jurisdiccional conforme al artículo 117 de la CE y a la jurisprudencia del TC*

Conforme al art. 117 de la CE: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”

La Constitución de Cádiz de 1812 vedaba a las Cortes o al Rey el ejercicio de funciones jurisdiccionales, la avocación de causas pendientes o el mandamiento de apertura de juicios fenecidos.

La exclusividad tiene una vertiente positiva reconducible a que los Jueces y Magistrados sean los únicos que juzguen y hagan ejecutar lo juzgado, sin injerencias de los otros poderes del Estado o de otras instancias. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional (STC 265/1988, de 22 de diciembre) ha señalado que el principio de exclusividad está reñido con el automatismo en la concesión de efectos civiles a decisiones acordadas en el ámbito de la jurisdicción canónica.

Naturalmente el art. 117.3 está estrechamente relacionado con el derecho al Juez predefinido por la ley que garantiza el art. 24.2 CE.

En su sentencia 70/2022, el TC ha remarcado que: “*El principio de exclusividad jurisdiccional (al que algunos autores denominan principio de exclusividad en sentido negativo) es el reverso del principio de reserva de jurisdicción.*”

Y de forma absolutamente clara en esa reciente sentencia el TC prohibió que otros poderes del Estado (como el legislativo) ejerzan cualquier función jurisdiccional, y por tanto no puede el Parlamento mediante Ley de Amnistía anular la función jurisdiccional (acuérdesse que la Ley de 1977 era anterior a la Constitución democrática actual de 1978 ya que en 1977 no existía un ordenamiento democrático) (énfasis añadido):

“Este mandato de exclusividad del art. 117.3 CE impide que ningún otro poder del Estado ejerza la potestad jurisdiccional. Y también impide, en sentido inverso, que los jueces y tribunales integrantes del poder judicial ejerzan potestades públicas ajenas a la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Dicho de otro modo, el principio de exclusividad jurisdiccional es el reverso del principio de reserva de jurisdicción y es corolario de la independencia judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE). En efecto, el principal rasgo que define a la función jurisdiccional y que la distingue de otras funciones públicas es que ha de ejercerse con independencia y sometimiento exclusivo al imperio de la ley. La independencia es atributo esencial del ejercicio de la jurisdicción, que en exclusiva corresponde a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial, y se erige en pieza esencial de nuestro ordenamiento constitucional. Como este tribunal ha señalado, “en un Estado democrático de Derecho, [...] la separación de poderes y el sometimiento de los jueces al imperio de la ley constituye uno de sus pilares básicos” (STC 48/2001, FJ 4).”

Según el TC, en sentencias 48/2001 y la reciente 70/2022, la exclusividad de los jueces para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado es “*pieza esencial de nuestro ordenamiento constitucional*”, y “*en un Estado democrático de Derecho, [...] la separación de poderes y el sometimiento de los jueces al imperio de la ley constituye uno de sus pilares básicos*”.

7. *El informe de Letrados de las Cortes de 2021 ya confirmó la inconstitucionalidad de una amnistía*

El 23 de marzo de 2021, la Mesa del Congreso de los Diputados inadmitió a trámite la proposición de ley orgánica de los grupos parlamentarios de ERC y Plural (Junts, la CUP y el PDeCAT) de Amnistía y resolución del conflicto político entre Cataluña y el Estado español (escrito número 122/000132/0000).

Dicha decisión de la Mesa de la cámara vino precedida por un informe preliminar de la Dirección de Asesoría Jurídica del Congreso²¹ que aconsejó la inadmisión a trámite de la proposición de ley, porque los letrados consideraron que se trataba de un «indulto de carácter general» camuflado. Y que, por tanto, era contraria al artículo 62 i) de la Constitución (LA LEY 2500/1978): «Corresponde al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales». «Con independencia de cómo se titule y del objetivo de la proposición de ley analizada, ésta contiene en sí misma todos los elementos de un indulto de carácter general»

El acta de referida reunión de la Mesa del Congreso comienza así: “Por la manera en la que se definen los hechos que quedarían comprendidos en el ámbito objetivo de la ley y especialmente por la forma en que se concreta el alcance del concepto de intencionalidad política, así como por la individualización de los procedimientos que se hace en la citada disposición adicional única, cabe concluir, indica el Sr. Secretario General, que con independencia de cómo se titule y del objetivo de la proposición de ley analizada, ésta contiene en sí misma todos los elementos de un indulto de carácter general. A este respecto ha de recordarse que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62 i) de la Constitución, no caben en nuestro sistema constitucional los indultos generales. En consonancia con ello, frente a la previsión del Código Penal de 1973 (artículo 112), en el vigente Código Penal de 1995 (artículo 130) no se contempla como causa de extinción de la responsabilidad criminal la amnistía, sino tan solo el indulto que, como se ha señalado, por expresa previsión constitucional solo puede tramitarse y concederse de manera individual.”

8. *Posible vulneración de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y de las Leyes 50/1997 y 39/2015 al estar el Gobierno redactando un proyecto de ley en negociaciones con grupos parlamentarios sin dar trámite de consulta pública ni publicar el texto objeto de negociación*

Finalmente, la negociación de la amnistía a espaldas del poder constituyente español, además de implicar un fraude constitucional por derogar la Constitución sin llevar a cabo una reforma constitucional con consulta al pueblo español, implicaría una vulneración de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno²², pues como han reconocido públicamente diversos grupos parlamentarios, el Gobierno habría negociado de forma expresa con los grupos independentistas catalanes dicha amnistía, sin publicar los textos de esas negociaciones, a pesar de que después dicha Ley fuera planteada como proposición de Ley por los grupos parlamentarios.

Dicha Ley 19/2013 venía a desarrollar lo que contempla el artículo 105 de la CE: “La Ley regulará (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”. La negociación de una Ley que vulnera la Constitución, expresada de forma palmaria por un Gobierno, no puede estar excepcionada de la Ley de transparencia, puesto que no afecta a la seguridad del Estado ni a la intimidad de las personas, sino que más bien afecta a la soberanía del Estado al derogar la Constitución. Y más cuando tanto la Ley 50/1997, del Gobierno, como la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, obliga a los poderes públicos a realizar

²¹ Conforme informaciones de 7 de septiembre de 2023, de El Debate, “El acta de la reunión en la que la Mesa del Congreso vetó la amnistía en 2021: el letrado fue tajante”: https://www.eldebate.com/espana/20230907/acta-reunion-mesa-congreso-veto-amnistia-2021-letrado-tajante_138139.html

²² El PNV confirma que hay borradores de la ley de amnistía “desde hace tiempo” (msn.com), El Economista, 6 de octubre de 2023.

un proceso de consulta pública previo a la redacción de un proyecto de ley y a otorgar la audiencia a los ciudadanos afectados tanto por proyectos de ley como por disposiciones reglamentarias.

V. UNA LEY DE AMNISTÍA SERÍA CONTRARIA AL ARTÍCULO 2 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA COMO SE DERIVA DE JURISPRUDENCIA REITERADA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

En los últimos tiempos, se ha pretendido aludir a una supuesta legitimación de una Ley de Amnistía de 2023 en precedentes internacionales, como alude un artículo del diario El País²³. Sin embargo, el análisis del citado periódico no menciona el artículo 2 del Tratado de la UE sino resoluciones del Consejo de Europa sobre la facultad general de los Estados de conceder amnistías, pero ello siempre que no conculquen la igualdad ante la ley y el Estado de Derecho, así como los tratados internacionales. Otorgar una amnistía sería contrario al artículo 2 del Tratado de la UE, ya que se vulneraría la independencia del poder judicial como pilar del Estado de Derecho, tal y como ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE). El citado artículo periodístico alude a sentencias del TC que se refieren a la legalidad de la amnistía otorgada en 1977: “*La Constitución no restringe la amnistía. No hay restricción constitucional directa sobre esta materia, estableció el tribunal de garantías en su STC 147/1986. La amnistía de 1977 está viva y es actual*”, pero se está refiriendo a la amnistía sobre actuaciones que eran consideradas delitos bajo un régimen no democrático, como el que existió antes de la Constitución de diciembre de 1978.

Lógicamente, esas sentencias del TC que validan la Ley de Amnistía de 1977, aprobada por las Cortes constituyentes en relación a conductas cometidas durante el régimen franquista, no están hablando de amnistías sobre delitos constatados por un poder judicial independiente en un Estado democrático, ya que sería como suprimir el propio artículo 117 de la CE, cuando ya hemos dicho que el TC, en muchas sentencias, ha declarado claramente que ningún otro poder del Estado puede arrebatar a los jueces la exclusividad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Como hemos dicho, suprimir la labor del poder judicial es además contraria al artículo 2 del Tratado de la UE (TUE), como se sabe norma de directa aplicación en España y con primacía sobre el propio derecho interno en virtud de la jurisprudencia del TJUE (sentencias “*Van gend en Loos*”, “*Costa vs Enel*”, “*Simmenthal*”, “*Faccini Dori*”, etc.)²⁴. Este artículo 2 del TUE es muy claro:

“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”

El Tribunal de Justicia de la UE ha sido muy claro en sentencias que declaran contraria al derecho de la UE medidas de Polonia y Hungría que llevaron a jubilar anticipadamente y cambiar la composición del órgano de gobierno de los jueces.

²³ El diario El País publicó el 5 de octubre de 2023 el artículo con el título “*El Tribunal Constitucional respalda en 22 sentencias el encaje de una amnistía*”: <https://elpais.com/espana/2023-10-05/el-tribunal-constitucional-respalda-en-22-sentencias-el-encaje-de-una-amnistia.html>

²⁴ <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/the-direct-effect-of-european-union-law.html>

En concreto la Comisión Europea interpuso un recurso por incumplimiento contra Polonia (arts. 258 a 260 del Tratado de Funcionamiento de la UE), al considerar, en la sentencia del asunto C-192/18²⁵:

“42 Procede recordar que, como se desprende del artículo 49 TUE, que prevé la posibilidad de que cualquier Estado europeo solicite el ingreso como miembro de la Unión, esta se compone de Estados que se han adherido libre y voluntariamente a los valores comunes proclamados en el artículo 2 TUE, los respetan y se comprometen a promoverlos, de modo que el Derecho de la Unión se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, tales valores (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 2018, Wightman y otros, C-621/18, EU:C:2018:999, apartado 63 y jurisprudencia citada).

43 Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros y, en particular, sus órganos jurisdiccionales, en el reconocimiento de esos valores en los que se fundamenta la Unión, entre ellos el Estado de Derecho, y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica [véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, apartado 30, y de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 35].”

En un Auto dictado por la Vicepresidenta del TJUE, el 19 de octubre de 2018, se obligó a Polonia a suspender inmediatamente la aplicación de las disposiciones nacionales relativas a la reducción de la edad de jubilación en los jueces del Tribunal Supremo polaco. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitió un auto en relación con el caso C-619/18 R Comisión Europea vs Polonia, en el que señala que Polonia «*debe suspender inmediatamente*» la aplicación de las disposiciones de su legislación relativa a la reducción de la edad de jubilación de los magistrados de su Corte Suprema. Así, los motivos de hecho y de Derecho invocados por la Comisión justifican la concesión de medidas cautelares. El TJUE, «*atendiendo a la gravedad de la situación, ha decidido otorgar las medidas provisionales pedidas por la Comisión Europea*». No obstante, previamente debió seguirse un recurso por incumplimiento por la Comisión Europea (arts. 258 a 260 del Tratado de Funcionamiento de la UE) que tiene una fase prejudicial donde el Gobierno del Estado investigado puede presentar alegaciones y tiene una duración mínima de 4 meses.

El TJUE ha dejado claro en la citada sentencia 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16 que:

“la noción de independencia supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o subordinación respecto a terceros (véase el poder legislativo) y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquier que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones”.

En otra sentencia, de 25 de julio de 2018, “*Minister for Justice and Equality*”, asunto C216/18 PPU) el TJUE ha declarado que:

“La necesidad de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo, que reviste importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes a los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho”.

²⁵ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=215341&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3851512>

Por tanto, una Ley de amnistía en 2023 que anulase la labor del poder judicial y del poder ejecutivo respecto a los delitos derivados de la declaración de independencia de Cataluña de 2017, sería contraria al Tratado de la UE y a la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, con posibles sanciones para España, incluida suspensión o no desembolso de fondos europeos, conforme al Reglamento de condicionalidad de 2020, denominado “*Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión*”²⁶.

Como ha resumido Carlos Fernández de Casadevante²⁷, el TJUE deja claro que:

1. No hay Estado de Derecho sin independencia judicial.
2. La necesidad de independencia judicial de los jueces se integra en el contenido esencial del derecho a un juicio justo.
3. La exigencia de independencia de los órganos judiciales comprende que ejerzan sus funciones de forma totalmente autónoma, sin estar subordinado a ningún otro órgano y sin recibir órdenes de ninguna fuente externa.

Recientemente, la Comisión Europea ha suspendido la entrega de fondos EU Next Generation a Hungría conforme a dicho Reglamento por vulneraciones del Estado de Derecho²⁸.

Además de estas sanciones, el artículo 7 del TUE contempla un mecanismo preventivo por grave riesgo de vulneración del Estado de Derecho (declaración del Consejo de la UE por 4/5 de los votos y aprobación del Parlamento Europeo, a instancias de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo o un tercio de los Estados miembros, y otro sancionador en forma de suspensión de votos en el Consejo de la UE si por mayoría cualificada el Consejo de la UE constata una vulneración grave del Estado de Derecho. Y cabe recordar que el artículo 4 del TUE comprende el principio de “colaboración leal” de los Estados miembros como pilar esencial de pertenencia a la UE y de efectividad del ordenamiento europeo, principio que estaría vulnerando el Parlamento español de aprobarse esa Ley de Amnistía por vulnerar claramente la igualdad, la separación de poderes, la independencia judicial y el Estado de derecho como valores del art. 2 del TUE.

En consecuencia, la aprobación de una Ley de Amnistía además de vulnerar la Constitución y derogarla en la práctica, conllevaría el grave riesgo de que España se viera sancionada por la UE por vulnerar el artículo 2 del TUE.

No solo es que la Comisión Europea podría promover la suspensión de fondos europeos conforme al Reglamento de condicionalidad de 2020, sino que los magistrados implicados podrían plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE, suspendiendo las actuaciones judiciales hasta que el TJUE se pronuncie sobre si la Ley de Amnistía es acorde a los valores del artículo 2 del TUE (democracia, igualdad y Estado de Derecho). Lógicamente los magistrados del Tribunal Supremo son los más implicados pues al ser corte de última instancia estos magistrados tienen obliga-

²⁶ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-M-2020-81932>

²⁷ Fernández de Casadevante Romaní, Carlos (2021), “*Nociones básicas de derecho de la Unión Europea*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, 5ª ed, Madrid, pp. 62 y 63.

²⁸ Consejo de la UE (2022), “*Mecanismo de condicionalidad del Estado de Derecho: el Consejo decide suspender el pago de 6 300 millones de euros debido a las medidas correctoras parciales por parte de Hungría*”, comunicado de prensa de 12 de diciembre de 2022 (consultado el 6 de octubre de 2023): <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/12/12/rule-of-law-conditional-mechanism/>

ción de plantear la cuestión prejudicial a solicitud de cualquiera de las partes procesales implicadas (según el artículo 267 del TJUE²⁹ los restantes tribunales pueden plantearla solo si lo decide el tribunal, sin que las partes puedan obligar a tribunales inferiores a plantearla).

En todo caso, los encausados podrían solicitar la libertad provisional en aplicación de la “ley penal más favorable” y de la efectividad de las leyes conforme a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre cuándo hay que plantear la cuestión prejudicial³⁰, como sería la Ley de Amnistía, de modo que hasta que resuelva el TJUE la cuestión prejudicial no es probable que se impidan los efectos de la Ley de Amnistía con el mero planteamiento por un tribunal de la cuestión prejudicial.

²⁹ “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

c) Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Quando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Quando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.”

³⁰ En sentencia 37/2019, el TC adoptó un canon muy estricto para enjuiciar la decisión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre del 2016 -sobre el bono social eléctrico- de inaplicar una ley nacional sin plantear cuestión prejudicial.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2019, de 26 de marzo, otorga el amparo a la Administración del Estado y anula la Sentencia el Tribunal Supremo de 24 de octubre del 2016 -así como el auto de dicha Sala por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones frente a dicha sentencia- por estimar que se vulneró el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías al haber inaplicado una ley sin elevar previamente la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, en el caso de la inaplicación de una ley nacional por considerarla contraria al Derecho comunitario, el canon de enjuiciamiento del no planteamiento de la cuestión prejudicial es más estricto, de tal forma que compete al Tribunal Constitucional entrar a verificar el cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular, de la recaída en la Sentencia CILFIT, para determinar si está efectivamente justificado, bien porque la cuestión sea materialmente idéntica a otra que ya hubiera sido objeto de decisión prejudicial en caso análogo (doctrina del «acto aclarado»), bien porque la correcta aplicación del Derecho comunitario pueda imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (doctrina del «acto claro»).

La conclusión a la que llegó el Tribunal Constitucional en ese caso es que las sentencias del TJUE traídas a colación por el Tribunal Supremo no configuraron un supuesto de “acto aclarado”, por estimar que lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea atañe a directivas distintas y porque «incide en casos de muy dudosa analogía».

La sentencia entra así a controlar el criterio mantenido por el Tribunal Supremo sobre la concurrencia de los presupuestos necesarios para aplicar la doctrina del acto aclarado, y lo considera infundado, por lo que declara que el órgano judicial no estaba exonerado de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE y estima en consecuencia el recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución, declarando la nulidad de la sentencia y ordenando la retroacción de las actuaciones.

Precisamente porque el Tribunal Constitucional siempre es muy expansivo al proteger el derecho a la tutela judicial efectiva y podría entender que la no aplicación de la ley española podría ser contraria a los derechos penales de los encausados mientras no se declare contraria al derecho de la UE por el TJUE.

Los casos más sonados donde el TJUE adoptó una medida cautelar de suspensión de una Ley, fueron el del auto de 19 de octubre de 2018 (dictado en el asunto C619/18) y el del auto dictado en el seno del asunto C791/19.

El primer caso fue en efecto el caso de la Ley polaca sobre el Consejo de la Magistratura que obligaba a la jubilación de determinados jueces no afines³¹. Pero primero tuvo la Comisión Europea que iniciar un recurso por incumplimiento, que tiene una fase previa que suele durar un mínimo de 6 meses ante el Estado miembro (artículo 258 Tratado de Funcionamiento de la UE)³². En ese Auto el TJUE argumentó que:

“el artículo 16, párrafo 7, del reglamento de procedimiento autoriza al juez que conoce de una solicitud de medidas provisionales para adoptar tales medidas, a título precautorio» (Auto del presidente del TJUE de 2 de febrero del 2018, C-65/18, con cita de otros anteriores).

En el Auto se fundamenta la suspensión cautelarísima de la citada Ley con base en:

“El fundamento en los Tratados de la Competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para adoptar medidas cautelares se encuentra en los artículos 278 y 279 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El primero dispone lo siguiente: «Los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado». Y en el segundo se establece que «el Tribunal de Justicia podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos en que esté conociendo». Por su parte, el artículo 160.7 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia habilita al presidente a adoptar medidas provisionales «incluso antes de que la otra parte haya presentado sus observaciones”.

El citado Auto del TJUE, dictado el 19 de octubre de 2018, se emitió 6 meses después de la aprobación de la ley, fue declarado posteriormente inconstitucional por el Tribunal Constitucional Polaco, algo que es posible que ocurra si el TJUE suspende posteriormente la Ley de Amnistía³³.

³¹ Comunicado de prensa n° 159/18 del Tribunal de Justicia de la UE, de 19 de octubre de 2018 “Auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia en el asunto 619/18 R”: “El 3 de abril de 2018 entró en vigor la nueva ley polaca que regula el Tribunal Supremo (en lo sucesivo, «Ley del Tribunal Supremo» (...)) El 2 de octubre de 2018 la Comisión interpuso un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. La Comisión estima que, por una parte, al reducir la edad de jubilación y al aplicarla a los jueces nombrados para el Tribunal Supremo hasta el 3 de abril de 2018, y, por otra, al conferir al Presidente de la República de Polonia la facultad discrecional de prorrogar la función jurisdiccional activa de los jueces del Tribunal Supremo, Polonia ha infringido el Derecho de la Unión.” <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-10/cp180159es.pdf>

³² “Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.
Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.”

³³ Como relata Araceli Mangas Martín: “Hasta tal punto había indicios de vulneración de derechos (*fumus boni iuris*) que la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia (Rosario Silva Lapuerta) decidió aplicar medidas provisionales, a petición de la Comisión, por el grave e irreparable daño que se

En el segundo caso (asunto 791/19), el Auto del Tribunal de Justicia de la UE de 8 de abril de 2020³⁴, estableció la suspensión cautelar frente a la Ley del Tribunal Supremo polaca, tras un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 258 TFUE, por la Comisión Europea el 25 de octubre de 2019 con la pretensión de que se declare que la República de Polonia había incumplido las obligaciones que le incumben conforme al TUE. Esa Ley del Tribunal Supremo de Polonia, que entró en vigor el 3 de abril de 2018, creó dos nuevas salas del *Sąd Najwyższy* (Tribunal Supremo), una de ellas la Sala Disciplinaria, contemplada en el artículo 3, punto 5, de esa Ley. Como se ve en este segundo caso, la suspensión cautelar fue otorgada un 8 de abril de 2020 pero la Ley había entrado en vigor el 3 de abril de 2018, es decir estuvo en vigor 2 años hasta su suspensión.

En todo caso, el TC español puede utilizar, como en el caso del TC de Polonia, sus potestades para garantizar la vigencia de una ley que haya sido objeto de una cuestión prejudicial por un juez español, de modo que es previsible que aunque magistrados y jueces presenten una cuestión prejudicial sobre la Ley de Amnistía, el TC exija aplicarla en beneficio de los miles de encausados para que salgan libres antes de que el TJUE resuelva la cuestión prejudicial, y por ende es previsible que exista un choque entre el TC y el TJUE y el TC evite que se suspenda la Ley de Amnistía por el planteamiento de cuestiones prejudiciales³⁵.

Es verdad que conforme al artículo 4bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de octubre, del Poder Judicial todos los tribunales españoles deben colaborar en la aplicación del derecho de la UE, y conforme al artículo 4.3 del TUE:

podía producir (periculum in mora), sin esperar a las observaciones de Polonia, suspendiendo la aplicación de las normas de jubilación y nuevos nombramiento” (...)Auto de 19 de octubre de 2018, Comisión/Polonia (C619/18 R, EU: C:2018:852); confirmado por el auto del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2018, Comisión/Polonia (C-619/18 R, EU: C:2018:1021).

Dicho Auto inicial C-619/18 R fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional polaco el 14 de julio de 2021, asunto 7/20, <https://trybunal.gov.pl/s/p-7-20> estimando incompatibles con la Constitución polaca el artículo 4.3 TUE (la obligación de lealtad) y el artículo 279 TFUE (que permite ordenar medidas provisionales). Naturalmente, la sentencia del TC polaco es una gravísima violación de las obligaciones comprometidas con Polonia desde su adhesión a la UE”. Mangas Martín, Araceli (2021), “Defensa del Estado de Derecho por la Unión Europea: la rebeldía de Polonia a la independencia judicial”, Anuarios de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Anales 2020-2021), pp. 527-547, BOE, Madrid, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2021-10052700548

³⁴ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=225141&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1553500>

³⁵ Como ha explicado Isaac Ibáñez García, en virtud de la sentencia del TC 37/2019 (énfasis añadido), “Pueden destacarse tres consecuencias de esta doctrina. La primera, apuntada por Sarmiento, se refiere a la preocupación subyacente del TC por ver socavado su monopolio de control sobre la legalidad ordinaria al permitirse a los jueces ordinarios inaplicar normas de rango legal cuando tengan la convicción de que contravienen el ordenamiento europeo. De acuerdo con la CE, solo el TC puede decidir si una norma con rango de ley es o no admisible en el ordenamiento jurídico. Para el TC, permitir a los jueces ordinarios que inapliquen normas nacionales sin mediar mandato expreso del TJUE al efecto supone ceder parte de ese monopolio. El TC, empero, obvia que la facultad de inaplicar las normas nacionales cuando resultan contrarias al Derecho de la UE es atribuida a los jueces ordinarios directamente por este ordenamiento, cuya primacía sobre el nacional resulta incuestionable”. IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac (2020), “El Tribunal Constitucional español, ¿juez nacional de última instancia del Derecho de la Unión Europea?: Un Amicus Curiae ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo”, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR nº 36 (2020), Universidad Complutense de Madrid: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2020-10-17-1%20Ib%C3%A1%C3%B1ez.pdf>

“3. Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”.

Pero el TC puede utilizar su papel como tribunal garante de derechos fundamentales conforme a la CE para, aunque sea incumpliendo temporalmente ese artículo 4.3 del TJUE, para garantizar la libertad de los detenidos o encausados, en aplicación de la Ley de amnistía, frente a la suspensión cautelarísima que pueda dictar el TJUE, como ya hizo el TC polaco. Es evidente que posteriormente el TJUE podría condenar a España por la actuación del TC, pero en todo caso el TC podría exigir la aplicación inmediata de la Ley de Amnistía para favorecer las pretensiones del legislativo que aprobase esa Ley de Amnistía.

VI. EN TODO CASO, EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DEBERÍA TRAMITAR LA PROPOSICIÓN DE LEY DE AMNISTÍA COMO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE EXIGE MAYORÍA DE 2/3 DEL CONGRESO Y DEL SENADO Y CONVOCATORIA DE ELECCIONES A CORTES CONSTITUYENTES

Es importante tener en cuenta el papel trascendental que tienen los Letrados de las Cortes con su informe preceptivo, aunque no vinculante, para la admisión a trámite de una Proposición de Ley.

Recordemos que, a diferencia de los Proyectos de Ley, las Proposiciones de Ley de un grupo o grupos parlamentarios deben superar el trámite de toma en consideración por el Pleno de la Cámara conforme al artículo 126 del Reglamento del Congreso, y previamente los Letrados de Cortes deben realizar un informe sobre la legalidad de tal proposición de ley.

Conforme al art. 147 del Reglamento del Congreso la proposición de ley de amnistía, por implicar una reforma constitucional (incluir un indulto general proscrito por la Constitución además de anular la exclusividad del poder judicial del 117) debería ser aprobada por 2/3 del Pleno del Congreso y del Senado y después disolverse las Cortes:

“1. Los proyectos y proposiciones de ley que postularen la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte el Título Preliminar, el Capítulo II, Sección I del Título I, o al Título II de la Constitución, serán sometidos a un debate ante el Pleno, que se ajustará a las normas previstas para los de totalidad.

2. Terminado el debate, se procederá a la votación. Si votan a favor del principio de revisión las dos terceras partes de los miembros de la Cámara, el Presidente del Congreso lo comunicará al del Senado.

3. Si en esta Cámara recibiera también la mayoría de las dos terceras partes de los Senadores, el Presidente del Congreso lo comunicará al del Gobierno para que someta a la sanción del Rey el Real Decreto de disolución de las Cortes Generales.

4. Constituidas las nuevas Cortes, la decisión tomada por las disueltas será sometida a ratificación. Si el acuerdo del Congreso fuera favorable, se comunicará al Presidente del Senado.

5. Una vez tomado el acuerdo por ambas Cámaras, el Congreso, por el procedimiento legislativo común, tramitará el nuevo texto constitucional, que para ser aprobado requerirá la votación favorable de las dos terceras partes de los miembros del Congreso. De obtener dicha aprobación, se remitirá al Senado.

6. Aprobada la reforma constitucional por las Cortes Generales, el Presidente del Congreso de los Diputados lo comunicará al del Gobierno, a los efectos del artículo 168.3 de la Constitución.”

*Los Letrados de Cortes, y en especial, el Letrado Mayor, es quien podría asesorar a la Mesa sobre la necesidad de tramitar esa proposición de Ley como una proposición de reforma constitucional bajo los trámites del artículo 147 del Reglamento del Congreso*³⁶. Ello se deriva del artículo 45 del Reglamento del Congreso de los Diputados, y por ello cobra especial importancia el nombramiento del nuevo Letrado mayor, que es quien asesora directamente a la Mesa de la Cámara:

“Los Letrados prestarán en las Comisiones y respecto de sus Mesas y Ponencias el asesoramiento técnico jurídico necesario para el cumplimiento de las tareas a aquéllas encomendadas, y redactarán sus correspondientes informes y dictámenes, recogiendo los acuerdos adoptados.”

En todo caso, antes del inicio de la fase de la ponencia los letrados de la Cámara podrían poner de manifiesto que realmente esa proposición de ley es una reforma constitucional, por implicar una derogación del art. 14 (igualdad ante la ley), del artículo 62.1.) de la CE (el Rey no puede conceder indultos generales) y del art. 117 (exclusividad para juzgar del poder judicial). Así lo estipula el Acuerdo de 26 de junio de 1989 de las Mesas del Congreso y el Senado³⁷, que derogó la Resolución conjunta de 17 de febrero de 1985, que establecieron las Normas sobre régimen de asesoramiento técnico-jurídico a las Comisiones parlamentarias.

³⁶ A pesar de ello, el Letrado Mayor del Congreso recién nombrado por la Mesa de la Cámara de mayoría pro gubernamental, emitió informe el 20 de noviembre de 2023, reconociendo que, a pesar de que existan dudas sobre la constitucionalidad de la amnistía, debe primar el derecho de participación política del artículo 23 de la CE, cuando letrados del Congreso informaron de forma contraria la admisión a trámite, en la X Legislatura, de una la Proposición de Ley para permitir el Derecho de Autodeterminación de los Pueblos porque pretendía regular materias propias del Título Preliminar de la Constitución, modificando el tenor de este. Según informaciones de “demócratas.es”, consultado el 21 de noviembre de 2023, “*El informe de los letrados del Congreso permite tramitar la Ley de Amnistía*”: <https://www.democrata.es/actualidad/el-informe-de-los-letrados-permite-tramitar-la-ley-de-amnistia/>

En este caso la incoherencia de la postura del nuevo letrado mayor es palmaria, por cuanto la proposición de ley de amnistía, como hemos explicado, también afecta al título preliminar de la Constitución al desconocer el Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y los principios del art. 9 de la Carta Magna, dado que dicha amnistía supone derogar la labor del poder judicial en todo tipo de procedimientos durante más de 11 años en relación a cualquier conducta relativa a la consecución de la independencia de Cataluña. Si en su momento los letrados del Congreso en la pasada legislatura ya inadmitieron una proposición de ley que vulneraba los citados artículos, es incoherente permitir la admisión a trámite de una proposición de ley que también vulnera los citados artículos. Y más cuando el artículo 147 del Reglamento del Congreso de los Diputados obliga a tramitar los proyectos o proposiciones de ley que contengan reformas constitucionales como si de una reforma constitucional se tratase, esto es, exigiendo mayoría de 2/3 de Congreso y Senado, disolución de Cortes, idéntica mayoría de las nuevas Cortes y referéndum popular, conforme al art. 168 de la Constitución.

³⁷ En la norma cuarta, a), del nuevo texto se establece que «en apoyo del trabajo legislativo de las Comisiones, corresponderán a los Letrados las siguientes tareas:

“a) Redactar, con ocasión de cada Proposición o Proyecto de Ley encomendados a su asesoramiento, y antes de la iniciación de la fase de Ponencia, un informe con el siguiente contenido:

- Incidencia de la nueva iniciativa legislativa en la normativa vigente en la materia, con indicación de los antecedentes normativos, doctrina jurisprudencial, legislación autonómica afectada, referentes de Derecho comunitario y previsiones de los ordenamientos extranjeros que puedan resultar ilustrativas para la valoración del texto en tramitación.

- Análisis técnico-legislativo del Proyecto o Proposición, argumentando sobre la corrección de su estructura y la ordenación lógica de sus preceptos, sobre el rigor de los aspectos ortográficos, léxico y estilo, sobre la corrección de las concordancias y remisiones y la adecuación del título, el

VII. LA LEY DE AMNISTÍA SERÍA APLICABLE DESDE SU APROBACIÓN SIN QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL TENGA OBLIGATORIAMENTE QUE SUSPENDER SUS EFECTOS

La importancia de la Ley de Amnistía como ley derogatoria de la esencia de la Constitución es determinante para el propio orden público y los citados principios de seguridad jurídica, jerarquía normativa e interdicción de la arbitrariedad, por cuanto, como veremos, no existe en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional un precepto que obligue al TC a suspender la Ley ante recursos de inconstitucionalidad de 50 diputados o senadores o cuestiones de inconstitucionalidad planteados por los jueces.

La doctrina del Tribunal Constitucional parte de la presunción de legitimidad de las leyes, al emanar estas del órgano representativo de la soberanía popular, que es el Parlamento, pero siempre que esas leyes sean conformes con la Constitución (lógicamente el TC no podía imaginar que el Parlamento pudiese por una Ley anular artículos esenciales de la Constitución). Precisamente, por expresa previsión constitucional del artículo 161.2, *“El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”*. Dicho precepto constitucional ha tenido su desarrollo en el artículo 30 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), que previene que *“La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo ciento sesenta y uno, dos, de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas”*. Lógicamente, el constituyente previó en ese artículo 161.2 de la CE que el Gobierno pudiera suspender ante el TC leyes (autonómicas o del Parlamento español) que pudiera el Gobierno juzgar inconstitucionales³⁸. Lo que no pudo prever el constituyente es que el mismo Gobierno (aunque provenga la Ley de una proposición de ley de grupos parlamentarios), impulsara la aprobación de una Ley que fuera manifiestamente inconstitucional.

A nadie se le escapa que la Ley de Amnistía, aunque se tramite como una Proposición de Ley de los Grupos Parlamentarios que apoyan al Gobierno (para saltarse la obligación de obtener informes del Consejo de Estado o del Consejo General del Poder Judicial), está siendo negociada y es impulsada por el Gobierno de España para obtener el apoyo de los partidos políticos independentistas catalanes a la investidura del actual presidente del Gobierno. Por tanto, el Gobierno no va a recurrir ante el TC la propia Ley de Amnistía que impulsa, de modo que no será posible suspender la aplicación de sus efectos, y como el TC ha demostra-

preámbulo o las disposiciones complementarias, sobre la suficiencia de las cláusulas derogatorias y de las tablas de vigencia y, en general, sobre la adaptación del texto a las directrices sobre calidad de las leyes que se establezcan en las Cámaras.

- Análisis jurídico del contenido del Proyecto o proposición, confrontando el texto con el conjunto del ordenamiento y, en particular, con los principios constitucionales y con la doctrina del Tribunal Constitucional”.

³⁸ Como ejemplo de ello, el actual Gobierno de España ha recurrido una Ley de medidas fiscales aprobada por el Parlamento gallego (recurso de inconstitucionalidad 6243/2023, y el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 24 de octubre de 2023, ha admitido el recurso y establecido la suspensión de la Ley autonómica gallega: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1238244&utm_source=DD&utm_medium=email&nl=1&utm_campaign=30/10/2023

do (recientemente, tardando casi un año y medio en resolver el recurso de inconstitucionalidad sobre el Decreto de Estado de Alarma), no podemos esperar un rápido pronunciamiento del TC.

Con fundamento en las anteriores previsiones, el parecer mayoritario en el Auto del TC 90/2010, de 14 de julio, afirmó que *“en el caso de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, el art. 30 LOTC impide su suspensión tanto automática como a solicitud de parte, fuera del caso previsto en el art. 161.2 CE”* (FJ 2), rechazando asimismo la posibilidad de plantear una autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 30 de la LOTC. Y, en el caso que nos ocupa, el artículo 30 de la LOTC dispone que *“La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley”*, salvo en el supuesto del artículo 161.2 de la Constitución (recurso interpuesto por el Gobierno).

Solo quedaría la cuestión de inconstitucionalidad que quiera plantear el juez Llarena u otro juez que esté investigando o juzgando a los cientos de encausados por el *“procés”*. Pero en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, tampoco conforme al artículo 163 de la Constitución se suspende la aplicación de una Ley: *“Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.”* El artículo 35 de la LOTC determina que: *“El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.”*

De esta forma, como el Gobierno que impulsa la Ley de Amnistía no va a recurrir su inconstitucionalidad ante el TC, hasta que el TC resuelva un posible recurso de inconstitucionalidad o una cuestión de constitucionalidad, la Ley de Amnistía estará en vigor, por tanto:

- Provocando la libertad de los encausados y su vuelta a España en el caso de encausados huidos de la justicia; y
- pudiendo generar responsabilidad patrimonial a las Administraciones españolas por conllevar la amnistía que dichas conductas no fueran ilegales y que su persecución fuera antijurídica (y causase daños a los particulares afectados).

Y en todo caso, cuando con suerte pasado un año resolviere el TC³⁹ ese recurso o cuestión de inconstitucionalidad, es muy dudoso que dicha sentencia, en caso de ser estimatoria y declarar la inconstitucionalidad de la Ley de amnistía, pudiera producir la apertura de las causas judiciales archivadas, puesto que conforme a uno de los principios del art. 9.3 de la Constitución: *“la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o res-*

³⁹ El TC ha tardado más de 10 años en resolver el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley del Aborto, y el horizonte de recusaciones que se plantea de varios de los magistrados, por haber pertenecido al Gobierno en curso o haber emitido informes jurídicos que genera conflictos de interés, permite pronosticar que el TC no va a resolver en plazo breve los recursos de inconstitucionalidad frente a la Ley de Amnistía. El horizonte de posibles recusaciones se describe en noticia del día 7 de noviembre de 2023, de El Confidencial, *“El pulso de los diez negritos en el Constitucional: la amnistía abre la caza de recusaciones”*: https://www.elconfidencial.com/espana/2023-11-06/tribunal-constitucional-caza-de-recusaciones-amnistia_3768027/

trictivas de derechos individuales”. Como ha explicado magistralmente Gabriel Domenech⁴⁰, “Las sentencias también deben respetar, ciertamente, el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE). Pero ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha interpretado de manera muy restrictiva este principio, al considerar que no prohíbe la retroactividad de grado mínimo o incluso medio y, sobre todo, al entender que esta prohibición sólo se predica de los derechos consagrados en los artículos 15 a 29 de la Constitución”, estando en nuestro caso hablando del derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE.

En la sentencia 45/1989⁴¹, el TC determinó los criterios para la aplicación temporal de sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una Ley (pp. 14 y 15) (énfasis añadido):

“Este último precepto (art. 40.1 de la LOTC) dispone que las Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad «no permitirán revisar procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales», lo que constituye un límite, basado en el principio de seguridad jurídica, a la eficacia en el tiempo de las Sentencias de inconstitucionalidad. No hay ninguna necesidad de interpretar este art. 40.1 como si el límite así expresamente enunciado constituyera la excepción a una imaginaria regla, que sería la del máximo alcance invalidatorio de la Sentencia de inconstitucionalidad en su dimensión temporal (efectos máximos ex tunc o «retroactivos»). Más bien al contrario: si consideramos al art. 40.1 de la LOTC informado por el principio constitucional de seguridad jurídica, habrá que entender que los procesos fenecidos por Sentencia firme son el caso más eminente y claro, pero no el único. Dicho de otro modo: la mención de la Sentencia firme en el art. 40.1 no supone que toda Sentencia de inconstitucionalidad haya de tener por necesario efecto la eliminación radical de todas las situaciones jurídicas preexistentes que no estén declaradas en Sentencia con autoridad de cosa juzgada, por agotadas o jurídicamente consolidadas que estén, pudiendo recordarse que la expresión «situaciones consolidadas» fue usada por la STC 14/1981 (fundamento jurídico cuarto) precisamente para enunciar el límite de la eficacia temporal de las Sentencias de inconstitucionalidad.”

Por tanto, una declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía, pasado un año desde su aplicación, cuando ya se hubieran archivado los procedimientos judiciales contra los encausados (incluido el del expresidente de la Generalitat), no podría cambiar los archivos de las causas judiciales, permitiendo por ello que los actos permanecieran impunes, salvo que algún juez se atreviese a plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Pero recordemos que conforme al art. 35.2 de la LOTC: “*Dos. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión*”. Por tanto, en el caso de los políticos encausados prófugos, dado que ni siquiera ha podido empezar el juicio, una vez dictada la Ley de Amnistía el juez no podría plantear cuestión de inconstitucionalidad, y solo le quedaría la opción de archivar las causas (al no haber podido avanzar en las causas por falta de extradición de dichos sujetos).

En conclusión, cuando un Gobierno promueve una Ley de Amnistía para cualquier conducta antijurídica (sea de unos políticos que cometen sedición o actos inconstitucionales o de delincuentes comunes), los recursos de inconstitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad no impiden una aplicación inmediata de dicha amnistía, generando tres efectos perversos y que dañarían de muerte a nuestra Constitución y al orden público:

⁴⁰ DOMENECH, Gabriel (2022), “Sobre los efectos en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional”, publicado en “Almacén de Derecho” el 14 de julio de 2022: <https://almacende.derecho.org/sobre-los-efectos-en-el-tiempo-de-las-sentencias-del-tribunal-constitucional>

⁴¹ <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1251>

- Provocaría que los jueces, en muchos casos (salvo que esté el pleito visto para sentencia), tuvieran que archivar la causa o, en todo caso, poner en libertad sin cargos a los encausados, provocando la vuelta a España de los encausados prófugos.
- Desde la Ley de Amnistía, y hasta que el TC se pronunciase, los políticos encausados podrían volver a cometer las mismas conductas (declaración de independencia, malversación, celebración de referéndum ilegal), ya que la Amnistía implica declarar que dichas conductas no son contrarias al ordenamiento jurídico (a diferencia del indulto, que es un perdón individual y que no anula la labor jurisdiccional ni declara la legalidad de dicha conducta).
- Los jueces y cuerpos policiales no tendrían la posibilidad de perseguir actividades de sedición, declaraciones de independencia, celebración de referéndums ilegales o utilización de la policía autonómica para dichos fines, ya que esas conductas seguirían siendo válidas hasta que el TC resuelva los citados recursos.

Desde cualquier punto de vista que se mire, la Ley de Amnistía, como comentaremos, conlleva una sustracción de soberanía del Estado y por ende una destrucción de la Constitución y de la soberanía del pueblo español.

VIII. LA LIBERTAD DEMOCRÁTICA PASA EN PRIMER LUGAR POR EL RESPETO AL ORDEN CONSTITUCIONAL Y POR NO SUPLANTAR AL PODER CONSTITUYENTE

Entre algunos reputados analistas se viene teorizando acerca de un cambio en el esquema libertad-orden público en las últimas décadas, de forma que los gobiernos de base más progresista enarbolan el orden público para procurar el bien común y la limitación de libertades (por ejemplo, durante la pandemia, limitación que fue suspensión en la práctica y fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias⁴²).

El filósofo Daniel Innerarity ha justificado en su obra *“La libertad democrática”*, publicada en 2023, la limitación de las libertades individuales para *“asegurar la supervivencia de la humanidad en el planeta”*⁴³. Sin embargo, se le olvida a este filósofo que no puede haber poder público legítimo si desconoce en su proceder la legitimidad primigenia del poder que es la Constitución, como norma emanada del poder constituyente y del que derivan los poderes del Estado, incluido el legislativo. Además los mandatos constitucionales, como por ejemplo el del artículo 9 de remover los obstáculos que impidan o dificulten que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas, siempre deben respetar: (i) la separación de poderes, de forma que el legislativo no puede actuar anulando la labor de otros poderes del Estado como

⁴² Destaca la Sentencia 183/2021, de 27 de octubre de 2021 (Recurso de inconstitucionalidad 5342-2020).

⁴³ *“Por supuesto que en un Estado democrático de derechos las restricciones de la libertad tienen que ser legítimas y democráticas, lo que significa que no pueden ser arbitrarias, que deben ser explicadas, y en la medida de lo posible, se ha de preferir la incitación que la imposición. La democracia no es un sistema político en que no haya autoridad, sino una forma de gobierno en la que la autoridad ha de ser siempre justificada y abierta a la crítica. Y la mayor justificación de estas regulaciones se apoya en el tipo de bienes o males comunes que están hoy en juego. Si las democracias modernas se constituyeron como instituciones contra el soberano absoluto, las democracias contemporáneas solo pueden mejorar combatiendo al tirano individual que desconocer los efectos que sus comportamientos tienen sobre la naturaleza o las generaciones futuras; si la teoría clásica del contrato social implicaba una aceptación de la autoridad para impedir el caos y la guerra de todos contra todos, el actual contrato social está demandando una autolimitación de la libertad personal para asegurar la supervivencia de la humanidad en el planeta”*. INNERARITY, Daniel (2023), *“La libertad democrática”*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, pp. 17 y 18.

el ejecutivo; y (ii) los valores superiores del ordenamiento como son la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, además de los principios jurídicos del art. 9 CE (interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, jerarquía normativa, etc.).

Es decir, *el fin no justifica los medios en un Estado constitucional de derecho*, en el que las leyes emanadas del legislativo solo son válidas si respetan la distribución de poderes de la Constitución (y por tanto respetan la potestad judicial de juzgar y ejecutar lo juzgado, art. 117 CE), los derechos y libertades fundamentales (igualdad ante la ley, art. 14 CE), además de los principios del ordenamiento jurídico incluidos en la Constitución (supremacía de la Constitución - todos los poderes del Estado están sometidos a la Constitución-, interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, jerarquía normativa -que incluye la superioridad jerárquica de la CE- etc., art. 9 CE).

Por tanto, no forma parte de la libertad política legítima del Ejecutivo que a través del legislativo se aprueben leyes que menoscaben las libertades democráticas consagradas en la Constitución, lo que incluye la igualdad ante la ley y la exclusividad del poder judicial para juzgar, de lo contrario tendríamos una Constitución hibernada, que serían utilizadas por el Ejecutivo para derogar la democracia tal y como realizó Hitler en 1933⁴⁴.

IX. LA AMNISTÍA IMPLICA, ADEMÁS DE LA DEROGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR UN PODER DERIVADO -EL LEGISLATIVO-, LA QUIEBRA DEL ORDEN PÚBLICO Y LA VUELTA AL ESTADO ABSOLUTO Y EN CIERTO GRADO, AL ESTADO DE NATURALEZA ANTERIOR AL ESTADO MODERNO

Cuando la amnistía determina que en la práctica la labor judicial (poder judicial) y policial (actos administrativos en ejecución de autos y sentencias judiciales) fue ilegítima, también está declarando que los actos cometidos a partir del 1 de octubre de 2017 (declaración de independencia, celebración de referéndum ilegal, malversación de caudales públicos al utilizar fondos autonómicos para fines distintos de los previstos en la Constitución y del marco competencial autonómico) pueden volverse a realizar sin reproche penal ni administrativo alguno.

Es decir, además de anular la Constitución, la amnistía implica establecer que el Parlamento puede legalizar a posteriori actos declarados contrarios a la ley por el poder judicial y declarar que nunca fueron antijurídicos. Esto tiene tres efectos que llevarían a España a convertirse en un Estado absoluto⁴⁵, cuando no una vuelta al Estado de naturaleza que teorizó Hobbes en su “Leviatán”:

- Soberanía absoluta y arbitraria del parlamento frente a la Constitución y al pueblo español y al resto de los poderes del Estado.

⁴⁴ Como explica Muriel Rodríguez: “¿En qué consistía su táctica? (la de Hitler) En no llamar la atención para evitar la reacción de la Cancillería. (...) Por eso, después de su nombramiento como canciller el 20 de enero de 1933, su aspiración estaba cifrada en obtener la bendición del presidente Hindenburg”. MURIEL RODRÍGUEZ, Félix (2023), *recensión sobre “El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura”*, editorial Trotta, Madrid, 2022. *Revista de Estudios Políticos*, julio/septiembre 2023, núm. 201, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

⁴⁵ Ya hemos dicho que La Constitución de Cádiz de 1812, primera constitución liberal en España vedaba a las Cortes o al Rey el ejercicio de funciones jurisdiccionales, la avocación de causas pendientes o el mandamiento de apertura de juicios fenecidos.

- Generar una responsabilidad patrimonial del Estado por la labor del poder judicial y de los cuerpos policiales que ejecutaron las sentencias, dado que la amnistía estaría declarando que esas actuaciones del poder judicial y ejecutivo serían antijurídicas al no ser legítimo perseguir conductas que no son antijurídicas⁴⁶.
- Legalizar la declaración de independencia, la celebración de referéndums independentistas y la malversación de caudales públicos, de forma que desde la aprobación de la Ley de Amnistía el Gobierno autonómico catalán podría volver a realizar los mismos hechos sin que ningún poder del Estado pudiera perseguirlos ni enjuiciarlos.

La amnistía provocaría no solo una anulación del poder judicial y de los principios de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica, sino una vulneración de la igualdad de los españoles ante la Ley, que como hemos visto, es parte esencial del Estado de Derecho y la democracia como valores de la UE.

La Constitución de 1978, plebiscitada por los españoles, supuso un momento de insubordinación fundante⁴⁷ del sujeto soberano español, porque dio origen al primer Estado democrático en España, siendo la primera vez en la historia en que el pueblo español ejerció su soberanía para fundar un Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, la Constitución es la norma fundamental del orden político y social democrático en España. De esta forma, si tras la insubordinación fundante que supuso la Ley para la reforma política y la elaboración y plebiscito de la Constitución de 1978, el Parlamento español suplanta al poder constituyente aprobando una amnistía que implica el desconocimiento de la voluntad soberana y fundante del pueblo español, el Parlamento estaría anulando la soberanía de los ciudadanos españoles y provocando una subordinación de los ciudadanos a un poder despótico (el Parlamento) que no se sometería a la Constitución.

En suma, dicha Ley de Amnistía aprobada a espaldas del poder constituyente eliminaría la “soberanía” del Estado español, de forma que al perder la soberanía dejaría de ser un Estado, pues todo Estado que pierde su soberanía pierde una de sus características fundantes. Por eso he dicho que además de una vuelta al Estado absoluto (o al “terror” de Robespierre utilizando la carta blanca de la “voluntad general” de Rousseau), podríamos estar ante una vuelta al Estado de naturaleza pre-hobbesiano, donde no existe Estado moderno digno de tal nombre al no tener facultades para perseguir actos contra la Constitución.

⁴⁶ La Constitución española establece en su artículo 106, apartado 2, que «*los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*» y el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, determina que: “*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”.

⁴⁷ El concepto de insubordinación fundante lo tomo prestado del profesor Marcelo Gullo, quien lo explica aplicado a las relaciones internacionales en su libro “*La insubordinación fundante. Breve historia de la construcción del poder de las naciones*” (2021), editorial Biblos, Buenos Aires, 4ª edición.

X. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE AMNISTÍA PROVOCA QUE EL REY TUVIERA CAPACIDAD DE REVOCAR LA PROPUESTA DE INVESTIDURA REALIZADA AL CANDIDATO POR MANIFIESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE SU PROGRAMA DE GOBIERNO

Como hemos visto, aunque existen remedios judiciales (cuestión prejudicial ante el TJUE y cuestión de inconstitucional ante el TC) para paralizar los procesos judiciales en curso, estos instrumentos no suspenderían la aplicación de la Ley de amnistía de forma inmediata y por ello, en los casos ya sentenciados y con condena firme, no impedirían la puesta en libertad ni la extinción de la responsabilidad administrativa y contable de los sentenciados. Tampoco los recursos de inconstitucionalidad de 50 diputados o senadores o de presidentes autonómicos pueden suspender la aplicación de la Ley de Amnistía. Por ello, es necesario analizar si el Rey tenía potestades constitucionales⁴⁸ para revocar la propuesta de investidura al candidato que lleva en su programa la Ley de Amnistía ya presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista que lo apoya.

De forma clásica, Kelsen abogaba en los años 20 del siglo pasado porque el guardián de la Constitución fuera un Tribunal Constitucional con capacidad para expulsar del ordenamiento jurídico leyes contrarias a la Constitución⁴⁹, mientras que Carl Schmitt prefería hacer recaer esa facultad en un Jefe del Estado con facultades para hacer cumplir la Constitución por no ejercer un mandato derivado del juego político⁵⁰.

Pues bien, tras la experiencia de la Segunda República, donde la jefatura del Estado recaía en un político elegido de forma indirecta y temporal por representantes de las Cortes⁵¹, la

⁴⁸ El Rey no realizó ninguna acción de revocación de su propuesta de investidura, y el candidato fue investido el 16 de noviembre de 2023 por 179 votos a favor del Congreso de los Diputados y 171 en contra, jurando su cargo ante el Rey al día siguiente.

⁴⁹ Como explica Carlos Miguel Herrera, “Conforme a las ideas kelsenianas, el órgano encargado del control de la Constitución debe ser distinto e independiente del Parlamento y del Gobierno, que son los principales sujetos a controlar por la vía de las leyes y reglamentos (de ejecución o con fuerza de ley). En el plano técnico, Kelsen propone un tribunal cuya sentencia anule con carácter general el acto inconstitucional, incluidas las leyes del Parlamento, ya que éste está subordinado a la Constitución, y respecto a ella «aplica Derecho», es decir, las normas constitucionales.

El jurista vienes reconoce que un Tribunal Constitucional, así entendido, excedería una función estrictamente jurisdiccional, lo que lo convierte en «un legislador negativo»; aunque se apresura a precisar que con menos poder que el Parlamento, que tiene pocas limitaciones en cuanto al contenido legislativo, en tanto que la justicia constitucional se atiene a anular una ley tomando en cuenta principalmente el procedimiento de creación. En última instancia, en la concepción kelseniana, el Tribunal Constitucional tiene una importancia política de primer orden: él es «la garantía de paz política en el interior del Estado» HERRERA, Carlos Miguel (1994), “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Núm. 86. Octubre- diciembre 1994, Madrid, pp. 206-207.

⁵⁰ En palabras de Carlos Miguel Herrera: “El presidente del Reich representaba en la concepción de Schmitt un «poder neutral, mediador, regulador y tutelar» (Schmitt, *op. cit.*, 220), arbitro neutral que, si bien no se encontraba por encima de los otros órganos políticos, estaba más allá de conflictos y clases, lo que lo convierte en el guardián de la Constitución en su carácter de representante del pueblo como unidad. En el presidente, según Schmitt, se materializa la «aclamación» del pueblo de manera unitaria, como forma de representación democrática por excelencia, contrariamente al Parlamento, que es expresión de una voluntad dividida por los diversos intereses que representan los partidos políticos”. *Ibidem*, p. 213.

⁵¹ Según lo establecido en la Constitución de la República Española de 1931, la elección del nuevo presidente debían realizarla, en votación conjunta, los Diputados del Congreso, y un número igual de Compromisarios elegidos en unas elecciones que debían celebrarse inmediatamente. Las elec-

Constitución española de 1978 contempla, como hemos comentado, tanto que el TC sea a posteriori el titular de la potestad de revisión de leyes y sentencias del poder judicial para expulsarlas del ordenamiento por ser contrarias a la Constitución, como, conforme explicamos, que el Rey como jefe del Estado sea el símbolo de la permanencia del Estado (art. 56 CE), con potestades para designar al candidato a la investidura en función de sus entrevistas con los grupos parlamentarios y del programa del candidato (art. 99 CE).

A pesar de que el Rey propuso el 3 de octubre de 2023 a Pedro Sánchez como candidato a presidente del gobierno, dado que este candidato manifestó el 28 de octubre ante el Comité Federal del PSOE que iba a promover una Ley de Amnistía, y ha sido presentada la proposición de ley antes de la investidura para contar con la aprobación de Junts per Catalunya y ERC, el Rey conoció que el candidato que en su momento propuso contenía en su programa de investidura una ley totalmente inconstitucional (por derogar la labor del poder judicial y la igualdad ante la ley, además de considerar errónea la labor de todos los poderes del Estado al perseguir el golpe de estado producido en Cataluña en 2017).

A grandes rasgos, se puede decir que la proposición de ley de Amnistía supone que el legislativo deroga la labor judicial (procedimientos y sentencias) y administrativa (Tribunal de Cuentas) relativa a los actos cometidos por cualquier persona cuya ideología persiga la independencia de Catalunya entre los años 2012 y 2023, incluyendo además esa proposición que se amnistían otros actos que deriven de los anteriores y se sigan cometiendo (art. 1 de la proposición de ley de amnistía), lo cual implica una legalización de esos actos y una deslegitimación de todo el Estado (incluido el poder judicial y el Rey⁵²) que las persiguió, y por ende una imposibilidad práctica de volver a perseguirlas si vuelven a producirse, ante la inseguridad jurídica que la Ley provoca para jueces y funcionarios.

Esta Ley es por ello la anulación del Estado democrático de Derecho en que se constituyó España por decisión del pueblo español al aprobar la Constitución de 1978 (art. 1 CE), al derogarse la exclusividad del poder judicial para juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117 CE) y la igualdad de los españoles ante la ley (art. 14 CE). Está claro por tanto que, tras la aprobación de esa Ley se produce una “mutación constitucional”, es decir un cambio de la Constitución por un poder derivado (el legislativo) sin contar con la aprobación y participación del poder constituyente. Dado el previsible apoyo del Tribunal Constitucional a la aplicación inmediata de la Ley sin permitir que los jueces suspendan su aplicación con cuestiones de inconstitucionalidad ni recurso prejudiciales ante el TJUE, y la ausencia de efectos suspensivos de un recurso de inconstitucionalidad que no interponga el presidente del Gobierno, es importante analizar qué papel debiera haber jugado el Jefe del Estado para proteger la Constitución y los derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad ante la Ley del art. 14 de la CE que se ve vulnerado claramente por la ley de amnistía.

ciones de Compromisarios se realizaron el 26 de abril de 1936, tras expirar el mandato del Presidente Alcalá-Zamora, saliendo elegido Manuel Azaña.

⁵² Como ha explicado el que fuera magistrado del TC Manuel Aragón Reyes: “*De todos modos, la inconstitucionalidad general de cualquier amnistía es aún más clara si la referimos a la concreta amnistía que ahora se propone, en cuanto que esa amnistía, si llegara a aprobarse, supondría muy probablemente la grave alteración de nuestro Estado constitucional y democrático de Derecho y la deslegitimación de las instituciones que hasta ahora lo han sostenido y que lícitamente actuaron en su día frente a la subversión del orden constitucional ocurrida en Cataluña: el Poder Judicial, que juzgó correctamente aquellos hechos; el Tribunal Constitucional, que también correctamente los anuló; el Rey, que también correctamente advirtió acerca de la gravedad de los mismos, y el Senado, que de modo adecuado aprobó la aplicación del artículo 155 (convalidada después por el propio Tribunal Constitucional).*” ARAGÓN REYES, Manuel (2023b), “*Una amnistía falaz*”, El Mundo, 18 de noviembre de 2023.

Conforme al artículo 99 de la Constitución (énfasis añadido):

“1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.

2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.

3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.

4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.

5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el referendo del Presidente del Congreso.”

Por tanto, el papel del Rey en la investidura es el de proponer a sucesivos candidatos que puedan obtener una mayoría de la Cámara, antes de que finalice el plazo de dos meses desde la primera propuesta, porque pasado ese plazo se produce la disolución automática de las Cámaras y por ello la convocatoria de nuevas elecciones, pero en toda su labor la Constitución le otorga un papel arbitral y moderador⁵³. El artículo 56 de la CE establece así que *“el Rey arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones”*⁵⁴ y, teniendo en cuenta que conforme al art. 99 CE *“En todo caso el candidato está obligado a exponer su programa ante el Congreso”*, lo que en este caso incluye una proposición de ley de amnistía que ya el candidato indicó que iba a presentar (la cual como hemos demostrado es una derogación de la Constitución y de la democracia al suprimir las facultades del poder judicial y vulnerar la igualdad ante la ley), ello provoca que para garantizar el funcionamiento normal de los poderes (y la supervivencia del poder judicial), el Rey pudiese ejercer ese papel arbitral y moderador⁵⁵. Además, de los 4 grupos parlamentarios principales que apoyaron la investidura del

⁵³ Como ha explicado Juan Hernández Bravo de Laguna (2023) en su artículo *“La reforma del artículo 99 de la Constitución y el papel del Rey en la investidura”*, Notario en el Siglo XXI, N° 111 SEPTIEMBRE - OCTUBRE 2023, *“Es cierto que la Constitución española confiere al Monarca un poder de arbitraje institucional y un poder moderador, junto con un elenco de competencias y funciones, que van más allá de las meramente simbólicas y representativas de otros Reyes de monarquías parlamentarias o con división flexible de poderes.”*

⁵⁴ Jaime Ignacio del Burgo ha explicado al respecto que: *“Felipe VI no puede abdicar del deber de ejercer ese papel moderador y arbitral. El Rey como Jefe del Estado es el símbolo de su unidad y permanencia. Y estoy de acuerdo con el profesor Javier Tajadura en que el Rey debe ejercer una influencia, derivada de su auctoritas, a favor de un entendimiento entre los partidos con el fin de presentar un candidato consensuado. Pero la lógica del sistema parlamentario no puede avalar un gobierno antidemocrático fruto de la voluntad de quienes no ocultan su propósito de destruir el orden constitucional.”* DEL BURGO, Jaime Ignacio (2023), *“La función arbitral y moderadora del Rey”*, El Debate, 14 de agosto de 2023.

⁵⁵ Como ha descrito Sabino Fernández Campo, anterior jefe de la Casa del Rey, *“En una Monarquía parlamentaria el Rey carece de “potestas”, pero puede tener unas “auctoritas”, que bien fundada en la dignidad, en la ejemplaridad, en el buen sentido, en el juicio sereno e imparcial, obtenido por una información adecuada y oportuna, pueda adquirir en ocasiones el carácter de una verdadera “potestas”, a través de la influencia, del consejo y de las advertencias precisas. De esta manera podrá ejercer con acierto su función moderadora, velar por el regular funcionamiento de las Instituciones y defender la Constitución y las Leyes.”* FERNÁNDEZ CAMPO, Sabino (2007),

actual presidente del Gobierno (Junts, ERC, Bildu y PNV), ningún acudió a consultas con el Rey, por lo que en puridad el Jefe del Estado no podía conocer qué candidato designar (“*el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno*”).

Cabe señalar además que el artículo 56 de la CE determina que “*el Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia (...)*”. La amnistía implica un vaciamiento de la soberanía del pueblo español y cuestionar la permanencia del Estado, al derogar partes esenciales de la Constitución sin contar con el consentimiento popular, de modo que sabiendo que el candidato tiene en su programa dicha amnistía, el Rey tendría capacidad para revocar esa propuesta al candidato con el fin de garantizar la permanencia del Estado, o lo que es lo mismo, a fin de garantizar el Estado de Derecho del art. 1 de la CE y por ende separación de poderes⁵⁶.

Hay que tener en cuenta que conforme al art. 9 de la Constitución, todos los poderes públicos se someten a la Constitución, incluido el Rey y el poder legislativo, y el artículo 49 de la Ley 39/2015 determina que cualquier acto que sea contrario a la Constitución es nulo de pleno derecho⁵⁷. Así, una investidura basada en un programa que pretenda derogar la Constitución con una proposición de ley de amnistía ya presentada provocaría que ese acto de designación del candidato amparado en ese programa estuviera viciado de nulidad de pleno derecho, y por ello el Rey podría revocar esa designación para evitar realizar un acto nulo de pleno derecho⁵⁸. Por tanto, dado que la Constitución otorga al Rey un papel moderador y arbitral al ser símbolo de la permanencia del Estado, parece claro que el Rey sí puede inter-

“*El poder moderador*”, discurso de 27 de febrero de 2007 ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2007-10036300374

⁵⁶ Goran Rollnert ha destacado que en cuanto símbolo de la permanencia del Estado, el Rey debe garantizar la separación de poderes que instaura la Constitución, como “*uno de los polos de la relación dialéctica entre la unidad del poder del Estado y de la división orgánica de poderes*”, ROLLNERT LIERN, Göran (2002), La Jefatura del Estado. Símbolo e integración política en la Constitución vigente, Minin, Valencia, p. 170.

⁵⁷ “*También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”

⁵⁸ Como explica el catedrático de derecho constitucional Agustín Ruiz Robledo, “*Es verdad que la Constitución declara que el rey “arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones” (art. 56); pero eso no supone que sea él quien decida los temas políticamente controvertidos, como en su momento fueron ciertas leyes (especialmente el aborto) para las que algunos grupos le pidieron -en su momento al rey Juan Carlos; en el suyo, al rey Felipe- que no las sancionara. Lo que implica el artículo 56 es que pueda intervenir en situaciones de evidente incumplimiento de la Constitución y riesgo para la unidad del Estado, como lamentablemente ocurrió en el otoño de 2017 cuando la mayoría parlamentaria en la Generalitat intentó separar Cataluña de España y Felipe VI pronunció su famoso discurso del 3 de octubre.*

Así, cabe imaginar que el rey se negara a proponer a un candidato que, aun siendo el más votado, planeara cerrar las Cortes y gobernar por decreto (por recordar remotamente lo que pasó en Alemania en 1933, cuando el presidente Hindenburg nombró canciller a Hitler). Pero no podría negarse, sin violentar la Constitución, a proponer un candidato que llegara a acuerdos con los separatistas sin infringir el marco constitucional. Quien le pide al rey que no lo haga y que solo proponga a Feijóo para ir dos meses después a las elecciones, le está haciendo un flaco favor a la monarquía como símbolo de la unidad del Estado e institución neutral”. RUIZ ROBLEDO, Agustín (2023) “El Rey como garante de la Constitución”, La Razón, 8 de agosto de 2023. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1236154

venir en situaciones de evidente incumplimiento de la Constitución y riesgo para la permanencia del Estado. Sí existen fundamentos jurídicos en la Constitución para que el Rey revocase la proposición de un candidato con un acuerdo de investidura que contiene una infracción del marco constitucional que pone en grave riesgo la permanencia del Estado democrático de Derecho.

Finalmente, no solo para cumplir el mandato constitucional del art. 56 de la CE y por ende garantizar la permanencia del Estado podría el Rey revocar la designación del citado candidato, sino que para salvaguardar a la propia Jefatura del Estado tendría el Rey facultades constitucionales para revocar la propuesta de un candidato que en su programa contuviese una ley de amnistía, puesto que la amnistía implica reconocer que la labor del Rey en octubre de 2017 no fue legítima, cuando calificó de inconstitucionales e ilegítimos los actos llevados a cabo por la Generalitat de Catalunya. Como describía Antonio Torres del Moral en 2017⁵⁹:

“Felipe VI se ha detenido en la descalificación jurídica de los hechos (incumplimiento reiterado, consciente y deliberado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía, vulneración sistemática de las normas, quebranto de los principios democráticos, menosprecio de la solidaridad, intento de apropiación de las instituciones, así como la pretensión de quebrar la unidad de España y la soberanía nacional), sin ahorrar el reproche moral que, con toda seguridad, habrá sorprendido: deslealtad inadmisibile, conducta irresponsable”.

XI. CONCLUSIONES (SP): CONSECUENCIAS PARA LA DEMOCRACIA ESPAÑOLA DE UNA LEY DE AMNISTÍA

Como he podido analizar, la Ley de amnistía anula la labor jurisdiccional y del poder ejecutivo frente a los delitos cometidos tras la declaración de independencia de 2017, y por tanto es una derogación por el Parlamento de preceptos constitucionales esenciales que establecen: (i) la supremacía y normatividad de la Constitución; (ii) la soberanía del pueblo español como único titular del poder constituyente; (iii) la jerarquía normativa, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad; (iv) la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, como trasunto inevitable del sometimiento de todos los ciudadanos a los dictados del poder judicial y en consecuencia (v) la exclusividad del poder judicial.

La Ley de amnistía de 2023 no puede asimilarse a la Ley de amnistía de 1977 porque esta última se dictó en un período constituyente, tras plebiscitar el pueblo español la Ley para la Reforma Política de enero de 1977 que daba origen a unas cortes constituyentes para fundar un orden político democrático, y por tanto la amnistía de 1977 se otorgó en relación a conductas producidas antes de la Constitución de 1978 y bajo un régimen que carecía de la legitimación democrática y de la independencia judicial que sí posee el poder judicial que actúa como poder derivado tras la Constitución de 1978.

La Ley de amnistía produciría una legalización de todas las conductas realizadas contra la Constitución por los poderes públicos autonómicos a partir del 1 de octubre de 2017, con la consiguiente deslegitimación de la actuación judicial y policial que persiguió esos delitos, generando para el Estado español una responsabilidad patrimonial de sus agentes y un grave riesgo de ser denunciado ante el TJUE por la Comisión Europea por vulneración de los valores de Estado de Derecho y separación de poderes del art. 2 del TUE, lo que podría llevar a una suspensión de los fondos europeos y del voto de España en el Consejo de la UE. No existe además una condena de organismos internacionales a la labor judicial y policial en persecución de los delitos cometidos a partir del 1 de octubre de 2017, por lo que una Ley de Amnistía solo podría significar una auto-condena de las autoridades españolas y una vulneración del art. 2 del TUE.

⁵⁹ Torres del Moral, Antonio (2017), “Un reto y un discurso”, El Mundo, 5 de octubre de 2017. <https://www.elmundo.es/espana/2017/10/05/59d546c722601d82538b458c.html>

Y además de estos efectos, la legalización de las conductas citadas llevaría a que el Estado carecería de instrumentos y por tanto los jueces de potestades para perseguir esas conductas (declaración de independencia, utilización de fondos públicos y de policía autonómica para celebrar un nuevo referéndum de independencia). En suma, una amnistía dictada en el año 2023 implicaría un vaciamiento de la soberanía del pueblo español y del poder del Estado, mutilando de esta forma la condición soberana del Estado español y el orden público, deslegitimando a todos los poderes del Estado y a la propia Constitución de 1978 sin haber consultado para ello al pueblo español ni concitado las mayorías que exige el procedimiento de reforma constitucional del título X de la Constitución.

En definitiva, la amnistía supondría la derogación de la Constitución por parte de un poder derivado del Estado (el legislativo), con la suplantación del poder constituyente, que produciría además la vuelta a un Estado absoluto, cuando no una vuelta al Estado de naturaleza previo a cualquier orden jurídico digno de tal nombre.

A pesar de que los magistrados y jueces afectados por dicha Ley de amnistía podrían plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE o cuestión de inconstitucionalidad ante el TC español, en primer lugar se han analizado casos donde el TJUE ha concedido la suspensión cautelar de leyes respecto al poder judicial en Polonia, pero tras haber iniciado la Comisión Europea un recurso por incumplimiento que tiene una fase pre judicial, que demora la decisión cautelar del TJUE un mínimo de 6 meses (en el segundo caso estudiado el TJUE paralizó una ley polaca 2 años después de que hubiese entrada en vigor). Además, la cuestión de inconstitucionalidad que presenten los jueces no suspende la aplicación *per se* de la Ley, sino solo de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión, por lo que los jueces no podrían imponer medidas cautelares para evitar la libertad de los encausados, al no poder suspender la aplicación de la ley con esas cuestiones.

Por tanto, aunque existen remedios judiciales (cuestión prejudicial ante el TJUE y cuestión de inconstitucional ante el TC) para paralizar los procesos judiciales en curso, estos instrumentos no suspenderían la aplicación de la Ley de amnistía de forma inmediata y por ello, en los casos ya sentenciados y con condena firme, no impedirían la puesta en libertad ni la extinción de la responsabilidad administrativa y contable de los sentenciados. Tampoco los recursos de inconstitucionalidad de 50 diputados o senadores o de presidentes autonómicos pueden suspender la aplicación de la Ley de Amnistía.

Por dicha razón, para evitar la derogación del Estado democrático de Derecho, dado que el candidato propuesto como presidente del Gobierno por el Rey a principios de octubre de 2023 reconoció que lleva en su programa de investidura la amnistía y ha presentado el grupo que le apoya una proposición de ley de amnistía que conlleva la anulación del poder judicial y del Estado de Derecho, el Rey hubiera tenido capacidad, en cumplimiento de los artículos 9, 56 y 99 de la CE, de revocar esa propuesta de investidura para garantizar la permanencia del Estado constitucional y democrático de Derecho.

XI. CONCLUSIONS (EN): CONSEQUENCES FOR THE SPANISH DEMOCRACY DUE TO THE APPROVAL OF AN AMNESTY LAW

As it has been analysed, the Amnesty Law overturns the judicial power in respect to the prosecution of crimes committed around the Catalanian declaration of independence in 2017. We are dealing with an override of the following articles of the Constitution by the Spanish Parliament: (i) Constitution normativity and supremacy; (ii) Spanish people sovereignty; (iii) normative hierarchy; (iv) equality under the law; and therefore (v) the exclusivity of the judicial power.

An Amnesty Law in 2023 can not be allowed based on the Amnesty Law enacted of 1977, because, as the Spanish Constitutional Court explained in the ruling number 147/1986, the last one was enacted in the constituency period, after the Spanish people consent of the Law for the Political Reform in January 1977, which establishes the elections for constituency parliament in order to found a democratic State, and therefore the Amnesty Law of 1977 was enacted related to conducts produced before the current Constitution (approved by more than 90% of the Spanish People), and under a non-democratic regime and without an independent judiciary and rule of law. All these characteristics (democratic legitimacy, judiciary independence and rule of law) are on the basis of the current Spanish Constitution of 1978.

The Amnesty law will produce a legalization of all the conducts (crimes and misdemeanors) committed by the separatists politicians and civil servants since 2012 and in the future, with the delegitimization of all the Spanish democratic State which prosecuted those conducts, causing a possible State liability, and a risk of being sanctioned by the Court of Justice of the European Union for breaching of Rule of Law value stated in article 2 of the Treaty on the European Union (TEU), with possible suspension of European funds and the vote of Spain in the Council of the EU. In this regard, there are not rulings of international courts establishing that Spanish judges had violated human rights in the prosecution of those conducts.

Moreover, the legalization of those conducts from 2012 implies that the Spanish democratic State lacks any instrument to prosecute the same conducts in the future. In sum, the Amnesty Law implies an emptying of the Spanish people sovereignty, mutilating the sovereignty condition of the Spanish State, and discrediting all the Spanish democratic institutions without consulting with the Spanish people, as it is obligatory according to the Spanish Constitution reforming procedures.

Consequently, the Amnesty law produces the derogation of the Constitution by a derivative power (the legislative one), with an impersonation of the constituent power (the Spanish people), which implies the return of the Absolut State, or a setback into a pre-Hobbesian State of Nature.

Despite the possibility for Spanish judges of filing a preliminary question before the Court of Justice of the European Union, asking about the compatibility of the Amnesty Law with the Rule of Law stated in article 2 of TEU), the precedents show that the European Court only has suspended a national law after the European Commission starts an infringement procedure and after a minimum of 6 months (both cases related to Polish laws regulations over the judicial power). So, the preliminary ruling itself does not suspend the Law effectivity. In addition, the filing of constitutionality questions before the Spanish Constitutional do not grant the suspension of the Law, only the suspension of the specific judicial procedure. It means that the judge cannot issue precautionary measures against the law.

Therefore, despite the existence of those judiciary remedies, those instruments do not suspend the effectivity of the Law and would not block the freedom for hundreds of politicians and civil servants who breach the Spanish Constitution.

For this reason, in order to avoid the derogation of the Spanish democratic State and the rule of law, the Spanish King had (before the Pedro Sánchez designation) constitutional faculties according to article 99 to (i) consult with the political parties in the Parliament the candidate and the program in which is based; and accordingly, (ii) revoke the candidate designation until the candidate assure that its program is according to the Spanish Constitutional Democratic State.

BIBLIOGRAFÍA

Abad Alcalá, Leopoldo (2023), “*Yéndonos por las ramas (del nogal): amnistía y Constitución*”, La Razón, 18 de noviembre de 2023: https://www.larazon.es/espana/yendonos-ramas-nogal-amnistia-constitucion_202311186557b74632499c000148f288.html

Aragón Reyes, Manuel (2023 a), “*¿Constructivismo jurídico?*”, El Mundo, 20 de septiembre de 2023.

_____ (2023 b), “*Una amnistía falaz*”, El Mundo, 18 de noviembre de 2023.

Bravo de Laguna, Juan Hernando (2023), “*La reforma del artículo 99 de la Constitución y el papel del Rey en la investidura*”, Notario en el Siglo XXI, Nº 111 Septiembre-Octubre 2023.

Brewer Carías, Allan (2022), “*La muerte de una Constitución. El proceso constituyente desencadenado por dos sentencias de la Corte Suprema*”, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Católica Andrés Bello, Nº 9, Caracas, Venezuela.

Consejo de la UE (2022), “*Mecanismo de condicionalidad del Estado de Derecho: el Consejo decide suspender el pago de 6.300 millones de euros debido a las medidas correctoras parciales por parte de Hungría*”, comunicado de prensa de 12 de diciembre de 2022.

Consejo General del Poder Judicial (2023), Declaración institucional del Pleno de 6 de noviembre de 2023: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/Declaracion-institucional-del-Pleno-del-CGPJ--6-noviembre-de-2023->

Del Burgo, Jaime Ignacio (2023), “*La función arbitral y moderadora del Rey*”, El Debate, 14 de agosto de 2023.

Domenech, Gabriel (2022), “*Sobre los efectos en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional*”, publicado en “Almacén de Derecho” el 14 de julio de 2022.

Fernández Campo, Sabino (2007), “*El poder moderador*”, discurso de 27 de febrero de 2007 ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2007-10036300374

Fernández de Casadevante Romaní, Carlos (2021), “*Nociones básicas de derecho de la Unión Europea*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, 5ª. ed., Madrid

Gullo Omodeo, Marcelo (2021 a) “*Madre Patria. Desmontando la leyenda negra desde Bartolomé de las Casas hasta el separatismo catalán*”, Espasa, Barcelona, 6ª. edición.

(2021 b) “*La insubordinación fundante. Breve historia de la construcción del poder de las naciones*”, editorial Biblos, Buenos Aires, 4ª. edición.

Herrera, Carlos Miguel (1994), “*La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*”, Revista de Estudios Políticos (nueva época), Núm. 86. Octubre- diciembre 1994, Madrid.

Ibáñez García, Isaac (2020), “*El Tribunal Constitucional español, ¿juez nacional de última instancia del Derecho de la Unión Europea?: Un Amicus Curiae ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo*”, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR nº 36 (2020), Universidad Complutense de Madrid: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2020-10-17-1%20Ib%C3%A1%C3%B1ez.pdf>

Innerarity, Daniel (2023), “*La libertad democrática*”, Galaxia Gutenberg, Barcelona.

Locke, John (2004), *“Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil”*, Alianza Editorial, Madrid, 4ª Reimpresión.

Mangas Martín, Araceli (2021), *“Defensa del Estado de Derecho por la Unión Europea: la rebeldía de Polonia a la independencia judicial”*, Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (2020-2021), pp. 527-527, BOE, Madrid, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2021-10052700548

Muriel Rodríguez, Félix (2023), *recensión sobre “El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura”*, editorial Trotta, Madrid, 2022. Revista de Estudios Políticos, julio/septiembre 2023, núm. 201, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Prats, Eduardo Jorge (2022), *“A manera de prólogo”*, de la obra colectiva dirigida por Brewer Carías, Allan (2022), *“La muerte de una Constitución. El proceso constituyente desencadenado por dos sentencias de la Corte Suprema”*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Católica Andrés Bello, n° 9, Caracas, Venezuela.

Redondo Hermida, Álvaro (2023), *“La amnistía en el sistema constitucional”*, La Razón, 10 de septiembre de 2023.

Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge (2023), *“La amnistía, el cabo de Troya contra la Constitución”*, El Mundo, 14 de noviembre de 2023.

Rollnert Liern, Göran (2002), *“La Jefatura del Estado. Símbolo e integración política en la Constitución vigente”*, Minin, Valencia.

Ruiz Robledo, Agustín (2023) *“El Rey como garante de la Constitución”*, La Razón, 8 de agosto de 2023. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1236154

Tajadura, Javier (2023) *“Estado constitucional y amnistía”*, ABC, 11 de septiembre de 2023.

Torres del Moral, Antonio (2017), *“Un reto y un discurso”*, El Mundo, 5 de octubre de 2017: <https://www.elmundo.es/espana/2017/10/05/59d546c722601d82538b458c.html>

Tribunal de Justicia de la UE (2018), Comunicado de prensa n° 159/18, de 19 de octubre de 2018 *“Auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia en el asunto 619/18 R”*: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-10/cp180159es.pdf>

(2020) Auto de 8 de abril de 2020 (asunto 791/19: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=225141&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1553500>

Zarzalejos, José Antonio (2023), *“El pacto de Bruselas tumba la transición”*, El Confidencial, 9 de noviembre de 2023: https://blogs.elconfidencial.com/espana/notebook/2023-11-09/el-pacto-de-bruselas-tumba-la-transicion_3770886/

La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano

Víctor Bazán*

Profesor de las Universidades de Cuyo y Buenos Aires

Resumen: *Este estudio analiza la innovación de la Constitución venezolana al establecer dentro de las competencias de la Jurisdicción Constitucional, el control de la constitucionalidad por omisión legislativa, en el marco del derecho comparado.*

Palabras Clave: *Control de constitucionalidad; Omisión legislativa. Control de constitucionalidad.*

Abstract: *This study analyzes the innovation of the Venezuelan Constitution in establishing within the attributions of the Constitutional Jurisdiction, the control of constitutionality by legislative omission, within the framework of comparative law*

Key words: *Judicial Review; Legislative Omissions. Judicial Review.*

SUMARIO

- I. EL RECORRIDO PROPUESTO
- II. APROXIMACIÓN PRELIMINAR AL FENÓMENO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN
- III. DE LAS MODALIDADES TIPOLOGICAS QUE PUEDEN ASUMIR LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES
- IV. RÁPIDO REPASO DE ALGUNAS TÉCNICAS NORMATIVAS Y MODALIDADES SENTENCIALES PARA CORREGIR LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES QUE OFRECE EL DERECHO COMPARADO
- V. EL CONTROL SOBRE LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES EN VENEZUELA
 1. Breve panorama del sistema venezolano de control de constitucionalidad.
 2. La disposición constitucional referida a la inconstitucionalidad por omisión.
 3. El desarrollo jurisprudencial que sobre el particular exhibe la Sala Constitucional. A. Primer grupo de sentencias. B. Segundo perfil de sentencias: la N. 1 571, de 22 de agosto de 2001 (pronunciada en el expediente N. 01-1 274), como caso testigo.

* Profesor titular efectivo de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor de Cursos Intensivos de Posgrado en Derecho Universidad de Buenos Aires -UBA- Miembro titular e integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. <vicba2002ar@yahoo.com.ar>.

VI. EPÍLOGO

1. *En torno del modelo de contralor de las omisiones inconstitucionales en Venezuela.* 2. *Lectura genérica de la praxis sobre la fiscalización de las omisiones inconstitucionales en el derecho comparado.*

En breve descripción del itinerario por recorrer en el presente trabajo, adelantamos que en su tramo inicial intentaremos identificar los rasgos centrales del instituto de la inconstitucionalidad por omisión, sus alcances y la tipología de omisiones factibles de ser censuradas en tanto contrarias a la Ley Fundamental.

Seguidamente, nos detendremos a examinar diversos antecedentes que registra el derecho comparado sobre el instituto que reclama nuestra atención, tanto en América cuanto, en Europa, desde las vertientes constitucional, subconstitucional y jurisprudencial.

A continuación, y ya incursionando específicamente en el espacio jurídico venezolano, abordaremos el diseño constitucional del control de constitucionalidad ejercitable sobre las omisiones inconstitucionales por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para adentrarnos luego en la praxis jurisprudencial que aquélla viene describiendo específicamente en torno de tal modalidad fiscalizadora, en ordena rescatar determinados perfiles que permitan delinear, desde las ópticas normativa y jurisprudencial, las singularidades del modelo imperante sobre el particular a más de un lustro de la entrada en vigor de su nueva Constitución.

Finalizaremos el trayecto propuesto efectuando ciertas apreciaciones conclusivas ubicadas en dos parcelas formalmente separadas pero recorridas por una médula unitiva: algunas consideraciones describirán específicamente las líneas salientes del fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión en el ámbito venezolano para visualizar el estado actual de tal instituto concebido en el vientre de la Ley Fundamental de 1999 y el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinario que ha sufrido; mientras que las restantes reflexiones tendrán una magnitud genérica y surgirán de la observación de las soluciones que, en torno de la figura que abordamos, ofrece la vertiente iuscomparada iberoamericana y europea.

Naturalmente, y como anticipáramos, ambos segmentos conclusivos estarán recorridos por una impronta común: insistir en la necesidad de dinamizar mecanismos que, sin olvidar ni subestimar la autoridad democrática del legislador, aseguren la densidad normativa de la Constitución, preserven su contenido axiológico y resguarden su supremacía, la que -aunque de Perogrullo- es preciso reiterar que no sólo puede ser jaqueada por acción, sino también por *inerencia u omisión*.

II. APROXIMACIÓN PRELIMINAR AL FENÓMENO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La discusión acerca de las posibilidades de sustentación del control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales entraña, a nuestro juicio, un capítulo más de la tensión *constitucionalismo-democracia*.

Como *mutatis mutandi* se afirmara, el constitucionalismo actual implica una profunda renovación de la fórmula del Estado de derecho, que ha permitido que ingrese en el orden jurídico un vasto catálogo de derechos y de normas materiales que no sólo pretendelimitar al legislador, sino también diseñar las líneas fundamentales de la convivencia en numerosos ámbitos, y que lo hace acompañado de una vigorosa garantía judicial, cuyo reflejo en la teoría del derecho provoca que los principios desplacen a las reglas, la ponderación a la subsunción y los jueces al legislador.¹

¹ Hemos seguido la explicación que se formula en la Presentación de los materiales de enseñanza del Curso de Posgrado: Constitucionalismo y Democracia. Nuevos paradigmas de la Teoría del

Ello genera, a modo de contrapunto, que la otra pieza básica del modelo, la democracia, se debata entre la apelación al consenso ya la comunidad de diálogo en busca de un proceso de justicia compartido y la siempre presente vocación negociadora de intereses y utilidades.

No resulta entonces extraña a tal elaboración, y ya en conexión con la *fuerza normativa* que la Ley Fundamental ostenta, la circunstancia que evoca Prieto Sanchís respecto de la profunda transformación que, sobre el sistema de relaciones entre Parlamento y judicatura, “ha propiciado el establecimiento de una Constitución con vocación de ser ella misma norma jurídica y henchida además de valores y principios”.²

Con claridad, y luego de indicar que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento (lo que considera que no es suficiente, y que no habrá tal norma suprema si no se determina que la infracción de lo dispuesto en la Constitución escrita es antijurídica), pasa De Otto a expresar que si el ordenamiento no fija aquellas pautas, es decir, si la infracción de la Constitución escrita es lícita, los preceptos de ésta serán constitucionales sólo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*.³ Añade que, por el contrario, si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, *todos* sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema [en ambos casos el énfasis corresponde al original].⁴

Al hilo de las anteriores apreciaciones, y como puntualiza Sagüés, es innegable que el principio de supremacía constitucional, además de sustento normativo, *requiere sustento conductista*, es decir, *el comportamiento* de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, *como de castigar las infracciones a tal supremacía*,⁵ las que -naturalmente- pueden llegar por vía de acción o de omisión.

Sin perjuicio de cuanto va dicho, es preciso demarcar el perímetro y la superficie del campo de acción con que cuenta la judicatura para analizar el cuadro situacional que le permita detectar la presencia de las omisiones inconstitucionales y decidir la producción de los remedios para superarlas. Tal labor requerirá de prudencia y rigurosidad en orden a sortear el riesgo de deslizarse hacia una banalización de las declaraciones de inconstitucionalidad al influjo de la irreflexividad o el apresuramiento.

Como puede suponerse, la tarea judicial que lleve a definir si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión no debería prescindir de un balance serio y realista de las diversas pautas en juego: normatividad y primacía de la Constitución; connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión genera; lapso por el que viene manteniéndose la inactividad del órgano silente; margen de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; espectro de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible; e, *inter alia*, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.

Derecho, bajo la dirección de Luis Prieto Sanchís, Toledo (España): Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.

² PRIETO SANCHÍS, Luis: *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 121.

³ DE OTTO, Ignacio: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 5.ª reimpr., Barcelona: Ariel, 1997, pp. 17-18.

⁴ *Ibidem*, p. 18.

⁵ SAGÜÉS, Néstor P. en el Prólogo al libro de Alberto B. Bianchi: *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires: Ábaco, 1992, pp. 13-14.

La interacción de tales ingredientes en cada caso exigirá del magistrado (ordinario o constitucional, según corresponda) un ejercicio de ponderación⁶⁷ (sin olvidar combinarlo con una dosis de subsunción) para articular una solución equilibrada que ni dé paso a una temeraria invasión jurisdiccional de sectores de atribuciones propios de otros poderes, ni obture la actuación judicial si el órgano competente margina arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia Ley Fundamental o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros en equivalencia de circunstancias.

III. DE LAS MODALIDADES TIPOLÓGICAS QUE PUEDEN ASUMIR LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES

Como se pusiera de manifiesto hace ya bastante tiempo, en referencia a las normas que el legislador ordinario debía dictar para dar plena ejecución a la Constitución, cuando éste se abstiene de estatuir, por ese camino viene a violar gravemente la Constitución.⁷

El ejercicio del control sobre las omisiones inconstitucionales persigue *-inter alia-* recomponer el imperio de la Ley Fundamental, cuya primacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente.⁸ En línea con ello, cabe recordar que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico.⁹

Al respecto, es imposible evadir un reenvío a Wessel¹⁰ cuando de afrontar la tipología de omisiones inconstitucionales se trata. Básicamente, tal autor distingue entre omisiones absolutas y relativas.

En las *absolutas*, hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En las *relativas*, el legislador, al impulsar la norma para “obedecer” el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros; tentativamente las hipótesis pueden ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (o del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía

⁶ Se ha sostenido que uno de los rasgos característicos del método ponderativo radica en que con él no se logra respuesta válida para todo supuesto, sino sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro supuesto (Cf. Luis Prieto Sanchís: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, No. 23, 2000, Alicante, p. 180).

⁷ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Derecho constitucional*, Colección de Ciencias Sociales No. 48, trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid: Tecnos, 1965, p. 269.

⁸ Sobre la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, pueden consultarse -entre otros- los siguientes trabajos de BAZÁN, Víctor: “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en el libro colectivo coordinado por el mismo autor, *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 171-269; “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en la obra colectiva bajo la coordinación de dicho autor, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá: Temis, 1997, pp. 41-108; “Entre las omisiones inconstitucionales de las autoridades públicas y la necesaria justiciabilidad de los derechos”, en *Revista de Derecho Constitucional*, No. 3, julio-diciembre 2000, Caracas: Sherwood, 2001, pp. 15-44.

⁹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 3.

¹⁰ WESSEL, W.: “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 6, 1952, p. 164.

constitucional en los sistemas jurídicos que -como el argentino¹¹ - les acuerden tal valencia), el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren -en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario- a regulación deficiente a causa de la falta de “complitud” (*sic*) de la norma.¹²

En este supuesto (omisión relativa), el control judicial de constitucionalidad

-excitado por la omisión en perjuicio de algunos- sale al rescate de la supremacía constitucional, que ha sido momentáneamente neutralizada. Obviamente -y en sintonía con lo que hemos venido sosteniendo-, no cualquier omisión viabilizará el control; sólo aquella cuya textura y efectos sean constitucionalmente relevantes y no concreten en forma *completa* una determinada imposición constitucional (o de un tratado internacional que recepte la alcurnia expuesta *supra*). Una de las opciones que tendría a su alcance el órgano jurisdiccional sería la complementación de la norma dispareja, para calibrarla equitativamente a fin de restablecer la igualdad quebrada y proporcionar, de ese modo, satisfacción a la pretensión de los perjudicados.

IV. RÁPIDO REPASO DE ALGUNAS TÉCNICAS NORMATIVAS Y MODALIDADES SENTENCIALES PARA CORREGIR LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES QUE OFRECE EL DERECHO COMPARADO

Partiendo de la premisa que indica que *el derecho propio no es el único posible*,^{13,14} seguidamente efectuaremos una breve reseña del catálogo de soluciones que ofrece el derecho comparado para la corrección de las omisiones inconstitucionales por vía de las normativas constitucionales y legales o del empleo de la creatividad jurisprudencial.

De un rápido recorrido por el derecho comparado se percibe que, tanto en los dispositivos constitucionales -nacionales o estatales [estos últimos en los sistemas de estructura federal]- o infraconstitucionales, como en la doctrina judicial, existen diversos emprendimientos para afrontar la pasividad inconstitucional de las autoridades competentes, y que resultan dignos de ser colacionados. Pasemos al detalle enunciativo.¹⁴

¹¹ El artículo 75, inciso 22, párrafo 2º, de la Constitución argentina -de acuerdo con la reforma de 1994- elabora la siguiente nómina de instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que ha acordado jerarquía constitucional: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A tal registro originario (que en total suma once documentos) se han añadido *ex post*, con idéntica alcurnia, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha depurado tal calidad por medio de la ley No. 24 820, publicada el 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la ley nº 25 778, publicada el 3 de setiembre de 2003).

¹² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Madrid: Civitas, 1998, p. 116.

¹³ Paráfrasis de la afirmación de G. Gorla, en el libro colectivo dirigido por CASSESE, S.: *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, 3.ª ed., Bolonia, 1984, pp. 91-92; citado por CASCAJO CASTRO, José L. y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel B., en el *Estudio introductorio a la obra Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3.ª ed., Madrid: Tecnos 1994, p. 12.

¹⁴ Se trata de una nómina meramente enunciativa. Véase, para ampliar, BAZÁN, Víctor: “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho

1. En los *textos constitucionales nacionales*, encontramos antecedentes en la *antigua Yugoslavia*, donde se verificó el primer precedente normativo-constitucional expreso (concretamente, aludimos al artículo 377 de la Constitución de la -desaparecida- República Socialista Federativa de Yugoslavia, de 27 de febrero de 1974); en *Portugal* (artículo constitucional 283 y artículo 68 de la Ley del Tribunal Constitucional); en *Hungría* (artículo 32.A.3. de la Constitución, de 20 de agosto de 1949, modificada en varias oportunidades, verbigracia, leyes XXXI/1989 y XL/1990; Ley XX-XII/1989, de 19 de octubre, reformada por ley LXXVIII/1994, de 2 de diciembre);¹⁵ en *Brasil* (la Constitución Federal de 1988 incluyó la *acción de inconstitucionalidad por omisión* en el artículo 103, § 2.º); en *Venezuela* (artículo 336, numeral 7, de la Constitución de 1999), modelo cuyo análisis particularizado realizaremos *infra*.
2. Por vía *legislativa*, puede rememorarse el caso de *Costa Rica*, que por medio de la reforma constitucional 7 128, de 18 de agosto de 1989 (*Gaceta* n° 166, de 1 de setiembre de 1989) creó la jurisdicción constitucional, incluyendo en el artículo 10 de la Constitución que “corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público”. Asimismo, se reformaron los artículos constitucionales 48, 105 y 128. El aspecto de la reforma constitucional de 1989 mencionado en primer término (jurisdicción constitucional) fue desarrollado por la ley n° 7 135 (de 11 de octubre de 1989). Por imperio del artículo 4 de tal ley se dispone -en cuanto a lo que aquí interesa- que “la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política”. Específicamente, el artículo 73 de la mencionada ley determina los casos en que corresponde la articulación de la acción de inconstitucionalidad, incluyendo en los apartados *a*, *b* y *f* especificaciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales. Más allá del plano normativo, es interesante observar también la evolución de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, que se muestra paulatinamente permeable a analizar planteos referidos a hipótesis de inconstitucionalidad por omisión.

Al respecto, recomendamos compulsar lo resuelto recientemente en el expediente N° 04-008653-0007-CO, resolución 2005-05649, de fecha 11 de mayo de 2005, en el marco de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por José Manuel Echandi Meza, en su condición de defensor de los Habitantes, y Gabriel Bonilla Picado, en su calidad de ciudadano. En ese sentido, y superando una visión negatoria anterior reacia a controlar las omisiones legislativas (pues circunscribía el contralor a las pretericiones de la Administración Pública), en el caso individualizado en último término declaró inconstitucional la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su poder normativo y en el cumplimiento del mandato expreso impuesto por el poder constituyente derivado en la reforma parcial a la Constitución Política, entre otros, a los artículos 105 y 123 mediante ley n° 8 281 de 28 de mayo de 2002, para dictar, según el transitorio único, en el plazo de un año siguiente a la publicación de ésta -el cual venció el 20 de junio de 2003-, las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley. Además, y luego de declarar la existencia de la omisión inconstitucional, otorgó al órgano silente el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la sentencia, para que dictara las referidas leyes.

comparado”, en CARBONELL, Miguel (coord.): En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 91-286.

¹⁵ Véase al respecto, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 160.

3. Por conducto de las *Constituciones estatales* en países de estructura federal, pueden computarse los siguientes casos: *Brasil*, donde existen disposiciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales en las Constituciones de algunos de sus estados, verbigracia, Rio Grande do Sul (artículo 95, inciso XII, letra *d*), Rio de Janeiro (artículo 162, § 2), São Paulo (artículos 74, inciso VI y 90, § 4) y Santa Catarina (artículo 85, § 3); *México*, donde se visualizan ciertos antecedentes en las Constituciones de los estados de Veracruz (artículos 64, fracción III, y 65, fracción III), Tlaxcala (artículo 81), Chiapas (artículo 56, fracción III) y Quintana Roo (artículo 103, fracción VIII); y *Argentina*, donde la figura es receptada explícitamente por la Constitución de la provincia de Río Negro (en el artículo constitucional provincial 207, inciso 2.º, apartado *d*) y, un tanto elípticamente, por la Constitución de la provincia de Tucumán¹⁶ (artículo 134, inciso 2.º).
4. Por medio de la *jurisprudencia*, es dable contabilizar los casos de *Alemania*, *Austria*, *España* e *Italia*, en los que, si bien no existen preceptos específicos en las respectivas Leyes Fundamentales, ha sido importante el despliegue de las correspondientes jurisdicciones constitucionales para controlar las omisiones legislativas *relativas o parciales*. Por ejemplo, y en función de las particularidades de cada uno de los sistemas de esos países, es dable verificar la utilización de *remedios unilaterales*, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional -por ejemplo, las *sentencias interpretativas* y, dentro de éstas, las *manipulativas* y, más específicamente, las *aditivas*-, y de *remedios bilaterales*, que generan la necesidad de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador por caso, las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las *sentencias de apelación*, las que declaran que la ley “todavía no es inconstitucional”, el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador y las *sentencias aditivas de principio* o las *sentencias-delegación*.¹⁷

También merece una mención -ya en nuestro contexto iberoamericano y entre otros supuestos- la experiencia de *Colombia*, cuya Corte Constitucional va moldeando pretorianamente ciertas pautas referidas a las “omisiones legislativas”; por ejemplo, en las sentencias n.ºs C-543/96, C-080/99, C-956/99, C-1 433/2000, C-007/2001, C-1 064/2001, C-185/2002, C-871/2002, C-402/2003. Asimismo, el caso de la Suprema Corte de Justicia de *República Dominicana*, básicamente en el pronunciamiento de 24 de febrero de 1999 en la causa iniciada por *Productos Avon S. A.*, donde receptó la figura del amparo a partir no ya de una norma local sino de una defuente internacional, concretamente, el artículo 25.1 de la CADH, y, por otra parte, ante la

¹⁶ Aunque justo es indicar que existe el firme propósito del actual gobierno local de modificar la Constitución tucumana, entre cuyas innovaciones se plantea la necesidad de derogar la figura del Tribunal Constitucional (que por cierto nunca fue implementado), con lo que cae también la previsión constitucional que adjudica competencia a tal órgano para ejercer control de constitucionalidad en un caso *sui géneris* de inconstitucionalidad por omisión.

Concretamente, nos referimos al artículo 134, inciso 2º, de dicha Constitución, que le acuerda la atribución de “entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Concejo Deliberante, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquéllos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando las circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, vencido el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma de que se tratare”.

¹⁷ Cf. DÍAZ REVORIO, Francisco J.: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 61, año 21, enero-abril 2001, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 85-86.

inexistencia de una ley reglamentaria del amparo, salvó lo que -a su entender- constituía una *omisión legislativa* a través de un remedio unilateral *-per se*, y sin intervención del órgano legislativo- y con sustento en el 29, inciso 2º, de su Ley de Organización Judicial n° 821.

V. EL CONTROL SOBRE LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES EN VENEZUELA

Liminarmente, es útil evocar que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (de 1999)¹⁸ se recogen, en punto al sistema de “justicia constitucional”,¹⁹ todos los principios del modelo mixto o integral; es decir, el *control difuso*, acargo de todo juez de la República, y el *control concentrado* de la constitucionalidad de los actos estatales conforme a la Constitución, que en la *jurisdicción constitucional* corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, respecto de las leyes y demás actos de los órganos del poder público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.²⁰

En relación con la anunciada existencia de un control *concentrado* y de un control *difuso* de constitucionalidad, cabe recordar que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia²¹ ha dispuesto lo siguiente:

- Que “el control *concentrado* de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta ley, la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad, en cuyo caso no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sa-

¹⁸ Publicada en la *Gaceta Oficial*, No. 36 860, de 30 de diciembre de 1999

¹⁹ Brewer-Carías critica la apreciación formulada por la Sala Constitucional del Supremo Tribunal de Justicia en su sentencia No. 129, de 17 de marzo de 2000, en el sentido de que tal Sala “tiene atribuida competencia para ejercer la jurisdicción constitucional, es decir, la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional” -énfasis del original-, pues entiende que la noción de justicia constitucional es diversa de la de jurisdicción constitucional, además de que -estima- no es posible identificar la jurisdicción constitucional con “la potestad de juzgar en materia constitucional”, que equivaldría a justicia constitucional (BREWER-CARIAS, Allan R.: “La justicia constitucional en la Constitución venezolana de 1999”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor [coord.]: *Derecho procesal constitucional*, 2ª ed., México D.F.: Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, 2001, p. 933).

Pasa a argumentar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ejerce jurisdicción constitucional en tanto se le ha atribuido el monopolio para anular ciertos y determinados actos estatales: las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución, lo que no significa que tenga el monopolio del control concentrado de constitucionalidad de todos los actos estatales (ibídem, p. 935).

Para ampliar sobre el diseño normativo de la jurisdicción constitucional venezolana, véase HARO, José Vicente: “La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1999”, en Jesús María Casal y Alma Chacón Hanson (coords.): *El nuevo derecho constitucional venezolano*. Ponencias al VI Congreso de Derecho Constitucional en homenaje al doctor Humberto J. La Roche, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2002, pp. 501-577.

²⁰ Brewer-Carías (en el trabajo citado en la primera parte de la nota anterior) indica que, dentro del control concentrado, existe también una jurisdicción *contencioso administrativa*, ejercitable por los órganos competentes para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos, normativos (reglamentos) y no normativos, aunque siempre de rango sublegal (pp. 935-936).

²¹ Publicada en la *Gaceta Oficial*, No. 37 942, de 20 de mayo de 2004. Para consultar el texto de tal dispositivo legal y anotaciones a su articulado, véase BREWER-CARIAS, Allan R.: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, 3.ª ed. correg. y aum., Caracas: Jurídica Venezolana, 2005, y CARRILLO ARTELES, Carlos Luis: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, 3.ª ed. rev., ampl. y puesta al día, Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2005

la suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público. Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, y en la Gaceta Oficial del Estado o Municipio según corresponda” -énfasis agregado- (artículo 5, antepenúltimo párrafo).

- Que “todo tribunal de la República podrá ejercer el control *difuso* de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto dicha sentencia estará expuesta a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar; quedando a salvo en todo caso, que la Sala Constitucional haga uso, de oficio o a instancia de parte, de la competencia prevista en el numeral 16 de este artículo y se aboque a la causa para revisarla cuando ésta se encuentre definitivamente firme” -remarcado añadido- (artículo 5, penúltimo párrafo).

Naturalmente, las modalidades fiscalizadoras del control de constitucionalidad mencionadas en último término reposan respectivamente en los artículos 335 y 334 de la Constitución.

En efecto, aquél prevé que el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Añade que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional de dicho Tribunal sobre el contenido o el alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras salas de ese y demás tribunales de la República.

A su turno, el artículo 334, párrafo 1º, prescribe: “Todos los jueces y juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución”.

Ya en su párrafo 2º, dicho precepto añade: “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”.

2. *La disposición constitucional referida a la inconstitucionalidad por omisión*

Con arreglo al artículo 336, numeral 7, *ibídem*, se atribuyó a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia competencia para:

7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, *cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta*, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.²²

Debe recordarse que en el texto constitucional publicado primigeniamente el 30 de diciembre de 1999, aquel segmento de la norma comenzaba diciendo: “Declarar la inconstitucionalidad *del poder legislativo municipal, estatal o nacional...*”, aunque posteriormente, la versión incluida en la *Gaceta Oficial* de 24 de marzo de 2000²³ apareció ya con la lógica corrección en cuanto a que la competencia de la Sala Constitucional en el numeral 7 del artículo 336 consiste en: “Declarar la inconstitucionalidad *de las omisiones* del poder legislativo...”.²⁴

²² Énfasis agregado

²³ Se trata de una reimpresión, con correcciones, del texto original. Dicha reimpresión fue publicada en la *Gaceta Oficial*, No. 5.453, Extraordinario, de 24 de marzo de 2000.

²⁴ Énfasis agregado en ambos casos

Al respecto, Brewer-Carías señala que se trata del denominado “control de la constitucionalidad de las leyes por omisión”, y que la norma consagra una amplísima potestad a la Sala Constitucional, si establecer condicionamiento alguno a la legitimación, por lo que, en el caso de omisiones normativas, el mecanismo para impulsar su control podría recibir el mismo tratamiento de una acción popular.²⁵

De hecho, y como tendremos ocasión de comprobar *infra*, tal es el criterio de la Sala Constitucional, que en un importante pronunciamiento (sentencia n° 1 556, de 9 de julio de 2002, sobre la que retornaremos) expuso *-mutatis mutandi-* que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar, por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla.

Para finalizar esta reseña introductoria meramente ilustrativa de los perfiles de la regulación venezolana, cabe recordar -con Escudero León- que la Exposición de motivos de la Constitución de 1999 señala que la omisión inconstitucional se produce cuando el legislador se abstiene de desarrollar la norma constitucional “durante un tiempo excesivamente largo”, previsión que -en la visión de la autora citada- mantiene la incertidumbre sobre la forma de determinación de ese tiempo excesivamente largo que conduce a una omisión inconstitucional.²⁶

3. *El desarrollo jurisprudencial que sobre el particular exhibe la Sala Constitucional*

Es interesante analizar la praxis jurisprudencial que en el ámbito de la Sala Constitucional ha vivido la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, ya sea directamente a través de la previsión contenida en el artículo 336, numeral 7, de la Constitución, o por medio de ciertas sentencias que en forma indirecta se han referido a algunas cuestiones que presentan puntos de vinculación con las omisiones inconstitucionales y la fuerza normativa y suprema de la Constitución; por ejemplo, en esta última hipótesis, dando eficacia directa desde la jurisdicción a ciertos preceptos constitucionales antes de la intervención del legislador para fijar una interpretación normativa con valor obligatorio aunque provisorio hasta que se concrete la tarea legislativa. Para cumplir el cometido propuesto examinaremos a continuación, en primer lugar, un conjunto de sentencias que giran en torno de la inconstitucionalidad por omisión y, en segundo lugar y a modo de caso testigo, pues no es el único que la Sala pronunció al respecto, un interesante decisorio en el que explicó los alcances de lo que denomina *jurisdicción normativa* y -como adelantábamos y según el propio pensamiento de la Sala- proporcionó aplicación inmediata a la Constitución, con el fin de que ella tuviera vigencia efectiva y brindara cobertura aun antes de que se dictaran las leyes para desarrollar los preceptos constitucionales.

Así, dentro del primer grupo, abordaremos la sentencia n° 1 556, de 9 de julio de 2002; ya en conjunto por su atinencia temática y correlatividad cronológica, analizaremos las sentencias n°s 1 582, de 12 de junio de 2003, 2 073, de 4 de agosto de 2003, y 2 341, de 25 de agosto de 2003; y, finalmente, la sentencia recaída en el expediente n° 3-1100, de 2 de marzo de 2005.

En un segundo momento, trataremos la sentencia n° 1 571, de 22 de agosto de 2001 (caso *Asodeviprilara*), como precedente representativo del conjunto de causas en las que la Sala aplicó la denominada *jurisdicción normativa*.

²⁵ BREWER-CARÍAS, Allan R.: *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, t. II, 4.ª ed. aum. y anot., Colección Textos Legislativos No. 20, Caracas: Jurídica Venezolana, 2004, p. 969.

²⁶ ESCUDERO LEÓN, Margarita: *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, Serie Trabajo de Grado No. 1, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 220.

A. *Primer grupo de sentencias*

a. *Sentencia n° 1 556, de 9 de julio de 2002*

Dicha sentencia fue emitida en el expediente n° 01-2337. La cuestión giraba en torno de la acción de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional, que -al decir de los peticionantes- había dejado de dictar, en el tiempo y el modo que ordenan las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la constitución, las normas allí definidas.

Según la primera de tales disposiciones transitorias, la Asamblea Nacional debía aprobar, “dentro de los primeros seis meses siguientes a su instalación”, una reforma parcial del Código Penal; una ley orgánica sobre estados de excepción y una ley especial territorial para el estado Apure.

A su tiempo, de acuerdo con la segunda de las disposiciones transitorias nombradas, y “dentro del primer año, contado a partir de su instalación”, debía hacer lo propio con una legislación sobre la sanción a la tortura; una ley orgánica sobre refugiados o refugiadas y asilados o asiladas; una reforma a la Ley Orgánica del Trabajo en materia de prestaciones sociales; una ley orgánica procesal del trabajo; la legislación sobre el sistema judicial, la administración pública nacional, el poder ciudadano, el poder electoral, la legislación tributaria, de régimen presupuestario, de crédito público, una ley orgánica sobre defensa pública; una ley que desarrollara la hacienda pública estatal; una ley sobre régimen municipal; una ley del Banco Central de Venezuela; y la ley del cuerpo de policía nacional.

La decisión emitida por la Sala es importante en tanto sienta las bases jurídicas -sustanciales y procesales- de lo que entiende por *inconstitucionalidad por omisión*, razón por la cual varias sentencias sobre el particular terminan reenviando a ella.

Para construir su razonamiento, manifestó que el numeral 7 del artículo 336 de la Constitución consagra, por primera vez en el derecho venezolano, la institución de la declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión en que incurra el Poder Legislativo cuando no ha dictado las normas o medidas indispensables para asegurar la cumplimentación de la norma básica.

Una de las pautas centrales que demarcó sobre el instituto en general radicó en entender que no se trata de la inconstitucionalidad de un acto, sino de la conducta negativa, de la inercia o inactividad en que haya incurrido algún órgano del poder legislativo al no adecuar su conducta, en absoluto o parcialmente, al cumplimiento de una obligación suya de dictar una norma o una medida indispensable (lo que implica la eficacia limitada del precepto constitucional) para garantizar el cumplimiento de la Constitución.

Ya en particular, es decir, a la luz de la preceptiva constitucional venezolana, del decisorio surge:

- que la Sala se autoadjudicó la competencia para el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión;
- que no aparece limitada la iniciativa para activar el control de constitucionalidad que significa la declaratoria de inconstitucionalidad; tampoco la legitimación activa para la interposición de la acción; y
- que no señala el alcance de los lineamientos para la corrección de la omisión, los que parecen quedar al arbitrio de la Sala Constitucional, ajustados a derecho.

Respecto del procedimiento aplicable para el juzgamiento de las omisiones legislativas inconstitucionales, y pese a que tal determinación procedimental correspondía a los órganos legislativos del Estado aunque no fue ejecutada, debía la Sala dar alguna canalización procesal al planteo.

Ello, ante el criterio de la Sala en cuanto a que, en principio y salvo obstáculo insuperable, la normativa constitucional debía ser aplicada de inmediato, por lo que, de conformidad con la facultad derivada del artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia²⁷²⁸ (LOCSJ), determinó que -mientras no se hubiera establecido por ley el procedimiento propio de la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo en el cumplimiento de una obligación constitucional- se le aplicará a tal pretensión el procedimiento previsto en la LOCSJ para los juicios de nulidad de los actos de efectos generales provenientes de su naturaleza.

Simplemente a modo de advertencia para medir la proyección futura del fallo que se explora en el particular, debe quedar en claro que, por imperio de la citada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), la LOCSJ quedó derogada (cf. disposición derogativa, transitoria y final única, párrafo 1° de aquélla), como así también las demás normas que resultaran contrarias a la LOTSJ. Ello se produjo -como vimos- el día 20 de mayo de 2004, es decir, en la fecha en que esta última fue publicada.

Por lo demás, y reenviando a la posición del Pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia -compartido por la Sala-, entendió que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar, por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla. Siguiendo su hilo argumental, estimó que la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo podría considerarse como una subespecie, derivante de la acción popular de inconstitucionalidad, en razón de lo cual debía aplicarse en el caso el criterio antes referido, y juzgó que los recurrentes estaban legitimados para ejercer la acción.

Finalmente, y luego de observar que ninguna de las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 84 de la LOCSJ concurría en autos, admitió la acción de inconstitucionalidad por omisión que se imputaba a la Asamblea Nacional y ordenó la remisión del expediente al Juzgado de Sustanciación a los fines de la continuación del procedimiento, de conformidad con los artículos 112 y siguientes, *ibídem*.

En punto a los lineamientos para operativizar su decisión, dispuso:

- notificar, por oficio, al Presidente de la Asamblea Nacional, con copia del escrito que contenía la solicitud; asimismo, emplazar a todo interesado mediante cartel, el cual sería publicado por el Juzgado de Sustanciación de la Sala, en uno de los medios impresos que considere dicho juzgado de mayor circulación; todo de conformidad con el artículo 116 de la LOCSJ;
- notificar, además, la decisión al procurador general, al fiscal general de la república y al defensor del Pueblo;
- conceder un término de sesenta (60) días continuos contados a partir del día siguiente a aquel en que conste en autos haberse realizado la última de las notificaciones o la publicación del Cartel que habían sido ordenadas, para que las partes presenten los alegatos y pruebas que estimen pertinentes, de acuerdo con el artículo 117 de la LOCSJ; y
- concluido el término probatorio, la Sala, conforme al artículo 118 de la LOCSJ, dispondría de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de conclusión de la relación, para dictar su decisión, a menos que la complejidad y la naturaleza del asunto exigieran un plazo mayor.

²⁷ Tal preceptiva legal fue publicada en la *Gaceta Oficial*, No. 1 893, Extraordinario, de 30 de julio de 1976.

- b. *Sentencias n^{os} 1 582, de 12 de junio de 2003; 2 073, de 4 de agosto de 2003, y 2 341, de 25 de agosto de 2003*

Dicha tríada de sentencias será analizada en conjunto en el presente epígrafe, pues las decisiones que la componen se encuentran concatenadas y marcan una secuenciación cronológica y jurídica motivada en un conjunto de acontecimientos políticos e institucionales que conculsionaron la vida democrática de Venezuela.

Los pronunciamientos en cuestión fueron emitidos en los expedientes n^{os} 03- 1254 y 03-1308.

Sentencia n^o 1 582

El 15 de mayo de 2003, un abogado -actuando en su propio nombre- interpuso ante la Sala una acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional, con el número de expediente 03-1254.

El 21 de mayo del mismo año, otro letrado también interpuso dicha acción contra la Asamblea Nacional, a la cual se le dio entrada bajo el número de expediente 03-1308.

Al analizar ambos planteos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mencionó que se habían ejercido por distintos abogados dos acciones de inconstitucionalidad por omisión en contra de la Asamblea Nacional, en virtud de no haber designado a los miembros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral.

Al respecto, y como ambas articulaciones presentaban idénticos supuestos de hecho, fundamento jurídico y peticiones, decidió acumular la causa contenida en el expediente n^o 03-1308 a la causa del expediente n^o 03-1254.

Antes de ingresar al análisis de la cuestión que se le sometía, la Sala recordó la decisión de 9 de julio de 2002 (expediente n^o 01-2337), a la que nos refiriéramos *supra*, donde estableció los parámetros de la acción de inconstitucionalidad por omisión y pasó a transcribirla en sus tramos pertinentes.

Igualmente, evocó que, según su jurisprudencia, las decisiones emanadas de las acciones de inconstitucionalidad por omisión y en que la Sala Constitucional -en virtud del mantenimiento de la integridad, la efectividad y la supremacía constitucionales, consagradas en los artículos 334 y 335 de la Constitución- llene los vacíos que puedan hacer inoperantes a las instituciones desde el punto de vista constitucional en virtud de tal omisión, tienen carácter estrictamente provisorio, hasta tanto el órgano al que se le imputa la omisión cumpla con su obligación constitucional.

Asimismo, y ante el planteo dirigido a que se declarara la cuestión de urgencia y de mero derecho, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 135 de la LOCSJ, la Sala acogió aquella solicitud y declaró la cuestión de urgencia, abreviando ciertos plazos, mas denegó la petición de pleno derecho, pues el examen del caso no requería un análisis objetivo, sino más bien sobre cuestiones fácticas, como lo era el hecho de no designarse a los miembros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral, por lo que la Sala consideró que no se trataba de un asunto de mero derecho, sino que era necesaria la etapa probatoria.

En definitiva, la Sala dispuso:

- acumular la causa contenida en el expediente n^o 03-1308 al expediente n^o 03- 1254;
- admitir las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa ejercidas por ambos abogados contra la Asamblea Nacional;
- negar la solicitud de mero derecho y declarar la urgencia de la causa y, sobre tal base, reducir los lapsos y términos del proceso;

- ordenar las notificaciones correspondientes al presidente de la Asamblea Nacional, a la procuradora general de la República, al fiscal general de la República y al defensor del Pueblo; y
- establecer los términos para que las partes y los interesados alegaran y probaran lo que estimasen pertinente, plazo a cuyo vencimiento el expediente debía remitirse a la Sala y, una vez ésta recibida, debía dictarse sentencia dentro de treinta (30) días.

Sentencia n° 2 073

Cumplidas las notificaciones ordenadas en el resolutorio sobre el que acabamos dedar cuenta, se desencadenó una serie de vicisitudes procesales, entre las que pueden enumerarse: presentaciones de distintas personas peticionando ser tenidas como partes y de otras que intentaban ser consideradas terceros interesados (las que fueron admitidas); solicitud de aclaratoria del pronunciamiento antedicho (la que en definitiva fue rechazada por haber sido articulada por quien no era parte en el proceso); pedimento de disolución de la Asamblea Nacional (el que fue desestimado); requerimiento de los apoderados judiciales de esta última pugnando por el rechazo de la acción interpuesta, quienes además acompañaron en anexo la lista de las personas postuladas a ser parte del Directorio del Consejo Nacional Electoral (el que, como veremos, también fue denegado); etcétera.

Para conformar su resolución, la Sala elaboró una trama argumental respecto de la inconstitucionalidad por omisión y cuestiones afines con el *thema decidendum* que conviene al menos presentar aquí en forma condensada. Veamos:

En primer lugar, afirmó que, de acuerdo con el artículo 136 constitucional, el Poder Público de Venezuela está integrado por cinco poderes, uno de los cuales es el Electoral, por lo que, para que el régimen constitucional se desarrolle, es necesario que los cinco poderes, entre ellos el Electoral, se encuentren constituidos.

En cumplimiento de la disposición transitoria octava de la Constitución, la Asamblea Nacional dictó la Ley Orgánica del Poder Electoral, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 35 573, de 19 de noviembre de 2002.

Por su parte, constató que los diversos pasos contemplados en la disposición transitoria primera de la Constitución se cumplieron, excepto el nombramiento de los rectores electorales, los cuales debían designarse por la Asamblea una vez presentados por el Comité de Postulaciones Electorales, después de haber recibido las postulaciones de los diferentes sectores de la sociedad que podían hacerlo. Esta elección debía hacerse siguiendo los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Electoral, reducidos los términos a la mitad del tiempo.

Indicó que, conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, la elección de los rectores debería hacerse por la Asamblea Nacional dentro de diez (10) días continuos de haber recibido por Secretaría las listas de los candidatos o candidatas postulados por el Comité, elección que, por ser la primera, debía abarcar a todos los rectores electorales y sus suplentes, a fin de cumplir con la disposición transitoria octava de la Constitución vigente, eligiéndolos por única vez simultáneamente y no en la forma prevista en el artículo 30 señalado.

Por aplicación de la Ley Orgánica del Poder Electoral, y para cumplir con el mandato constitucional prevenido en la disposición transitoria octava, entendió que la Asamblea Nacional debió haber ejecutado la disposición transitoria primera de dicha ley y, en efecto, lo hizo parcialmente.

Reseñó que en fecha 8 de abril de 2003 fue presentada a la Asamblea Nacional, para su elección, la lista de los postulados, aceptados por el Comité de Postulaciones, y aquella no procedió a nombrar oficialmente a los rectores o rectoras electorales dentro de los diez (10) días continuos, habiendo transcurrido con creces el lapso exigido por el artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

Consideró que la omisión del nombramiento era “un hecho objetivo”, que se constataba por el solo transcurso del tiempo a partir del 18 de abril de 2003, y que se presumía obedecía a la inexistencia en la Asamblea de la mayoría calificada consistente en el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, como lo exige el artículo 296 constitucional.

Advirtió que, si bien en algunas materias esa falta de acuerdo podría no producir ningún efecto inmediato, en lo concerniente a la designación del Poder Electoral, donde la propia Constitución y la Ley Orgánica del Poder Electoral ordenan a la Asamblea Nacional la designación, la omisión -aun sin ser ilegítima- conducía a que la Sala declarara la inconstitucionalidad de la omisión, estableciera el plazo para corregirla y, de ser necesario, los lineamientos de esa concreción (cf. artículo 336, numeral 7, de la Carta Magna).

Razonó que, si fenecido el plazo la Asamblea o el órgano de que se trate no cumplían, la Sala podía delinear diversos correctivos a la situación; pero en materias en las cuales era posible que surgiera una mora en la designación de los Poderes Públicos, el correctivo consistía en el nombramiento provisorio de los integrantes del Poder Público, hasta que el órgano competente cumpliera, caso en el que, de inmediato, cesarían las funciones de los provisorios, mas no la legalidad y validez de los actos por ellos realizados que cumplieran los requisitos legales. Al respecto, la Sala reiteró su doctrina judicial (ya expuesta por ejemplo en el caso *Julián Isaías Rodríguez*, fallo de 23 de septiembre de 2002), que se trata de una situación casuística que permite, caso a caso, variaciones en el correctivo que resuelve la Sala.

No deja de ser interesante la afirmación de la Sala en cuanto a que “la omisión consiste en el incumplimiento de un acto, conducta, negocio de una autoridad ordenado por la Constitución, sea ella total o parcial y que, para que proceda, basta que se constate la falta de cumplimiento de la actividad prevista, motivo por el cual a la Sala le es indiferente que ella haya o no comenzado a realizarse, siendo lo importante que lo prevenido en la Constitución, no ha culminado”.

Por otra parte, merece siquiera una breve mención la reiteración²⁸ del argumento de la Sala en cuanto a que debe garantizarse “[l]a aplicación inmediata de la Constitución, con el fin de que ella tenga vigencia inmediata y otorgue la cobertura constitucional, aun antes que se dicten las leyes que desarrollen los preceptos constitucionales [...]”. Se trata, concretamente, de lo que se ha dado en llamar la *jurisdicción normativa* de la Sala, tema sobre el que volveremos al tratar el caso *Asodeviprilara*, cuya sentencia fuera emitida el 22 de agosto de 2001.

En resumen, constató la existencia de la omisión y, para dar cumplimiento al artículo 335 de la Constitución (supremacía y efectividad constitucionales) y al numeral 7 del artículo 336, *ibidem*, y aplicar los plazos del artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, otorgó un lapso de diez (10) días continuos, a partir de la decisión que adoptaba, para que la Asamblea Nacional designara simultáneamente a los rectores electorales y a sus suplentes, conforme a la Ley Orgánica del Poder Electoral, entre los presentados por el Comité de Postulaciones.

Expuso asimismo que, si transcurrido el lapso señalado la Asamblea Nacional no hubiera procedido a nombrarlos, la Sala lo haría dentro de un término de diez (10) días continuos.

Advirtió finalmente que el Consejo Nacional Electoral así nombrado podría dirigir cualquier proceso electoral conforme a la Ley que lo rige, y proceder de conformidad con la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica del Poder Electoral a elaborar los proyectos de ley allí señalados, así como las normas y los procedimientos para su funcionamiento, lo que incluía las normas para convocar y efectuar referendos, a partir del 19 de agosto de 2003, las cuales regirían hasta cuando la Asamblea aprobara las leyes relativas a la materia.

²⁸ Tal doctrina judicial fue expuesta por la Sala en los fallos emitidos el 20 de enero de 2000, caso *Emery Mata*; el 30 de junio de 2000, causa *Dilia Parra*, y el 22 de agosto de 2001, caso *Asodeviprilara*, respecto del que *infra* efectuaremos una reseña.

Sentencia n° 2 341

En la presente sentencia, de 25 de agosto de 2003, la Sala explicó que, como hasta la fecha del decisorio en cuestión la Asamblea Nacional no había designado a los rectores del Poder Electoral, y estando dentro del lapso para que la propia Sala hiciera la designación, procedió a realizarlo vertiendo algunas consideraciones:

En primer lugar, manifestó que, como se trataba de un nombramiento provisional no previsto en la Ley Orgánica del Poder Electoral, pero que atendía al mantenimiento de la supremacía constitucional, ante el vacío institucional producto de la omisión del nombramiento de los rectores electorales, aplicaría “en lo posible” tal ley, con las variables necesarias derivadas de la naturaleza de las medidas provisorias.

Observó que tomaría en cuenta el acucioso trabajo del Comité de Postulaciones Electorales, y que en las designaciones nombraría rectores principales o suplentes a las personas que postularon la sociedad civil, el poder ciudadano y las universidades nacionales que podían hacerlo, aunque aclaró que dejaba a salvo su poder para la elección de otros sujetos fuera de los que habían sido propuestos.

También dijo que garantizaba al Poder Electoral que ella nombraba en forma provisoria “la mayor autonomía, tal como corresponde a uno de los Poderes Públicos”. Pasó luego a reseñar las actividades que aquél estaba habilitado a desarrollar de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Electoral, pudiendo dentro de la autonomía que a dicho Poder le correspondía señalar los términos para cumplir sus cometidos.

Asimismo, sostuvo que con el fin de facilitar la integración del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinados, procedía a designar su composición y la del Consejo de Participación Política, el cual de manera provisoria y ante el vacío constitucional funcionaría como un ente consultivo del Poder Electoral.

Dentro de ese marco, designó a los rectores principales; al presidente, vicepresidente, secretario y consultor jurídico del Consejo Nacional Electoral; a los integrantes de los órganos subordinados (Junta Nacional Electoral, Comisión de Registro Civil y Electoral, Comisión de Participación Política y Financiamiento); y a los miembros del Consejo de Participación Política.

Todos los designados fueron citados para la juramentación respectiva que se produciría el 27 de agosto de 2003, a las 11:00 a. m., en el Salón de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

La sentencia en cuestión mereció la crítica de Brewer-Carías, quien afirmó que la Sala “no se limitó a suplir la abstención de la Asamblea Nacional nombrando a los rectores del Consejo Nacional Electoral, sino que, extralimitándose en sus funciones y limitando injustificada e ilegítimamente la autonomía del Consejo Nacional Electoral como órgano rector de dicho Poder Público, procedió a nombrar directamente a todos los funcionarios directivos del organismo, competencia que no correspondía a la Asamblea Nacional (sino al propio Consejo Nacional Electoral que estaba nombrando) y respecto de cuyo ejercicio no se había producido omisión alguna que pudiera justificar tales nombramientos”.²⁹

c. Sentencia recaída en expediente n° 03-1100, de 2 de marzo de 2005

En dicho pronunciamiento, la Sala Constitucional hizo lugar a la demanda de inconstitucionalidad por omisión que intentaron los apoderados judiciales de la Organización Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA) y, en consecuencia,

²⁹ BREWER-CARÍAS, Allan R.: *La Constitución de 1999...*, ob.cit., t. II, p. 972.

declaró la inconstitucionalidad omisiva de la Asamblea Nacional, por no haber dictado, “*dentro de un plazo razonable en derecho*”, la ley especial que debía regular el Régimen Prestacional de Empleo.³⁰

Consiguientemente, ordenó a la Asamblea Nacional que, dentro de un plazo máximo de tres (3) meses computables desde la notificación del fallo, preparara, discutiera y sancionara dicha ley, que debería adaptarse a los lineamientos generales de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (LOSSS) y a las regulaciones constitucionales en materia de seguridad social y trabajo o, en su defecto, un régimen transitorio que solventara la situación lesiva al derecho constitucional a la seguridad social.

Asimismo, acordó una medida cautelar innominada mediante la cual suspendió los efectos del artículo 138 de la LOSSS y, consecuentemente, declaró la ultraactividad del decreto con rango y fuerza de ley que regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, que fue publicado en la *Gaceta Oficial*, n.º 5 392, Extraordinario, de 22 de octubre de 1999, y, por ende, cautelarmente vigente a partir de la sentencia que se anota y hasta cuando la Asamblea Nacional pusiera fin a la situación de mora legislativa en los términos de ésta.

Como pautas argumentales salientes en cuanto a lo que aquí interesa específicamente y que dieron cuerpo al razonamiento de la Sala, pueden identificarse las siguientes:

- Que si bien la LOSSS no preceptúa un plazo determinado para que se dicten las leyes de los regímenes prestacionales especiales, considera la Sala que, amás de año y medio de la entrada en vigencia de la referida ley orgánica, se había prolongado en exceso el tiempo que razonablemente ameritaría la aprobación y promulgación de tales leyes, fundamentalmente, y en lo que se refiere al *sub lite*, de la Ley del Régimen Prestacional de Empleo, que es la que carecía de régimen transitorio para la prestación de dicho beneficio. De tal manera, la Sala justificó su percepción en punto a que había transcurrido un “plazo razonable en derecho”.
- Que el control de la constitucionalidad por omisión, en el marco de la jurisdicción constitucional venezolana, no se limita al control de las omisiones formalmente legislativas, sino a la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, esto es, ante la ausencia de cumplimiento de toda obligación debida, cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución.
- Que la nueva ley que regula las funciones del Tribunal Supremo extendió subjetivamente la potestad de control jurisdiccional, por lo que ahora abarcan sólo las pasividades del Poder Legislativo nacional, estatal y municipal, sino también las de cualquier otro órgano del Poder Público cuando deje de ejercer competencias de ejecución directa e inmediata de la Constitución, con lo cual, el control sobre la inconstitucionalidad por omisión equivale, en su amplitud y extensión, al control de la constitucionalidad de los actos -legislativos o no- que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (artículo 334 de esta última).
- Que, además, la omisión legislativa verificada implicaría el incumplimiento de los acuerdos internacionales que fueron válidamente suscritos por Venezuela, y que recogen el derecho a la seguridad social y establecen sus atributos esenciales. En tal sentido, la Sala evoca el convenio n.º 102 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la “Norma mínima de la seguridad social”, cuya ley aprobatoria se publicó en *Gaceta Oficial* n.º 2 848, Extraordinario, de 27 de agosto de 1981, y pone énfasis en señalar que la ausencia de legislación importaba incumplir los artículos 19 a 24 y 71 del mencionado Convenio.

³⁰ Énfasis añadido

- Que la ausencia de desarrollo legislativo en relación con el régimen prestacional de empleo, por cuanto traía como consecuencia inmediata la falta de cotización para el financiamiento de la prestación del beneficio social en caso de desempleo y, más grave aún, en tanto implicaba la negación de otorgamiento de dicha prestación a los beneficiarios, comportaba la existencia de una omisión legislativa que debía ser remediada, a través de la orden a la Asamblea Nacional, para que pusiera fin a dicha situación y, en complemento, mediante la toma de medidas que, preventiva y cautelarmente, sopesaran las consecuencias de tal abstención y evitaran un indeseado incumplimiento de obligaciones internacionales.

En definitiva, sobre tal trama argumental y como anunciábamos, declaró la omisión de la Asamblea Nacional al no haber dictado la ley especial regulatoria del Régimen Prestacional de Empleo, puesto que, de conformidad con el artículo 336, cardinal 7, de la Constitución, y 5, cardinal 12, de la LOTSJ, se trataba de una inactividad normativa que impedía el eficiente ejercicio de derechos fundamentales (especialmente el derecho a la seguridad social - artículo 86 constitucional-) y, en consecuencia, el cumplimiento de la Norma Superior.

B. *Segundo perfil de sentencias: la n.º 1 571, de 22 de agosto de 2001 (pronunciada en el expediente n.º 01-1 274), como caso testigo*

El 12 de junio de 2001, el presidente de la Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (*Asodevivilara*), así como otros ciudadanos, actuando a nombre propio, interpusieron acción de amparo constitucional invocando los “derechos difusos de los comerciantes, industriales, camioneros, dueños de carros libres o por puesto, y en fin de todos los demás Ciudadanos en situación semejante a las de ellos, víctimas que son de los financiamientos que los Bancos y las Entidades de Ahorro y Préstamo C. A., ofrecen mediante su publicidad y aplican denominándolos ‘Crédito Mejicano’, ‘Crédito Indexado’ o ‘Flexicrédito’[...]”, en contra de la Superintendencia de Bancos y Otros Institutos de Crédito, así como del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU), “por la abstención de los cumplimientos de sus actos y de los deberes que les imponen sus cargos, materializándose así la violación de derechos y garantías constitucionales que ha posibilitado que numerosos Bancos y Entidades de Ahorros y Préstamo C. A.” otorgasen créditos hipotecarios y comerciales, con reserva de dominio, o quirografarios, denominados Crédito Mexicano Indexado al Salario.

Más allá del caso puntual planteado y de los numerosos -y no menos relevantes aspectos- abordados por la Sala en esta sentencia, sólo nos interesa aquí reseñar algunas pautas vinculadas con la cuestión que aquella denomina *jurisdicción normativa* y que tiene determinados puntos de contacto con la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.

Primeramente, se encarga de señalar que, desde sus primeros fallos,³¹ ha venido sosteniendo que las normas constitucionales, en particular los derechos humanos, los derechos que desarrollan directamente el Estado social, las garantías y los deberes, son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas.

Para lograr tal aplicación inmediata, la Sala se basó en la letra del artículo 335 constitucional, por ser el Tribunal Supremo de Justicia el máximo garante de la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales y, además, por ser las interpretaciones que dicha Sala efectúe sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República.

³¹ Por ejemplo, en los casos *José Amando Mejía, Corpoturismo y Servio Tulio León*.

Sobre la base del mencionado artículo constitucional 335, en los casos concretos en que hubiese surgido alguna infracción constitucional, la Sala dijo haber ejercido la *jurisdicción en forma normativa*, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional y señalando sus alcances o formas de ejercicio, aunque no existieran leyes que la desarrollaran directamente. Indica que se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legislara sobre la materia.

Agrega que, por esta vía, no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal,³² sino que, en casos en que había que aplicar leyes que colisionaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de aquéllas, y jurisprudencialmente se sustituyeron las normas inconstitucionales por interpretaciones de cómo se debía actuar, a fin de que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse.³³

También, rechaza las críticas dirigidas a aquella especie de ejercicio de la jurisdicción, en cuanto a que es fuente de incertidumbre, que no se encuentra contenida en la ley y que afecta la seguridad jurídica por falta de predictibilidad.

Explica que el artículo 335 constitucional permite tal jurisdicción normativa, sobre todo con relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta Fundamental, que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el legislador tuviera bien desarrollarlas, quedando también en suspenso su efectividad en el tiempo.³⁴

Cataloga como “tendenciosa” la crítica que apunta a la supuesta incertidumbre que causaría con este tipo de interpretación, ya que -según estima- la interpretación constitucional sólo funciona cuando no existe ley que desarrolle la norma constitucional, o ella sea contraria a la Constitución, y siempre queda proyectada hacia el futuro, permitiendo que los ciudadanos (a futuro) se adapten a ella, motivo por el cual las sentencias se difunden y se publican en la *Gaceta Oficial* de la República.

En función de tal jurisdicción normativa, la Sala reivindicó su facultad no sólo de reformar y aplicar procesos ya existentes, adaptándolos al artículo constitucional 26, sino que, ante los efectos extensivos de una declaratoria sobre los alcances de la norma constitucional, que pudiera perjudicar a terceros -siendo lo lógico llamarlos ajuicio-, podía así ordenarlo, siempre que el juez constitucional tuviera certeza de que ellos podían verse afectados en sus derechos e intereses, debido a los efectos *erga omnes* del fallo, o considerara que debían participar de alguna forma en el proceso por ser necesariamente coobligados en la prestación que se demandaba.

Asimismo, ante la ausencia de procedimientos señalados en las leyes, la necesidad de adaptar el proceso a las previsiones del artículo 26 de la Constitución y a fin de que esta cláusula tuviera vigencia, la Sala sostuvo haber implantado a procesos ya existentes los requisitos de oralidad, gratuidad, celeridad, ausencia de dilaciones indebidas y formalismos inútiles (no esenciales), que informan a la administración de justicia en el nivel constitucional.

³² Como sucedió -según la Sala aprecia- en los fallos que tratan sobre los derechos e intereses difusos o colectivos en los casos *Defensoría del Pueblo*, de 30 de junio de 2000; *William Ojeda*, de 31 de agosto de 2000, y *Veedores de la UCAB*, de 23 de agosto de 2000. También, en los relativos a la legitimación en juicio de la sociedad civil (causa *Gobernadores*, de 21 de noviembre de 2000), o en el que resolvió lo atinente al hábeas data (caso *Insaca*, de 14 de marzo de 2001).

³³ Tal como, según lo puntualizado por la Sala, acaeció con el procedimiento de amparo en el caso *José Amando Mejía*, de 1 de febrero de 2000.

³⁴ Por esa razón, la Sala sostiene que ha rechazado tal inmovilismo constitucional, por aplicación inmediata de los principios constitucionales en el mencionado caso *José Amando Mejía*.

En ese sentido, y ante la acción de amparo incoada, habiendo los demandantes invocado sus derechos e intereses difusos o colectivos, la Sala se entregó a dilucidar si lo alegado se ventilaría mediante el amparo, o por otro proceso existente, adaptándolo al artículo 26 constitucional, para lograr el *desideratum* de dicha norma: una justicia oral, expedita e idónea.

Para finalizar esta reseña y dar paso a las observaciones que cerrarán el trabajo, se aprecia que fue así como la Sala decidió aplicar a la acción planteada el proceso establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio oral, pero con variantes destinadas -según indicó- a potenciar la oralidad, la brevedad, la concentración y la intermediación de esta clase de procesos.

VI. EPÍLOGO

Por razones de índole metodológica, en el presente sector de consideraciones finales invertiremos el orden de tratamiento de los temas que conformaron el núcleo de nuestra atención. Así, fraccionando este segmento conclusivo en dos partes, enfocaremos primeramente el ámbito jurídico venezolano y, a continuación, volcaremos ciertas pautas genéricas del ejercicio del control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales, insistiendo en la necesidad de su institucionalización como modo de viabilizar la normatividad y la supremacía del cuerpo y el espíritu. Veamos:

1. *En torno del modelo de contralor de las omisiones inconstitucionales en Venezuela*

De la urdimbre de la doctrina judicial venezolana presentada en este trabajo y de la propia textura de la norma constitucional que institucionaliza la fiscalización de las pretericiones inconstitucionales, pueden relevarse ciertas aristas para perfilar -bien que en forma primaria- los trazos básicos de la figura en la percepción interpretativa de la Sala Constitucional.³⁵ Veamos:

A) En primer lugar, dada la ausencia de pautas rígidas en la Ley Fundamental al diseñar el instituto, parecería que -en punto a la naturaleza jurídica de éste- el constituyente ha intentado encapsularlo en la categoría de la *acción popular*, lo que automáticamente lleva a pensar en una cierta laxitud en el examen del requisito de legitimación para articularla.

Así lo ha entendido la Sala Constitucional (por ejemplo, en la sentencia n° 1 556, de 9 de julio de 2002), al apoyarse a su vez en el criterio que la desaparecida Corte Suprema de Justicia exhibiera acerca de la acción de inconstitucionalidad, sosteniendo que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar, de lo que se sigue que cualquier persona, natural o jurídica, ostenta habilitación para ejercerla.

Sobre tal base argumental de la Corte, la Sala ha estimado que *la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo podría considerarse como una subespecie, de reciente creación, de la acción popular de inconstitucionalidad*, a partir de lo que construye una posición abierta y flexible al momento de analizar la legitimación de quienes impetran tal tipo de acción.

B) Al recorrer los pliegues jurisprudenciales de la Sala, se observa que desde la señera sentencia n° 1556, de 9 de julio de 2002, aquella ha acudido al derecho comparado y a la doctrina autoral extranjera para modelar los contornos de la acción de inconstitucionalidad por omisión, elementos entre los que cabe computar a la *categorización tipológica de omisiones que las distingue entre absolutas (o totales) y relativas (o parciales)* (ver, *inter alia*, la decisión de 19 de agosto de 2002 y la sentencia n° 1582, de 12 de junio de 2003).

³⁵ Para una visión crítica de la labor de la Sala, particularmente en lo que considera el secuestro por ésta del "Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política", véase BREWER-CARÍAS, Allan R.: *La Sala Constitucional versus el Estado democrático de derecho* (cuyo subtítulo coincide precisamente con el entrecomillado de los renglones anteriores de esta nota a pie de página), Caracas: Los Libros de El Nacional, Colección Ares No. 48, 2004.

Lo anterior permite inferir la aceptación de tal modalidad taxonómica de omisiones inconstitucionales, como la propia Sala lo deja entrever en la sentencia N° 2 073, de 4 de agosto de 2003, al indicar que la *omisión* consiste en el incumplimiento de un acto, conducta, negocio de una autoridad ordenado por la Constitución, *sea ella total o parcial*.

Obviamente, a tal interpretación coadyuva el tenor literal del artículo 336, numeral 7, de la Constitución, al deferir a la Sala la atribución de “[d]eclarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, *cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta [...]*”,³⁶ lo que involucra ambos tipos de omisiones contrarias a la Ley Fundamental.

C) Vinculado con los parámetros para la tipificación de las omisiones inconstitucionales susceptibles de ser así calificadas por la Sala, ésta denota un criterio amplio y abarcador cuando se trata de determinar si se está o no frente a una preterición *contra Constitutione*.

Así, ha entendido que para que ésta proceda basta que se constate la falta de cumplimiento de la actividad prevista, motivo por el cual a la Sala le es indiferente que ella haya o no comenzado a realizarse, siendo lo importante que lo prevenido en la Constitución no haya culminado (cf. sentencia N° 2 073, de 4 de agosto de 2003).

D) En lo que atañe al alcance y al radio de acción de sus facultades para el ejercicio del control de la constitucionalidad por omisión, la Sala Constitucional desnuda una percepción muy vasta.

Es así como, concretamente en la sentencia recaída en expediente N° 03-1100, de 2 de marzo de 2005, ha advertido contundentemente que el ejercicio de aquella competencia no se limita al control de las omisiones formalmente legislativas, sino a *la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, esto es, ante la ausencia de cumplimiento de toda obligación debida, cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución*.

Ligado a ello, puntualizó -en el mismo pronunciamiento- que la nueva Ley que regula las funciones del Tribunal Supremo ha extendido subjetivamente la potestad de control jurisdiccional, abarcando no sólo las pasividades del Poder Legislativo nacional, estatal y municipal, sino también las de cualquier otro órgano del poder público cuando deje de ejercer competencias de ejecución directa e inmediata de la Constitución, con lo cual el control sobre la inconstitucionalidad por omisión equivale, en su amplitud y extensión, al del control de la constitucionalidad de los actos -legislativos o no- que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Ley Básica.

E) La lectura de la norma constitucional que instituye la inconstitucionalidad por omisión en el contexto venezolano permite apreciar que se trata de una de las fórmulas más osadas de cuantas exhibe el derecho comparado, no sólo porque -como anticipáramos- al parecer se la ha pautado como especie de acción popular, sino básicamente por el amplio espectro de movimiento que se le confiere a la Sala para intervenir sobre las omisiones en que hubiera incurrido el Poder Legislativo municipal, estatal o nacional, ya que aquélla puede declarar la existencia de tales comportamientos omisivos, establecer el plazo en el que el Poder Legislativo que corresponda deba salvar la omisión y, de ser necesario, hasta fijar los lineamientos para la corrección de ésta.

Sea como fuera, la Sala ha trasuntado su criterio en cuanto a que puede aplicar diversos correctivos de acuerdo con el supuesto que deba afrontar; en otras palabras, entiende que se trata de una situación casuística que le permite, caso a caso, determinar variaciones en el correctivo que resuelva aplicar (ver, por ejemplo, lo manifestado en la sentencia n° 2 073, de 4 de agosto de 2003).

F) Finalmente, y como breve comentario acerca de la “jurisdicción normativa” que propone la Sala Constitucional, creemos que es interesante y plausible la impronta activista de tal ór-

³⁶ Énfasis añadido.

gano en favor de la vigencia y la operatividad de los preceptos constitucionales en un estado previo a la intervención del legislador (incluso ante la configuración de la omisión de éste en regular ciertos aspectos que requieran alguna reglamentación o pormenorización legal), en tanto proporcione una solución provisoria de manera de no subrogarse improcedentemente en el papel de aquél.

Al respecto, y para finalizar este tramo de consideraciones específicas para el ámbito venezolano, debe coincidir con Casal cuando advierte que la facultad de la Sala de integrar lagunas o vacíos jurídicos vinculados a silencios legislativos no puede ser concebida ni aplicada como una potestad legislativa paralela a la del legislador ordinario, que se distinguiría de ésta por su provisionalidad.³⁷ Añade el citado autor que la naturaleza “normativa” de la función jurisdiccional cumplida por la Sala cuando colma vacíos legislativos para hacer operativos ciertos preceptos constitucionales - que la sentencia denomina impropriadamente como “programáticos” - estriba sólo en los efectos generales de los criterios sentados sobre el modo de aplicación de la disposición constitucional hasta la intervención del legislador.³⁸

2. *Lectura genérica de la praxis sobre la fiscalización de las omisiones inconstitucionales en el derecho comparado*

Desde un registro general, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión y las soluciones que se vienen perfilando desde el dominio del derecho comparado nos suscitan las reflexiones que apuntamos a continuación:

A) El examen de las experiencias normativas (constitucionales o subconstitucionales) y jurisprudenciales en Iberoamérica pone al descubierto el afortunadamente creciente interés por institucionalizar o hacer aplicables en la práctica, aun pretoriana-mente, diversos mecanismos para superar o corregir las omisiones inconstitucionales. Al menos, pareciera consolidarse una tendencia de apertura del debate en cuyo interior discurre la convicción (al menos, la percepción) en punto a que la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión *tiene algo por decir y aportar* en pro de la fluidez del tránsito de la supremacía constitucional, la vigencia (real y no sólo declamada) de los derechos y la consolidación del Estado constitucional de derecho.

B) A su tiempo, en la observación de la praxis jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, España e Italia (*rectius*: Corte Constitucional, en el caso italiano), y pese a que en los respectivos ordenamientos constitucionales de tales países no existen expresas disposiciones acerca de la inconstitucionalidad por omisión, se verifica una importante actividad para controlar las omisiones legislativas relativas por medio del empleo *remedios unilaterales*, verbigracia, sentencias interpretativas y, dentro de éstas, las manipulativas y, más específicamente, las aditivas; y *bilaterales*, entre los que pueden contabilizarse las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las sentencias de apelación, las que declaran que la ley aún no es inconstitucional, el retraso de los efectos del fallo para dar tiempo a la intervención del legislador y las sentencias aditivas de principio o las sentencias-delegación.³⁹

Al examinar el nutrido repertorio de opciones sentenciales que en la práctica jurisdiccional comparada se viene diseñando, pareciera quedar en evidencia la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del modelo del legislador negativo y la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad para hacer frente a las discriminaciones normativas, evitando la expulsión inmediata de la norma en cuestión.⁴⁰

³⁷ CASAL H. Jesús M.: “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, en *Revista de Derecho Constitucional*, No. 4, enero-julio de 2001, Caracas: Sherwood, p. 176.

³⁸ *Ídem*

³⁹ Autor y *ob.cit.* en nota 18

⁴⁰ GONZÁLEZ BELFUS, Markus: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, *pássim*.

En la percepción expuesta por González Beilfuss, la insuficiencia del paradigma kelseniano del legislador negativo no refleja la función normativa que realizan dichos tribunales tanto en el plano legal como en el constitucional a través de su labor interpretativa, además de que, con frecuencia, los pronunciamientos estimatorios de control de constitucionalidad no se limitan a expulsar del ordenamiento una norma inconstitucional.⁴¹ En apariencia, tal actitud de las correspondientes jurisdicciones constitucionales denota un intento por superar lo que Modugno denomina la ingenua alternativa entre constitucionalidad e inconstitucionalidad.⁴²

C) El ejercicio del control sobre las omisiones inconstitucionales persigue *-inter alia-* “recomponer” el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente.

Así, resulta innegable que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado.⁴³ Y tal principio de supremacía constitucional, además de requerir sustento normativo, *exige sustento conductista*, es decir, *el comportamiento* de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, *así como de castigar las infracciones a tal supremacía*,⁴⁴ las que pueden provocarse por acción u omisión.

En tal línea de ideas, adquiere suma importancia la habilitación de adecuadas vías procesales para que el afectado por las omisiones inconstitucionales tenga allanado el acceso a la justicia, en orden a perseguir la descalificación de la conducta omisiva y lesiva- “desplegada” por los órganos encargados del cumplimiento positivo del mandato constitucional. Obviamente, la cuestión encarga un *plus* axiológico si involucra derechos fundamentales, pues -como ha señalado Mortati- la discrecionalidad del legislador debe ceder frente a prescripciones constitucionales que le impongan la obligación de proveer a la tutela de tales derechos, lo que no excluye la determinación de cómo cumplirlas, de tal forma que de la elección del modo considerado como el más adecuado para satisfacerlos no se derive la reducción del contenido mínimo necesario para no tornar puramente ilusoria la satisfacción del interés protegido.⁴⁵

Vemos allí la legítima probabilidad de que actúe la judicatura declarando que la omisión es inconstitucional, en tanto *discrecionalidad* no es sinónimo de *arbitrariedad*, y dicha esfera decisiva del órgano legislativo no debe entenderse como “inmunidad para hacer, no hacer, o hacer de cualquier manera”⁴⁶ aquello que la Constitución le impone.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 12-13.

⁴² MODUGNO, Franco: “Corte Costituzionale e potere legislativo”, en AA. VV., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, 1982, p. 48; aludido por Markus González Beilfuss: *ob. cit.*, p. 15.

⁴³ Autor y *ob. cit.* en nota 10.

⁴⁴ Autor y *ob. cit.* en nota 6.

⁴⁵ MORTATI, Costantino: “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Milán: Giuffrè, 1972, p. 992.

⁴⁶ Gráfica expresión de Bidart Campos, quien la completa afirmando: “Verificar que lo que hace, lo que deja de hacer, el fin y el medio por los que opta, y el modo como actúa o como se inhibe están de acuerdo con la Constitución, no es sujetarlo a una fiscalización lesiva de su zona competencial y de su capacidad de criterio y decisión. Es otra cosa: es plasmar la exigencia de asegurar y efectivizar la fuerza normativa de la Constitución allí donde el órgano controlado no le dio aplicabilidad operatoria, o se la dio inconstitucionalmente” (Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires: Ediar, 1995, pp. 167-168).

D) La violación de la Constitución por omisión no debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente deje de instrumentar los remedios procesales para atacar a la inconstitucionalidad omisiva; caso contrario, el antídoto contra ese tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador; portanto, es al Poder Judicial o al Tribunal Constitucional -según sea el caso a los que corresponderá diseñar tales vías procesales si el legislador común no lo hace.⁴⁷

Consistente con ello, el magistrado judicial deberá *-inter alia-*: pugnar por que se resguarde en el caso concreto el contenido mínimo de un derecho dispensado por la Constitución y no desarrollado normativamente; efectuar recomendaciones al legislador; emitir sentencias aditivas si el órgano legisferante ha incurrido en omisión inconstitucional relativa o parcial, provocando una desigualdad verificable al conceder a unos lo que -en igualdad de circunstancias- de traen a otros. En todo caso, se impone la delineación de herramientas procesales (ya propias del modelo *unilateral*, ya del *bilateral o multilateral*) adecuadas a las pautas fisonómicas del sistema jurídico de que se trate, pero siempre haciendo gala, desde la jurisdicción (ordinaria o constitucional), de una interpretación dinámica y evolutiva del texto y el espíritu constitucionales.

Obviamente, no por ello favoreceremos que el juez se filtre *invasivamente* en órbitas regidas por el margen de discrecionalidad política del legislador (o, como la denomina el Tribunal Constitucional alemán: *libertad de configuración* del legislador); sin embargo, y en todo caso, tampoco resulta lícito (y, sobre todo, legítimo) que se obture la actuación judicial si el órgano legisferante margina arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia Ley Fundamental o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros en igualdad de circunstancias.

En otras palabras, y como se ha dicho, la articulación de un sistema eficiente de protección de la Constitución ante las omisiones legislativas, que a la vez sea respetuoso del reparto constitucional de las funciones públicas y del principio democrático, exige de los jueces (y magistrados constitucionales) firmeza en el aseguramiento de la fuerza normativa de la Constitución, así como conciencia de los límites de sus poderes y una prudente aplicación de éstos.⁴⁸

En tales menesteres, es dable esperar que el órgano judicial o constitucional competente encargado de preservar la supremacía de la Constitución asuma un *activismo prudente* para corregir las omisiones inconstitucionales.

Un buen comienzo sería que aquél intentara armonizar las diversas pautas en juego: normatividad y supremacía de la Constitución; importancia axiológica del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión genera; margen de acción (o de inacción) del legislador; y ejercicio del control de constitucionalidad por todos los jueces (en la hipótesis de contralor jurisdiccional difuso) o por el Tribunal Constitucional (en el supuesto del modelo concentrado), lo que requerirían cada caso puntual un ejercicio de ponderación (sin preterir cierta tarea subsuntiva) para mantener una armónica coexistencia de las diversas variables convergentes en la cuestión.

E) Como parte sustancial del mensaje subyacente en este trabajo milita una premisa que en reiteradas ocasiones se declama desde el registro discursivo y en no pocas ocasiones incumple en el plano de la realidad, pero que -creemos- debe defenderse, reivindicarse e intentar que alcance encarnadura en la dimensión fáctica: *la Constitución no es poesía o mera retórica, sino, por el contrario, contenido normativo con vocación de operatividad.*

⁴⁷ SAGÜÉS, Néstor P.: “Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.): *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D. F., 12 al 15 de febrero de 2002), México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 619.

⁴⁸ CASAL H. Jesús M.: *ob.cit.*, p. 186

Y aunque no pueda dejar de reconocerse que explorar la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión supone internarse en espacios *incómodos* del control de constitucionalidad, pues conecta con intrincados problemas como los de la *eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales* y toca puntos hipersensibles al procurar corregir inercias de las autoridades competentes que pueden sentirse *acosadas o invadidas* en ámbitos que creen de su exclusiva discrecionalidad o *limitadas antidemocráticamente*,⁴⁹ el esfuerzo bien vale la pena.

Es que, justamente, el control sobre las omisiones inconstitucionales supone un mecanismo no desdeñable para sumar en el intento de: *coadyuvar* al acercamiento de los extremos de la brecha abierta entre el exceso normológico y la inconsistencia pragmática a la que a veces se somete a la Ley Fundamental; *plasmar* sin retaceos la voluntad del constituyente; *acortar* el camino entre la Constitución y sus destinatarios; *generar* un sentimiento constitucional que permita a éstos identificarse con los preceptos de la Norma Básica, su carga ideológica y su textura axiológica, al comprobar que las disposiciones de aquella son cumplidas y cumplibles; y, finalmente, *vivenciar* que la Constitución *es para todos* y el derecho no es sino un *instrumento de justicia*.

⁴⁹ Para ampliar sobre el punto, véase BAZÁN, Víctor: “Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, No. 6, julio-diciembre 2005, San Pablo: Escola Superior de Direito Constitucional, en prensa.

*Democracias actuales y falseamiento del Estado de derecho. El caso de Venezuela**

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela.

Director de la Revista.

Resumen: *Este artículo comenta la trágica situación del Estado en Venezuela, que en los últimos veinte años ha terminado siendo un supuesto "Estados de derecho" nominal, pues la declaración de la Constitución de 1999 de que es "Estados democráticos y sociales de derecho" y aún "de justicia" no tiene vigencia alguna. Así, utilizándose inicialmente instituciones democráticas, el Estado en Venezuela ha pasado a formar parte de un nuevo "modelo" de Estados de derecho de mentira, falsos y fraudulentos, resultado precisamente de su falseamiento, y de la degradación o degeneración de las democracias, que han quedado convertidas en pseudo democracias, o en democracias aparentes, falsas o engañosas.*

Palabras Clave: *Estado de derecho; Democracia; Autocracias.*

Abstract: *Is article comments on the tragic situation of the State in Venezuela, which in the last twenty years has ended up being a nominal "Rule of Law State", since the declaration of the 1999 Constitution that it is "democratic and social rule of law State" and even "of justice" has no validity whatsoever. Thus, initially using democratic institutions, the State in Venezuela has become part of a new "model" of false, false and fraudulent states based on the rule of law, the result precisely of their falsification, and of the degradation or degeneration of democracies, which have been converted into pseudo-democracies, or into apparent, false or deceitful democracies.*

Key words: *Rule of law; Democracy; Autocracy.*

SUMARIO

- I. EL FALSEAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO Y EL SURGIMIENTO DE LAS KASTOCRACIAS
- II. EL FALSEAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA POPULAR; LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y LA USURPACIÓN DE LA SOBERANÍA POPULAR
- III. EL VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE DEMOCRATIZACIÓN; LA DESDEMOCRATIZACIÓN Y LA BÚSQUEDA DE ELIMINACIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA
- IV. EL VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES: LA CONCENTRACIÓN DEL PODER
- V. VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DEL ESTADO DE JUSTICIA, DE LEGALIDAD Y JURIDICIDAD: LA DESLEGALIZACIÓN O DESJUDICIALIZACIÓN GENERALIZADA
- VI. EL VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DESHUMANIZACIÓN DEL ESTADO

* Texto preparado como la Conferencia Inaugural de la *1^{era} Jornada Constitucional Ulises Francisco Espaillat*, organizada por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, y la Pontificia Universidad Madre y Maestra, Sección Santiago, Santiago de los Caballeros, 12 de octubre de 2023.

- VI. EL VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DESHUMANIZACIÓN DEL ESTADO
 - VIII. EL PRINCIPIO DEL GOBIERNO CIVIL Y SU FALSEAMIENTO CON LA AVASALLANTE MILITARIZACIÓN DEL PAÍS AL MARGEN DE LA AUTORIDAD CIVIL
- APRECIACIÓN FINAL

I. EL FALSEAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO Y EL SURGIMIENTO DE LAS KAKISTOCRACIAS

En el mundo contemporáneo, ante nuestros ojos y utilizando inicialmente instituciones democráticas, han aparecido como una innovación histórica, nuevos “modelos” de Estado de derecho de mentira, falsos y fraudulentos, resultado precisamente de su falseamiento,¹ degradado o degenerado las democracias, convirtiéndolas en pseudo democracias, o en democracias aparentes, falsas o engañosas, como ha ocurrido en muchos de nuestros países latinoamericanos. Es el caso de Venezuela, donde el régimen que se instaló en el mismo hace ya más de veinte años insiste en seguir un modelo autocrático ultra caduco como es el cubano, ahora repetido en Nicaragua, falseando todo.

Se trata de por supuesto de “Estados de derecho” nominales que incluso tienen una Constitución que los declara formalmente como “Estados democráticos y sociales de derecho” y aún “de justicia,” pero con una Constitución de plastilina que se cambia, modula y moldea libremente por los órganos del Estado, la cual, por tanto, no se respeta, ni se cumple.

En algunos casos, incluso, se trata de Constituciones que fueron producto de una Asamblea Nacional Constituyente, utilizada como mecanismo democrático, pero no para recomponer un sistema político en democracia, con base por ejemplo, en algún gran acuerdo político nacional como ocurrió en Colombia en 1991, y como ha estado ocurriendo en Chile, con los plebiscitos efectuados, la Convención Constitucional y ahora la Comisión Constitucional producto de consensos; sino para asegurarle a un grupo político específico tomar por asalto el poder para perpetuarse en el mismo, como expresión de populismo constitucional.²

Y así, desde el poder, resultaron gobernantes que no solo no han respetado la supremacía de la Constitución, pues en todos estos países hicieron o han hecho de la Constitución un texto de “papel mojado” que se manipula y muta libremente; sino que no han respetado la separación de poderes y, al contrario, han establecido un sistema de concentración total del poder, donde no hay control ni independencia alguna, de ningún tipo entre ellos.

¹ Véase en general sobre ello BREWER-CARÍAS, Allan R., “El falseamiento del Estado de derecho (El caso de Venezuela),” en el libro de Allan R. Brewer-Carías y Humberto Romero Muci (Coordinadores), *El falseamiento del Estado de Derecho*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, World Jurist Foundation, Editorial Jurídica Venezolana, 2021 pp. 31-102

² Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “El populismo constitucional y el “nuevo constitucionalismo.” O de cómo se destruye una democracia desde dentro,” en el libro de Juan Carlos Cassagne y Allan R. Brewer-Carías, *Estado Populista y Populismo Constitucional*, Ediciones Olejnik, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 121 ss.

Y lo más grave es que en ese proceso, quienes gobiernan, desde el inicio, han asaltado específicamente el Poder Judicial y lo han convertido en el principal instrumento del autoritarismo, con Jueces Constitucionales que nada controlan en materia de control de constitucionalidad, sino que más bien avala las inconstitucionalidades del gobierno.³

Gobiernos que no garantizan el acceso al poder conforme a las reglas del Estado de Derecho, pues el órgano electoral es utilizado a mansalva a favor los mismos; el registro electoral es manipulado, con el resultado de que en esa forma, no hay ni puede haber elecciones limpias, ni justas ni confiables. Sistemas en los cuales se inhabilita y se encarcela a los candidatos opositores como ha sucedido recientemente en Nicaragua y Venezuela; donde como también ocurrió en Venezuela en 2015, se suspendió por vía judicial, *sine die*, la proclamación de candidatos electos de la oposición para quitarle la mayoría calificada a la oposición; o como ocurrió en 2021, cuando sin cortapisas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo secuestró a todos los partidos políticos de oposición nombrando en sus sentencias nuevas autoridades partidistas, todas vinculadas al gobierno. Así, las elecciones efectuadas, en general, han resultado ser fraudulentas; lo más parecido a las supuestas elecciones cubanas donde solo se eligen los escogidos por el régimen.

Se trata, por supuesto, de regímenes donde no hay respeto a los derechos humanos, bastando solo mencionar los Informes recientes de los Comisionados de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre el caso de Venezuela, donde incluso se ha denunciado la comisión de crímenes de lesa humanidad que motivaron el inicio formal de una investigación por parte de la Corte Penal Internacional; investigación que ha sido renovada recientemente como lo ha anunciado el Fiscal de la misma en la propia sede del gobierno de Venezuela, en el cual se involucra a toda la cadena de mando que va desde el Presidente de la República hacia abajo.

Sistemas en fin, en los cuales se atenta contra la libertad de expresión y se confiscan y controlan todos los medios de comunicación; sistemas en los cuales se desaparece e incomunica a personas, se las tortura y donde, incluso, a los defensores de derechos humanos se los acusa de terroristas o de traidores a la patria, como tantas veces ha ocurrido en Venezuela en los últimos años, apresándose incluso a quienes defienden derechos humanos, acusados por ello, de instigar al odio; cuando el odio ha sido, precisamente, la forma más burda de violencia institucional utilizada por el régimen.

En definitiva, se trata de sistemas donde se ha destruido a la democracia representativa, eliminando la representatividad política, con base de una supuesta y falaz “democracia participativa” que de participación no tiene nada, porque participar en política, aparte de realizarlo mediante el voto, solo es posible en sistemas de gobierno políticamente descentralizados. Recordemos: No hay, ni ha habido, ni puede haber democracias centralizadas y centralistas que estén basadas en la concentración del poder.

Y agregado a la destrucción de la democracia, la agravación de la desigualdad social, al haberse destruido el aparato productivo del país, convirtiéndose a la población del que fue el país más próspero de nuestra América Latina en una masa dependiente de las migajas que reciben de subsidios cada vez más empobrecidos del gobierno, con el agravante de haber provocado en los últimos lustros la más grande migración de población que ha ocurrido en toda la historia de Occidente.

³ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., *La demolición de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, ISBN 978-1-63821-550-9 Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021; “Dismantling the Rule of Law by politically controlling the Judiciary and in Venezuela and its harmful projection on the Inter-American judicial system for the protection of human rights,” *European Review of Public Law/Revue Européenne de Droit Public*, vol. 33, no 3, autumn/automne 2021 pp. 877-918.

Ese es el “nuevo” Estado de Derecho fraudulento, producto del llamado “nuevo constitucionalismo” que se sembró en América Latina, y que debemos tener en cuenta cuando analizamos el Estado de Derecho, pues no es una mera “narrativa,” como al referirse al actual régimen de Venezuela lo consideró un Presidente de uno de los países del Continente.⁴ No es una narrativa o el producto de *fake news*, ni es consecuencia de sanciones internacionales que se hayan impuesto a los nefastos gobernantes que hemos sufrido.

No. Lo que ocurre es de verdad, y es lo más parecido a lo que el gran jurista Piero Calamandrei escribió en un libro póstumo que tiene por título “*Il fascismo come regime de la menzogna*” publicado en 2014,⁵ en el cual se refirió al régimen de la mentira, que es lo que son todos estos nuevos regímenes populistas autoritarios, de falsos Estados de derecho y falsas democracias.

Dijo Calamandrei en ese libro, refiriéndose al fascismo, que el mismo “fue algo más profundo, más complicado, que una oscura ilegalidad: hubo -dijo - la simulación de la ilegalidad, la estafa a la legalidad organizada legalmente.” Por ello, “a la lista de todas las clasificaciones tradicionales de las formas de gobierno,” dijo Calamandrei que habría que agregar:

“una palabra nueva que pudiera significar esta novísima clase de régimen: el gobierno de la indisciplina autoritaria, de la legalidad falsificada, de la ilegitimidad legalizada, del fraude constitucional.”⁶

Eso mismo es, precisamente, ese “nuevo” Estado de derecho falso, falseado y fraudulento que ha hecho aparición en nuestra América Latina en estos comienzos del siglo XXI, a luz de todo el mundo democrático, desmantelando todos los principios del Estado de

⁴ Véase sobre las declaraciones del Presidente Lula da Silva de Brazil, y las respuestas de los Presidentes de Chile (Boric) y Uruguay (Lacalle) en “No es una construcción narrativa, es la realidad”: las críticas de los presidentes de Chile y Uruguay a Lula por sus palabras sobre Venezuela,” en *BBC News*, 31 mayo 2023, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-65762357>

⁵ ROMA, Bari GLF Editori Leterza, 2012. Publicado en castellano como CALAMANDREI, Piero, *El fascismo como régimen de la mentira* (traducción Rachele Facchi), Editorial Tirant humanidades, Valencia 2019.

⁶ *Idem.* p. 40. De lo anterior concluía Calamandrei, con razón, que lo que caracterizó al fascismo, fue la doblez, siendo el común denominador, tal y como también ocurre en Venezuela, la utilización de la mentira y de la falsedad, lo que - decía - resulta “de la mezcla de dos ordenamientos judiciales uno dentro de otro: el oficial, que se manifiesta en las leyes; el extraoficial, que se concreta en una práctica política contraria, por sistema, a las leyes.” Y a dicha duplicidad de ordenamiento, - agregó - “le corresponde una doble estratificación de órganos: la burocracia de Estado y una burocracia de partido, las dos pagadas por los mismos contribuyentes y unificadas en la cumbre por quien es simultáneamente el gestor de las dos: el “jefe del gobierno” y al mismo tiempo el “caudillo del fascismo.” Pero entre la burocracia de la ilegalidad y la de la legalidad no hay antítesis, al contrario, existe una oculta alianza y una clase de recíproca colaboración al punto que, para comprender claramente qué es el régimen no hay que pedir explicaciones a una sola de ellas, sino hay que buscar la respuesta en el punto de intersección, a medio camino entre la legalidad y la ilegalidad.” *Idem.* pp. 40-41. Al leer estas reflexiones de Calamandrei, surge claramente la convicción de que lo que tenemos es un régimen caracterizado por la mentira, el engaño, la falsedad y el fraude asumidos como sistema y aplicado como política de Estado. Véase también las referencias al escrito de Calamandrei en Brewer-Carías, Allan R. *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015* (Prólogo de Manuel Rachadell), Colección Estudios Políticos, No. 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

derecho, comenzando por el falseamiento de la Constitución reflejado en la degradación de los principios mínimos esenciales que debe tener todo Estado de derecho.⁷

Recordemos, esos principios son los siguientes:

En *primer lugar*, el *principio de la constitucionalismo*, es decir, de la propia existencia de una Constitución como carta política escrita, emanación de la soberanía popular, de carácter rígida y permanente, contentiva de normas de rango superior, inmutable en ciertos aspectos y que no sólo organiza al Estado, es decir, no sólo tiene una parte orgánica, sino que también tiene una parte dogmática donde se declaran los valores fundamentales de la sociedad y los derechos y garantías de los ciudadanos.

En *segundo lugar*, el *principio de la democratización*, basado en el principio de la soberanía popular, que surgió en el constitucionalismo moderno cuando la soberanía se trasladó de un Monarca al pueblo y a la Nación, siendo en consecuencia las Constituciones producto del ejercicio de dicha soberanía popular. De ello deriva el principio de la representación, de la esencia de la democracia, cuyo ejercicio por el pueblo se realiza básicamente en forma indirecta, mediante representantes electos por sufragio universal, directo y secreto, independientemente de los mecanismos de ejercicio directo de la democracia, como los referendos, que puedan establecerse.

En *tercer lugar*, el *principio de la separación de poderes*, es decir, de su *desconcentración en la organización del Estado* con el objeto de limitar y controlar su ejercicio para garantizar la libertad de los ciudadanos. Del mismo deriva la necesidad de que los diversos poderes estén en mano de órganos independientes y autónomos que se deben controlar entre sí, en particular, por parte del poder judicial. Este principio de la desconcentración está, por tanto, esencialmente unido al principio de la separación de poderes que es de la propia esencia del Estado de derecho, para evitar los posibles abusos de una rama del poder en relación con los otros.

En *cuarto lugar*, el *principio de la juridificación y de la legalidad*, que exige de todos los órganos del Estado y, en particular de aquellos que actúan en representación del pueblo, la obligación de sujetarse a la Constitución, a la ley y a las demás fuentes de ordenamiento jurídico, estando siempre todos los actos de los órganos del Estado sometidos a control, en particular, por parte de órganos judiciales autónomo e independiente dentro de la organización del propio Estado, con la potestad incluso para anular los actos de los órganos del Estado que sean inconstitucionalidad o ilegales.

En *quinto lugar*, el *principio de la humanización*, con reconocimiento y declaración formal de la existencia de derechos naturales del hombre y de los ciudadanos, con rango constitucional y de la primacía de la dignidad humana, por tanto, que deben ser garantizados y respetados por el Estado, constituyéndose la libertad y los derechos en el freno al Estado y sus poderes.

En *sexto lugar*, el *principio de la descentralización política en la organización del Estado, para asegurar la participación política* de los ciudadanos en el ejercicio del poder, al acercarlo a todos mediante la creación de entidades políticas territoriales regionales y locales, desparramadas en el territorio del Estado, gobernadas por representantes también electos mediante sufragio universal directo y secreto; principio que es el origen del federalismo, de los regionalismos políticos y, en todo caso, del municipalismo.

⁷ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. *Principios del Estado de derecho. Aproximación histórica*, Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de derecho y derechos humanos, Miami Dade College, Programa Goberna Las Américas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Miami-Caracas, 2016.

En *séptimo lugar*, como corolario de todos los principios anteriores, el *principio de gobierno civil*, que implica la subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil, estando aquella encargada única y exclusivamente de la defensa de la Nación, del territorio y de los principios y valores establecidos y garantizados en la Constitución.

En el aseguramiento de todos estos principios, que conforman la Constitución Política, está el sustento de un Estado democrático de derecho, todos los cuales, por la insurgencia progresiva de regímenes autoritarios basados en la mentira y la ilegalidad regularizada, han sido machacados inmisericordemente como por ejemplo ha ocurrido en Venezuela⁸, donde el Estado social del cual habla la Constitución no pasó de ser una vana ilusión propagandista, habiendo solo adquirido la deformada faz de un Estado populista;⁹ el régimen político democrático representativo y participativo, nunca se implementó; la estructuración de un Estado democrático de derecho y de justicia fundamentado en el principio de la separación de poderes, nunca se concretó; la consolidación de un Estado federal descentralizado, se abandonó,¹⁰ y los derechos y libertades públicas han sido materialmente despreciados.

Todo ello, produciendo la consecuencia trágica de que en lugar del desarrollo de un Estado democrático de derecho y de justicia descentralizado, montado sobre la base de los principios de constitucionalismo, desconcentración del poder, democratización, legalización, humanización, descentralización y participación y de gobierno civil, lo que hemos presenciado en Venezuela es un proceso sistemático de desconstitucionalización, de desdemocratización, de concentración del poder, de deslegalización, de deshumanización, de centralización y de ausencia de participación, y de militarización.

Y todo ello, habiendo producido una sustitución efectiva de la propia democracia como régimen político que es lo más parecido a una *kakistocracia*, en su sentido lingüístico literal, de “gobierno de los peores;”¹¹ término acuñado por Michelangelo Bovero en un trabajo de 1996 en el cual después de analizar la receta de Polibio sobre la “óptima república” expresó lo siguiente:

“Imaginémonos que pudieran verse reunidos en un solo régimen, no ya los caracteres eminentes de las constituciones mejores, sino los más despreciables de las peores, no ya las virtudes de las tres formas de gobierno rectas, sino los vicios de las correspondientes formas corruptas. El resultado sería un gobierno mixto exactamente opuesto al de la receta de Polibio: no la óptima república, sino la pésima república, peor, por la suma de los males, a cada uno de los regímenes corruptos simples, porque reuniría en sí las perversiones de todos ellos. Sería el peor gobierno en cuanto “gobierno de los peores” de las distintas especies, reunidos y

⁸ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010, 418 pp.; *Authoritarian Government v. The Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, 986 pp.; *The Collapse of the Rule of Law and the Struggle for Democracy in Venezuela. Lectures and Essays (2015-2020)*, Foreword: Asdrúbal Aguiar, Colección Anales, Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Miami Dade College, 2020, 618 pp.

⁹ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

¹⁰ Véase el estudio de la Constitución en cuanto a la regulación de este modelo de Estado Constitucional en BREWER-CARÍAS, Allan R. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, 2 tomos, Caracas 2004.

¹¹ *Kakistocracia* (del griego: kakistos (κάκιστος; *peor*; y κράτος; *gobierno*), es decir, gobierno dirigido por los peores, menos calificados o más inescrupulosos ciudadanos (Véase <https://www.google.com/search?q=kakistocracy>).

mezclados casi como ingredientes, no ya de una receta salvífica, sino de la fórmula venenosa de un maleficio. Si quisiéramos darle un nombre, propondría denominarlo *kakistocracia*: lo contrario de la aristocracia en el sentido más amplio y noble de “gobierno de los mejores.”¹²

En Venezuela, el falseamiento y la demolición de todas las bases del Estado de derecho y de la degradación de la democracia que ha quedado sustituida por una kakistocracia, puede resumirse a través de los siguientes procesos.

II. EL FALSEAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA POPULAR; LA DES-CONSTITUCIONALIZACIÓN Y LA USURPACIÓN DE LA SOBERANÍA POPULAR

Y comienzo con el proceso de desconstitucionalización del Estado que se inició en Venezuela en el mismo año 1999, cuando sancionó la propia Constitución producto de una Asamblea Nacional Constituyente mal conformada y peor estructurada.¹³ Fue convocada violándose lo que establecía la Constitución de 1961, sirviendo para el asalto al poder y el avasallamiento de los poderes constituidos, por el mismo grupo de oficiales comandados por Hugo Chávez que siete años antes había intentado un golpe de Estado contra el Presidente Carlos Andrés Pérez.

Con esa experiencia venezolana se inició en América Latina el llamado “nuevo constitucionalismo,”¹⁴ que luego se extendió hacia Ecuador y Bolivia, producto del populismo constitucional pretendiendo justificar que la supremacía constitucional debe ceder cuando supuestamente se convoca al pueblo soberano, así sea en forma inconstitucional.¹⁵

El resultado de esa deformación fue la aprobación por dicha Asamblea Constituyente completamente controlada por Chávez y sus seguidores, de una Constitución Política que como lo expresé en diciembre de 1999, al abogar por su no aprobación en el referendo respectivo, expresando que la misma:

“cuando se analiza globalmente, [...] pone en evidencia un esquema institucional para el autoritarismo, que deriva de la *combinación del centralismo de Estado, del presidencialismo exacerbado, de la partidocracia y del militarismo* que constituyen los elementos centrales diseñados para la organización del Poder del Estado.”¹⁶

Lamentablemente lo que entonces vaticiné se cumplió a cabalidad comenzando el proceso de la violación descarada de la Constitución, a los pocos días de ser aprobada (15-12-

¹² Véase BOVERO, Michelangelo. “La ricetta di Polibio e il suo “rovescio”. Ovvero: kakistocracia, la pésima repubblica,” en *Teoría Política*, Ni. 1, 1966, pp. 7-8. Véase las referencias en Ermanno Vitale, “Democracia, *kakistocracia*, *pleonocracia*. BOVERO, Michelangelo y *Teoría Política*,” María Guadalupe Salmorán Villar (Coordinadora), *Poder, democracia y derechos. Una discusión con Michelangelo Bovero*, Universidad Nacional Autónoma de México, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5703-poder-democracia-y-derechos-una-discusion-con-michelangelo-bovero>

¹³ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad nacional Autónoma de México, México 2002.

¹⁴ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “*El “nuevo constitucionalismo latinoamericano” y la destrucción del Estado democrático por el Juez Constitucional. El Caso de Venezuela*, Colección Biblioteca de Derecho Constitucional, Ediciones Olejnik, Madrid, Buenos Aires, 2018, 294 pp.

¹⁵ Véase CASSAGNE, Juan Carlos y BREWER-CARÍAS, Allan R. *Estado populista y populismo constitucional. Dos estudios*, Ediciones Olejnik, Santiago, Buenos Aires, Madrid 2020, 330 pp.

¹⁶ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “Razones del voto NO en el referendo aprobatorio de la Constitución,” en *Debate Constituyente (Labor en la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

1999) y antes de que se publicara (30-12-1999), mediante la sanción por la propia Asamblea Constituyente de un “Régimen Transitorio” (22-12-1999)¹⁷ no aprobado por el pueblo que fue en la práctica una “constitución” paralela que contrariaba a lo que se prometía en el texto aprobado, para asegurar que no se pudiera cumplir.

Con ese régimen constitucional transitorio, que entonces calificué como un “golpe de Estado constituyente,”¹⁸ la Asamblea Constituyente sustituyó a todos los Poderes Públicos constituidos del Estado y sus autoridades, designando a dedo a sus sustitutos sin cumplir con las exigencias que establecía la nueva Constitución, ni siquiera para los Magistrados del Tribunal Supremo que nombró, creando además una Comisión de Reorganización y Funcionamiento del Poder Judicial que destituyó los casi todos los jueces sin debido proceso.¹⁹ Todo lo cual fue avalado por la irregularmente nombrada sala Constitucional del Tribunal Supremo que llegó a decidir “en su propia causa,”²⁰ que la nueva Constitución no se le aplicaba a ellos mismos, considerando que los actos de la Asamblea Constituyente tenía rango “supraconstitucional,” y no estaban sujetas ni a nueva ni a la vieja Constitución.

Con ello, y el llamado “nuevo constitucionalismo,” se intervino y sometió inmisericorde al Poder Judicial a control político, iniciándose la destrucción de las bases del Estado de derecho;²¹ nada menos que conducido, desde 2000, por el Juez Constitucional, quien comenzó a decidir olvidando que la soberanía reside “intransferiblemente” en el pueblo, y que por ello, nadie puede asumirla, ni siquiera una Asamblea Constituyente como ocurrió en 1999,²²

¹⁷ Después de aprobada por el pueblo la Constitución (15 diciembre 1999), la Asamblea dictó el Régimen Constitucional Transitorio (22-diciembre 1999), habiéndose publicado ambo textos a la vez (30 diciembre 1999) Véase en *Gaceta Oficial* No. 36.859 de 29 de diciembre de 1999.

¹⁸ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002. A ello se sumaron diversas “modificaciones” o “reformas” al texto introducidas con ocasión de “correcciones de estilo” para su publicación lo que ocurrió el 30 de diciembre de 1999. Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “Comentarios sobre la ilegítima “Exposición de Motivos” de la Constitución de 1999 relativa al sistema de justicia constitucional”, en la *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, Enero-Junio 2000, Caracas 2000, pp. 47-59

¹⁹ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, 405 pp.; y *Golpe de Estado Constituyente, Estado Constitucional y Democracia*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VIII, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, 1018 pp.

²⁰ Véase sentencia N° 6 de fecha 27 de enero de 2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 81 ss.

²¹ Sobre la intervención del Poder Judicial véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, en *XXX Jornadas J. M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; “La Justicia sometida al poder y la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)”, en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, N° 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138; “Sobre la ausencia de carrera judicial en Venezuela: jueces provisorios y temporales y la irregular Jurisdicción Disciplinaria Judicial,” en *Revista de Derecho Funcionario*, Números 12-19, Mayo 2014 - Diciembre 2016, Edición especial, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2018, pp. 8-26.

²² Véase los comentarios críticos sobre esto en BREWER-CARÍAS, Allan R., *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 67 ss.

y 2017.²³ Por ello, al regularse la Constitución de 1999, se estableció que el pueblo como “depositario del poder constituyente originario” (art. 347) es el que puede convocar incluso una Asamblea Constituyente, para afectar disposiciones esenciales de la conformación del Estado. Lo que se violó en 2007, cuando Chávez “encubrió” su propuesta la transformación del Estado Constitucional en un Estado Comunal, utilizando el procedimiento de reforma constitucional y no de Asamblea Constituyente,²⁴ despropósito que a pesar de que el nuevo el Juez Constitucional se negó a controlar, fue el pueblo el que lo rechazó mediante referendo, Sin embargo.²⁵

Diez años después, en de mayo de 2017, se volvió a atentar contra la soberanía popular, esta vez mediante la inconstitucional convocatoria de otra Asamblea Nacional Constituyente, pero por decreto Ejecutivo,²⁶ en usurpación de la iniciativa popular buscando de nuevo constitucionalizar el Estado Comunal rechazado por el pueblo en 2007,²⁷ lo que de nuevo, el Juez Constitucional se negó a controlar,²⁸ resultando sin embargo la Asamblea Constituyente que entonces se eligió en ser un mecanismo fraudulento para quitarle a la Asamblea Nacional entonces controlada por la oposición su poder de legislar.²⁹

En esta forma, la Constitución en Venezuela, desde su sanción, perdió todo valor de norma suprema convirtiéndose en un conjunto normativo maleable por absolutamente todos

²³ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., *Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, No. 121, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2018, 654 pp.

²⁴ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., *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, No. 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, No. 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

²⁵ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional O de cómo la jurisdicción constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la ‘reforma constitucional’ sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor y César de Jesús Molina Suárez (Coordinadores), *El juez constitucional en el Siglo XXI*, Universidad nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2009, Tomo I, pp. 385-435.

²⁶ Véase *Gaceta Oficial* No. 6295 Extraordinario de 1 de mayo de 2017.

²⁷ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario”, en *Anuario de Derecho Público 2007*, Año 1, Instituto de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas 2008, pp. 17-65. Véase, además, lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, p. 64-66; y en *La Constitución de 1999 y la Enmienda constitucional No. 1 de 2009*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 299-300.

²⁸ Véase sentencia No. 378 de 31 de mayo de 2017. Véase los comentarios en BREWER-CARÍAS, Allan R., “El Juez Constitucional vs. El pueblo como poder constituyente originario. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia avaló la inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, arrebatándole al pueblo su derecho exclusivo a convocarla,” en BREWER-CARÍAS, Allan R. y Carlos García Soto (Coordinadores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Colección Estudios Jurídicos No. 119, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 481-494.

²⁹ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., *Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, No. 121, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2018.

los poderes públicos, cuyas normas, una vez abandonada su rigidez, han tenido en la práctica la vigencia y el alcance que dichos órganos han dispuesto mediante inconstitucionales leyes ordinarias y decretos leyes, que el Juez Constitucional se ha negado a juzgar y controlar, e incluso, para mayor tragedia, con la participación activa del mismo, mediante sentencias de interpretación constitucional todas hechas a la medida, o mediante mutaciones ilegítimas para “garantizar” que dichas actuaciones inconstitucionales no fueran controladas,³⁰ vaciándose la Constitución Política del principio del constitucionalismo y de la soberanía popular.

III. EL VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE DEMOCRATIZACIÓN; LA DESDEMOCRATIZACIÓN Y LA BÚSQUEDA DE ELIMINACIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Esa desconstitucionalización, ha estado acompañada de un proceso de desdemocratización del Estado, desarrollado como política de Estado, en desprecio del principio de la democracia representativa, propendiendo su sustitución por una llamada democracia “participativa.”

El principio democrático representativo, en efecto, es uno de los principios cardinales reconocidos en la Constitución de 1999 (art. 5) a pesar de que el término “representativo” en relación con el gobierno (art. 6) que siempre estuvo incorporado en las Constituciones anteriores, haya sido sustituido por la palabra “electivo.”³¹

Sin embargo, en relación con el ejercicio de la soberanía por el pueblo, la Constitución se refiere al ejercicio indirecto de ella, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el poder público, conforme al principio de la representatividad,³² que además, es un derecho

³⁰ Véase sobre la mutación constitucional por la sala Constitucional véase: BREWER-CARÍAS, Allan R., “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en *IUSTEL, Revista General de Derecho Administrativo*, No. 21, junio 2009, Madrid, ISSN-1696-9650

³¹ Véase en BREWER-CARÍAS, Allan R., *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999*, Tomo I, pp. 184 ss. Véase sobre la soberanía y la democracia representativa, BREWER-CARÍAS, Allan R., “El principio de la soberanía popular, el republicanismo y el gobierno democrático representativo”, en Allan R. Brewer-Carías y José Araujo Juárez (Coordinadores), *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional 2020, pp. pp. 15-39; Pedro L. Bracho Grand y Miriam Álvarez de Bozo, “Democracia representativa en la Constitución Nacional de 1999”, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 235-254; y Ricardo Combellas, “Representación vs. Participación en la Constitución Bolivariana. Análisis de un falso dilema”, en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de noviembre de 2001)*, Volumen II, pp. 383-402.

³² Las críticas a la democracia representativa deben ser para perfeccionarla, no para eliminarla y menos para sustituirla por la llamada “democracia participativa.” Véase, por ejemplo, BREWER-CARÍAS, Allan R., “Sobre los elementos de la democracia como régimen político: representación y control del poder,” en *Revista Jurídica Digital IUREced*, Edición 01, Trimestre 1, 2010-2011, en <http://www.megaupload.com/?d=ZN9Y2W1R>; “La necesaria revalorización de la democracia representativa ante los peligros del discurso autoritario sobre una supuesta “democracia participativa” sin representación,” en *Derecho Electoral de Latinoamérica. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Bogotá, 31 agosto -1 septiembre 2011, Consejo Superior de la Judicatura, ISBN 978-958-8331-93-5, Bogotá 2013, pp. 457-482; “Participación y representatividad democrática en el gobierno municipal,” en la Revista *Ita Ius Esto, Revista de Estudiantes* (<http://www.itaiusesto.com/>), In *Memoriam Adolfo Céspedes Zavaleta*, Lima 2011, pp. 11-36; en <http://www.itaiusesto.com/participacion-y-representacion-democratica-en-el-gobierno-municipal/>

ciudadano, implicando que los representantes que gobiernan siempre tienen que tener su origen en elecciones populares realizadas mediante sufragio universal, directo y secreto (art. 63, 70, 136).³³

Esa es la esencia de la democracia representativa que no puede sustituirse por una supuesta “democracia participativa” que ha sido difundida precisamente en el discurso autoritario, eliminando la representatividad a través de instancias del llamado Poder Comunal y los Consejos Comunales controladas desde el Poder Central,³⁴ para hacerle creer al ciudadano que “participa,” cuando lo que ocurre es que se lo somete y controla, confundiendo indebidamente, pero deliberadamente, la democracia participativa con elementos que son más bien de democracia directa,³⁵ eliminando la descentralización del poder, impidiendo la propia participación política ciudadana, y eliminando el sufragio universal, directo y secreto por ejemplo, para designación de autoridades municipales (2017) y para la elección de diputados en representación de las comunidades indígenas (2020).³⁶

³³ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la constitución y del derecho a la democracia,” en Sergio J. Cuarema Terán y Rafael Luciano Pichardo (Directores), *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Managua 2011, pp. 73-94.

³⁴ Estas instituciones fueron rechazadas por el pueblo en el referendo de la reforma constitucional de 2007, pero se establecieron inconstitucionalmente mediante la Ley los Consejos Comunales sancionada en 2006 (véase en *Gaceta Oficial* N° 5.806 Extra. de 10-04-2006. Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en AIDA, *Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Coordinación de Postgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo “Agustín Gordillo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2007, pp. 49 a 67) y luego, en 2010, en las Leyes Orgánicas del Poder Popular y de las Comunas (véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21 de diciembre de 2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1330 de 17 de diciembre de 2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-171210-2010-10-1436.html>. Véase en general sobre estas leyes, Allan R. Brewer-Carías, Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilancia, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal)*, Colección Textos Legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011; Allan R. Brewer-Carías, “La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela,” en *Revista de Derecho Público*, N° 124, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 81-101), y además, con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (véase en *Gaceta Oficial* N° 6.015 Extra. de 28 de diciembre de 2010).

³⁵ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “La democracia representativa y la falacia de la llamada “democracia participativa, sin representación,” en Jorge Fernández Ruiz (Coordinador), *Estudios de Derecho Electoral. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho, Facultad de Estudios Superiores Aragón, Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León, México 2011, pp. 25 a 36. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La necesaria revalorización de la democracia representativa ante los peligros del discurso autoritario sobre una supuesta “democracia participativa” sin representación,” en *Derecho Electoral de Latinoamérica. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Bogotá, 31 agosto-1 septiembre 2011, Consejo Superior de la Judicatura, ISBN 978-958-8331-93-5, Bogotá 2013, pp. 457-482. Véase, además, el libro Allan R. Brewer-Carías, *sobre la democracia*, (con Prólogo de Mariela Morales Antoniazzi). Editorial Jurídica Venezolana, New York / Caracas 2019, 576 pp.

³⁶ En ese nuevo esquema los “voceros” de los Consejos Comunales, sin autonomía política, son designados a mano alzada “en nombre del pueblo,” por asambleas controladas por el partido oficial y por el Ejecutivo Nacional.

A pesar de que todas las leyes relativas al Poder Comunal fueron impugnadas, la Sala Constitucional ignoró los recursos excepto uno,³⁷ en el cual desconoció el principio de la democracia representativa, y el principio de que la designación de autoridades en representación del pueblo solo puede realizarse en mediante elección por sufragio universal, directo y secreto, y no mediante mecanismos de votos en asambleas “de ciudadanos” controladas a mano alzada.

De todo esto, la primera víctima del Juez Constitucional en Venezuela ha sido el principio democrático representativo,³⁸ sucesivamente lesionado además, por el mismo Juez, al haber afectado la esencia de la representación proporcional (2006); al haber avalando las inconstitucionales inhabilitaciones políticas que afectaron el derecho de ex funcionarios públicos a ser electos (2008, 2011); arrebatándole a una diputada en ejercicio el poder continuar ejerciendo su mandato, revocándose inconstitucionalmente (2014); revocando ilegítima e inconstitucionalmente el mandato popular a varios Alcaldes, usurpando las competencias de la Jurisdicción Penal (2014); demoliendo el principio del gobierno democrático electivo y representativo, al imponerle a los venezolanos un gobierno sin legitimidad democrática en 2013, sin determinar en aquél momento con certeza, el estado de salud del Presidente Hugo Chávez Frías, o si estaba vivo; y eliminando el carácter alternativo del gobierno permitiendo la reelección indefinida (2009).³⁹

IV. EL VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES: LA CONCENTRACIÓN DEL PODER

Luego de la demolición del principio del constitucionalismo, el desprecio a la soberanía popular y el abandono del principio democrático representativo, en el caso venezolano lo siguió el vaciamiento del primer y fundamental pilar de cualquier Estado de derecho, que es el de la separación e independencia de los poderes públicos y del control recíproco entre los mismos, es decir, el de la desconcentración del poder, sin el cual el control simplemente no existe, particularmente por una Justicia autónoma e independiente.⁴⁰

³⁷ Excepto el referido a la reforma de la Ley Orgánica del Poder Municipal de 2010, el cual fue decidido por sentencia No. 355 de 16 de mayo de 2017. Véase Caso: *impugnación de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*. Véase en <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/199013-355-16517-2017-11-0120.HTML>. Véase los comentarios a esta sentencia en Emilio J. Urbina Mendoza, “Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario,” y José Ignacio Hernández G., “Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas sobre la sentencia N° 355/2017 de 16 de mayo,” en *Revista de Derecho Público*, N° 150-151 (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 107-116 y 349-352.

³⁸ En este punto seguimos lo expuesto en BREWER-CARÍAS, Allan R., “El Juez Constitucional en Venezuela y la destrucción del principio democrático representativo,” en *Revista de Derecho Público*, No. 155-156, julio-diciembre de 2018, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2018, pp. 7-44.

³⁹ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “La democracia y su desmantelamiento usando la justicia constitucional: Peligros del autoritarismo,” O de cómo, en Venezuela, el Juez Constitucional demolió los principios de la democracia representativa, de la democracia participativa y del control del poder), preparado para la conferencia del autor sobre “Democracia y Justicia Constitucional: Peligros del Autoritarismo,” en *Elecciones y democracia en América latina: El desafío autoritario - populista (Coloquio Iberoamericano, Heidelberg, septiembre 2019, homenaje a Dieter Nohlen)*, (Editor: Allan R. Brewer-Carías), Colección Biblioteca Allan R. Brewer-carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés bello, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2020, pp. 98-117.

⁴⁰ Véase sobre el tema TARRE BRICENÓ, Gustavo. *Solo el poder detiene al poder, La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos N° 102,

En los últimos veinte años, este principio en Venezuela no ha sido sino otra máscara con la cual lo que se ha establecido, encubierto por un disfraz, un Estado Totalitario, de concentración y centralización total del poder, donde por supuesto ninguno de los elementos esenciales y de los componentes fundamentales de la democracia que se definen en la Carta Democrática Interamericana de 2001, se ha asegurado.⁴¹ De allí el calificativo al régimen como una *kakistocracia*, la cual como comenta Ermmano Vitale, al lo expuesto por Michelangelo Bovero:

“alimenta y es alimentada, en una suerte de círculo perverso, por la confusión de los poderes, que anula la distinción y la separación de poderes propia de la democracia constitucional, tanto en el plano social (poder político, económico e ideológico) como en el plano estrictamente institucional (Legislativo, Ejecutivo, Judicial).”⁴²

Para que pueda existir un Estado democrático, en efecto y por sobre todo, en el mismo tiene que estar asegurada la separación y la independencia de los poderes público, pues sin control del poder, en definitiva no pueden realizarse ninguno de los aspectos de la democracia que define la mencionada Carta, es decir, no puede haber verdaderas elecciones libres, justas y confiables; no puede haber pluralismo político, ni acceso al poder conforme a la Constitución; no puede haber efectiva participación en la gestión de los asuntos públicos, ni transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, ni rendición de cuentas por parte de los gobernantes; en fin, no puede haber sumisión efectiva del gobierno a la Constitución y las leyes, así como subordinación de los militares al gobierno civil; no puede haber efectivo acceso a la justicia; y real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos, incluyendo la libertad de expresión y los derechos sociales.⁴³

Al contrario de todo ello y contra las promesas de la Constitución, en Venezuela lo que se ha desarrollado ha sido un Estado donde todo el poder se ha concentrado en las manos del Poder Ejecutivo, al cual todos los otros Poderes Públicos están sometidos, particularmente el Tribunal Supremo de Justicia, su Sala Constitucional y el órgano electoral, e incluso la propia Asamblea Nacional, incluso al ahogarla cuando estuvo controlada por la oposición al gobierno (2015-2020).

Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; y Jesús María Alvarado Andrade, “División del Poder y Principio de Subsidiariedad. El Ideal Político del Estado de Derecho como base para la Libertad y prosperidad material” en Luis Alfonso Herrera Orellana (Coord.), *Enfoques Actuales sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 131-185.

⁴¹ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

⁴² Véase Ermmano Vitale, “Democracia, *kakistocracia*, *pleonocracia*. Michelangelo Bovero y *Teoría Política*,” María Guadalupe Salmorán Villar (Coordinadora), Poder, democracia y derechos. Una discusión con Michelangelo Bovero, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 9, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5703-poder-democracia-y-derechos-una-discusion-con-michelangelo-bovero>

⁴³ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “Prólogo” al libro de Gustavo Tarre Briceño, *Solo el poder detiene al poder. La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos N° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 13-49; “El principio de la separación de poderes como elemento esencial de la democracia y de la libertad, y su demolición en Venezuela mediante la sujeción política del Tribunal Supremo de Justicia,” en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo, Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Año 12, N° 12, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez, San José, Costa Rica 2012, pp. 31-43.

En ese proceso de concentración del poder, por supuesto, lo más devastador ha sido el control político que el Poder Ejecutivo ha ejercido sobre el Poder Judicial y en particular sobre el Juez Constitucional; proceso que comenzó desde 1999 cuando la Asamblea Constituyente intervino el Poder Judicial,⁴⁴ y comenzó a integrar el Tribunal Supremo de Justicia con magistrados controlados políticamente, secuestrándose totalmente a la Judicatura, que quedó integrada por jueces provisorios o temporales sometidos a presiones políticas, que comenzaron a ser despedidos sin garantías algunas del debido proceso.

El resultado de todo ello fue la trágica desaparición de la autonomía del Poder Judicial,⁴⁵ que pasó a funcionar como instrumento al servicio del autoritario; tal cual como aquellos jueces del horror del régimen nazi, al punto de que las propias sentencias del Tribunal Supremo de Venezuela han sido repudiadas expresamente en jurisdicciones de otros países.⁴⁶

El control del Tribunal Supremo, en particular convirtió a su Sala Constitucional, de guardián de la Constitución que fue⁴⁷ en el instrumento más utilizado por el régimen autoritario, para demoler el Estado de derecho y sus principios.⁴⁸ Para ello, incluso, el Juez Constitu-

⁴⁴ Véase nuestro voto salvado a la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en BREWER-CARÍAS, Allan R., *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto-8 septiembre), Caracas 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002

⁴⁵ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; y “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 25-57; “La demolición de las instituciones judiciales y la destrucción de la democracia: La experiencia venezolana,” en *Instituciones Judiciales y Democracia. Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910*, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá 2012, pp. 230-254.

⁴⁶ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “Las Cortes Supremas de Costa Rica, Brasil y Chile condenan la falta de garantías judiciales en Venezuela. De cómo, ante la ceguera de los gobiernos de la región y la abstención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido las Cortes Supremas de estos países las que con base en la jurisdicción universal de protección de los derechos humanos, han comenzado a juzgar la falta de autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela, dictando medidas de protección a favor de ciudadanos venezolanos contra el Estado venezolano,” en *Revista de Derecho Público*, No. 143-144, (julio- diciembre 2015, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, pp. 495-500.

⁴⁷ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000. Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia (Temas de Derecho Público N° 39) y Pontificia Universidad Javeriana (*Quaestiones Juridicae* N° 5), Bogotá 1995; Allan R. Brewer-Carías, “La justicia constitucional en la Constitución de 1999”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Editorial Porrúa, México 2001, pp. 931-961.

⁴⁸ Sobre el tema nos hemos ocupado desde hace unos años. Véase por ejemplo: BREWER-CARÍAS, Allan R., “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 180, Madrid 2009, pp. 383-418; “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en

cional se inventó un endémico “proceso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución”⁴⁹ que le ha permitido administrar una “justicia constitucional a la carta,” a solicitud del gobierno y, en particular, del Procurador General de la República, mediante la cual ha modificado y mutado ilegítima y fraudulentamente la Constitución,⁵⁰ usurpando así incluso, hasta las potestades del poder constituyente originario.⁵¹

Venezuela,” en *Revista de Derecho Político*, N° 75-76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 2009, pp. 289-325. Véase, además, BREWER-CARÍAS, Allan R., “Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela”, en Peter Häberle y Diego García Belaúnde (Coordinadores), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, México 2011, pp. 159-188.

⁴⁹ Véase Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22 de septiembre de 2000, caso: *Servio Tulio León Briceño*. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Véase en general sobre ello, BREWER-CARÍAS, Allan R., “*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,” en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú*, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489; y en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

⁵⁰ Véase sobre la ilegítima mutación constitucional por el Juez: Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires 2006, pp. 56-59, 80-81, 165 ss.

⁵¹ Todos mis estudios sobre las sentencias dictadas por la Sala Constitucional en Venezuela, además de los publicados en la *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pueden consultarse en los siguientes libros: Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, 405 pp.; *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, 172 pp.; *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas 2007; *Práctica y distorsión de la Justicia Constitucional en Venezuela (2008-2012)*, Colección Justicia N° 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, 520 pp.; *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección Estudios Políticos N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, 354 pp.; segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), 2015, 426 pp.; *La patología de la Justicia Constitucional*, Tercera edición ampliada, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 666 pp.; *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 532 pp.; segunda edición, (Con prólogo de José Ignacio Hernández), Caracas 2015, 542 pp.; *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015*, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, N° 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, 694 pp.; 172. *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017, 608 pp.; *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, N° 15, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas / New York, 2017, 238 pp. Véase, además, los estudios de: Carlos M. Ayala Corao y Rafael J. Chavero Gazdik, *El libro negro del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, 394 pp.; *Memorial de agravios 2016 del Poder Judicial. Una recopilación de más de 100 sentencias del TSJ*, 155 pp., investigación preparada por las ONGs: Acceso a la Justicia, Transparencia Venezuela, Sinergia, espacio público, Provea, IPSS, Invesp, en <https://www.scribd.com/-document/336888955/Memorial-de-Agravios-del-Poder-Judicial-una->

Ese rol del Juez constitucional que exagera a partir de enero de 2016 hasta 2020, después de que en 2015 se eligiera una nueva Asamblea Nacional que resultó controlada por la oposición al gobierno, originando una perversa colusión entre el Poder Ejecutivo y el Juez Constitucional, con lo cual se privó progresivamente a la representación popular de absolutamente todas sus competencias y funciones a través de una serie interminable de desafueros judiciales, que nadie pudo controlar,⁵² muchos de los cuales llevados a cabo por el Juez Constitucional, de oficio, violando los principios más elementales del debido proceso.⁵³

La degradación de la Justicia Constitucional se manifestó in extremis a partir de 2016,⁵⁴ cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo dictó más de cien sentencias declarando la inconstitucionalidad de materialmente todas las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional hasta 2019;⁵⁵ procedió a “reformular” el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea para someter la función de legislar de la Asamblea Nacional a la obtención de un Visto

re copilacion-de-mas-de-100-sentencias-del-TSJ; y José Vicente Haro, “Las 111 decisiones inconstitucionales del TSJ ilegítimo desde el 6D-2015 contra la Asamblea Nacional, los partidos políticos, la soberanía popular y los DDHH,” en *Buscando el Norte*, 10 de julio de 2017, en <http://josevicenteharo-garcia.blogspot.com/2016/10/las-33-decisiones-del-tsj.html>

⁵² Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación”, en *Revista de Derecho Público*, No 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

⁵³ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “The Unconstitutional *Ex Officio* Judicial Review Rulings Issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Venezuela Annulling all the 2019 National Assembly Decisions Sanctioned within the framework of the 2019 Transition Regime Towards Democracy and for the Restoration of the enforcement of the Constitution,” en el libro del *VII Congreso de Derecho Procesal Constitucional 2021*, Universidad Monteávila, Caracas febrero de 2021.

⁵⁴ Véase sobre el proceso de degradación de la justicia constitucional durante los últimos 20 años: BREWER-CARÍAS, Allan R., *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015*, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, No. 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015; *la mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015*, Colección Estudios Políticos, No. 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015; *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, segunda edición, Caracas 2015; *La patología de la justicia constitucional*, Tercera edición ampliada, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014; *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección Estudios Políticos No. 8, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2014, 354 pp.; segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), 2015; *Práctica y distorsión de la justicia constitucional en Venezuela (2008-2012)*, Colección Justicia No. 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012; *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, No. 2, Caracas 2007.

⁵⁵ Véase los comentarios en BREWER-CARÍAS, Allan R., “La aniquilación definitiva de la potestad de legislar de la Asamblea Nacional: el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,” 16 de mayo de 2016, disponible en <http://www.allanbrewer-carrias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20Aniquilaci%C3%B3n%20de%20la%20Asamblea%20Nacional.%20Inconstituc.%20Ley%20TSJ%2015-5-2016.pdf>.

Bueno previo del Poder Ejecutivo;⁵⁶ eliminó las funciones de control político de la Asamblea Nacional sobre el gobierno y la Administración Pública; impuso el visto bueno previo del Vicepresidente ejecutivo para que la Asamblea pudiera interpelar a un Ministro, con preguntas que solo podían formularse por escrito;⁵⁷ eliminó la posibilidad de que la Asamblea pudiera improbar los estados de excepción que se decretasen, y la posibilidad de que aprobara votos de censura a los Ministros;⁵⁸ resolvió que el Presidente de la República presentase su Memoria anual, no ante la Asamblea Nacional como constitucionalmente correspondía, sino ante a propia Sala Constitucional; y eliminó la función legislativa en materia de presupuesto, convirtiendo la Ley que regula la Constitución en un inconstitucional decreto ejecutivo presentado no ante la Asamblea, sino insólitamente, ante el propio Juez Constitucional.

Este, además, eliminó la potestad de la Asamblea Nacional para poder incluso emitir opiniones políticas mediante Acuerdos, habiendo anulado todos los que adoptó; eliminó la potestad de la Asamblea Nacional de revisar sus propios actos y de poder revocarlos, como fue el caso respecto de la viciada elección de los magistrados al Tribunal Supremo efectuada en diciembre de 2015; y finalmente, eliminó la potestad de legislar de la Asamblea Nacional en el marco de un inconstitucional y permanente estado de emergencia que se prorrogó por varios años incluso antes de la pandemia.⁵⁹

Es decir, el Poder Legislativo representado por la Asamblea Nacional fue totalmente neutralizado y vaciado de poderes y funciones, al punto de que mediante una sentencia de 2017, con base en un supuesto desacato a una decisión de la Sala Electoral de diciembre de 2015 de suspender cautelarmente la proclamación de cuatro diputados del Estado Amazonas ya proclamados, la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo llegó al colmo de disponer la cesación definitiva, de hecho, de la Asamblea Nacional en el cumplimiento de sus funciones constitucionales como órgano que integra a los representantes del pueblo, procediendo a anular, “todas las actuaciones pasadas y futuras de la Asamblea Nacional y de cualquier

⁵⁶ Véase los comentarios en BREWER-CARÍAS, Allan R., “El fin del Poder Legislativo: La regulación por el Juez Constitucional del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional, y la sujeción de la función legislativa de la Asamblea a la aprobación previa por parte del Poder Ejecutivo,” en *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, (enero-junio 2015), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 428-443.

⁵⁷ Véase los comentarios en BREWER-CARÍAS, Allan R., “Comentarios al decreto N° 2.309 de 2 de mayo de 2016: La inconstitucional “restricción” impuesta por el Presidente de la República, respecto de su potestad de la Asamblea Nacional de aprobar votos de censura contra los Ministros,” en *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 120-129.

⁵⁸ Véase los comentarios en BREWER-CARÍAS, Allan R., “El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra a la sentencia N° 9 de 1-3-2016, disponible en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20Sent-No.%209%201-3-2016.pdf>; y “Nuevo golpe contra la representación popular: la usurpación definitiva de la función de legislar por el Ejecutivo Nacional y la suspensión de los remanentes poderes de control de la Asamblea con motivo de la declaratoria del estado de excepción y emergencia económica,” en *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 444-468.

⁵⁹ Véase el estudio de todas esas sentencias en BREWER-CARÍAS, Allan R., *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho*, Segunda Edición, (Presentaciones de Asdrúbal Aguiar, José Ignacio Hernández y Jesús María Alvarado), N° 13, Editorial Jurídica Venezolana International, 2016; edición española: Editorial IUSTEL, Madrid 2017.

órgano o individuo en contra de lo decidido como nula y carente de toda validez y eficacia jurídica,⁶⁰ amenazando incluso con enjuiciar a los diputados de la Asamblea por desacato, revocarle su mandato popular y encarcelarlos.

Todo este desajuste constitucional que no fue sino un golpe de Estado continuado, dado por el Juez Constitucional, culminó en marzo de 2017 con la adopción por parte de la Sala Constitucional de dos sentencias vergonzantes desde el punto de vista constitucional,⁶¹ mediante las cuales *usurpó como Juez Constitucional la totalidad de los poderes del Estado*, ordenando al Presidente ejercer ciertas funciones en materia de relaciones internacionales, decretando inconstitucionalmente un estado de excepción, eliminando la inmunidad parlamentaria, asumiendo de pleno derecho todas las competencias parlamentarias de la Asamblea Nacional y delegando poderes legislativos que no tiene, sin límites, en el Presidente, ordenándole reformar leyes y Códigos a su arbitrio, y entre ellos el Código Penal y el Código Orgánico Procesal Penal.

El escándalo mundial fue tal que el Secretario General de la OEA, Dr. Luis Almagro, dijo que “despojar de las inmunidades parlamentarias a los diputados de la Asamblea Nacional y al asumir el Poder Legislativo en forma completamente inconstitucional son los últimos golpes con los que el régimen subvierte el orden constitucional del país y termina con la democracia,”⁶² todo lo cual condujo a que en la Asamblea de la OEA aplicara la Carta Democrática Interamericana a Venezuela.⁶³

⁶⁰ Sentencia N° 2 de 11 de enero de 2017. Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001.HTML> Esa decisión fue ratificada mediante otras sentencias No 3 de 11 de enero de 2017 (<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194892-03-11117-2017-17-0002.HTML>), y No 7 de 26 de enero de 2017 (Véase en historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML)

⁶¹ Véase sentencia No. 155 de 27 de marzo de 2017, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML>. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan. Brewer-Carías: “La consolidación de la dictadura judicial: la Sala Constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria (sentencia no. 156 de la Sala Constitucional), 29 de Marzo de 2017, en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/> Véase la sentencia No. 156 de 29 de marzo de 2017 en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML>. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan. Brewer-Carías: “El reparto de despojos: la usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado (sentencia no. 156 de la Sala Constitucional), 30 de marzo de 2017, en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/>

⁶² Véase: “Almagro denuncia auto-golpe de Estado del gobierno contra Asamblea Nacional,” *El Nacional*, 30 de marzo de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/almagro-denuncia-auto-golpe-estado-del-gobierno-contra-asamblea-nacional_88094. Véase la insólita declaración sobre el tema de la antigua Fiscal general de la república, responsable Hasta entonces de todas las persecuciones políticas en el país: “Fiscal General de Venezuela, Luisa Ortega Díaz, dice que sentencias del Tribunal Supremo sobre la Asamblea Nacional violan el orden constitucional,” en Redacción BBC Mundo, *BBC Mundo*, 31 de marzo de 2017, en <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39459905> Véase el video del acto en <https://www.youtube.com/watch?v=GohPIrveXFE>

⁶³ Lo más grave en torno este desajuste fue que a requerimiento del Poder Ejecutivo, el Consejo para la Defensa de la Nación, “exhortó” al Tribunal Supremo de Justicia para que cometiera abiertamente la ilegalidad de “revisar las decisiones 155 y 156 (Véase su texto en “Consejo de Defensa Nacional exhorta al TSJ a revisar sentencias 155 y 156 // #MonitorProDaVinci,” 1 de abril de 2017,

Todo este proceso lo que consolidó fue una dictadura judicial, resultando desde entonces que de los cinco poderes públicos que conforman la separación de poderes en Venezuela (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral), al neutralizar el Juez Constitucional a la Asamblea Nacional como consecuencia del golpe de Estado continuado que ha dado el Poder Ejecutivo en colusión con el Poder Judicial, el resto de los Poderes Públicos, también han quedado todos dependientes de Ejecutivo habiendo abandonado sus poderes de control.

Eso ha sucedido con la Contraloría General de la República, y como muestra está el hecho de que por ausencia de control fiscal alguno, el país tiene el primer lugar del índice de corrupción en el mundo,⁶⁴ conociéndose la Contraloría solo porque ha inhabilitado a candidatos de la oposición para participar en elecciones; el Defensor del Pueblo, nunca ha protegido los derechos humanos, los cuales han sido impunemente violados como resulta de los Informes de los Altos Comisionados de los Derechos Humanos, y la investigación adelantada por la Corte Penal Internacional;⁶⁵ el Ministerio Público que ejerce la Fiscalía General de la República, en lugar de haber sido la parte de buena fe en los procesos penales para garantizar la Constitución, ha sido el principal instrumento para asegurar la impunidad en el país, en particular de los crímenes cometidos por funcionarios, y la persecución política contra toda la disidencia;⁶⁶ y el Poder Electoral, a cargo del Consejo Nacional Electoral, ha terminado sien-

en <http://prodavinci.com/2017/04/01/actualidad/consejo-de-defensa-nacional-exhorta-al-tsj-a-revisar-sentencias-155-y-156-monitorprodavinci/>); lo que un juez no puede hacer nunca, en ninguna parte del mundo, excepto en Venezuela, donde lo hizo al día siguiente, 1 de abril de 2017, reformando y revocando parcialmente dichas sentencias mediante sentencias Nos. 157 y 158 todo en violación de los principios más elementales del debido proceso. Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/197399-157-1417-2017-17-0323.HTML>. Véase sobre esta sentencia los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La nueva farsa del Juez Constitucional controlado: la inconstitucional y falsa “corrección” de la usurpación de funciones legislativas por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (sentencias Nos. 157 y 158 de 1 de abril de 2017), New York 4 de abril, 2017, en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/151.-doc.-Brewer-Nueva-farsa-del-Juez-Constitucional.-Falsa-correcci%C3%B3n.-Sentencias-Sala-Const.-157-y-158.-4-4-2017.pdf>: Véase en <http://Historico.Tsj.Gob.Ve/Decisiones/Scon/Abri/197400-158-1417-2017-17-0325.Html> Véase sobre esta sentencia los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La nueva farsa del Juez Constitucional controlado: la inconstitucional y falsa “corrección” de la usurpación de funciones legislativas por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (sentencias Nos. 157 y 158 de 1 de abril de 2017), New York 4 de abril, 2017, en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/151.-doc.-Brewer-Nueva-farsa-del-Juez-Constitucional.-Falsa-correcci%C3%B3n.-Sentencias-Sala-Const.-157-y-158.-4-4-2017.pdf>:

⁶⁴ Véase el Informe de la ONG alemana, Transparencia Internacional de 2013, en el reportaje: “Aseguran que Venezuela es el país más corrupto de Latinoamérica,” en *El Universal*, Caracas 3 de diciembre de 2013, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/131203/aseguran-que-venezuela-es-el-pais-mas-corrupto-de-latinoamerica>. Igualmente véase el reportaje en BBC Mundo, “Transparencia Internacional: Venezuela y Haití, los que se ven más corruptos de A. Latina,” 3 de diciembre de 2013, en http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2013/12/131203_ultnot_transparencia_corrupcion_lp.shtml. Véase al respecto, Román José Duque Corredor, “Corrupción y democracia en América Latina. Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela,” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, 2014.

⁶⁵ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. y AGUIAR, Asdrúbal (editores), *Venezuela. Informes sobre violaciones grave de derechos humanos*, Iniciativa Democrática España América, Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019, 160 pp.

⁶⁶ Como se destacó en el Informe de la Comisión Internacional de Juristas sobre *Fortalecimiento del Estado de Derecho en Venezuela*, publicado en Ginebra en marzo de 2014, el “Ministerio Público sin garantías de independencia e imparcialidad de los demás poderes públicos y de los actores políticos,” quedando los fiscales “vulnerables a presiones externas y sujetos órdenes superiores.” Véase en <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

do una especie de “agencia electoral” del propio gobierno, integrado por militantes del partido oficial o, como lo denunció el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, por “activistas político partidistas [que] ocuparon cargos dentro del gobierno nacional,”⁶⁷ en violación abierta de la Constitución, habiendo dejado de ser el árbitro independiente en las elecciones,⁶⁸ a lo cual contribuyó la elección de sus miembros por parte del Juez Constitucional, usurpando las funciones que corresponden a la Asamblea Nacional,⁶⁹ como ocurrió por última vez en 2020.⁷⁰

V. VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DEL ESTADO DE JUSTICIA, DE LEGALIDAD Y JURIDICIDAD: LA DESLEGALIZACIÓN O DESJUDICIALIZACIÓN GENERALIZADA

Todo este sometimiento del Poder Judicial a control político del Ejecutivo Nacional, y la utilización del Juez Constitucional por el mismo como instrumento del autoritarismo, producto de la concentración del poder, provocó otra catastrófica consecuencia en el falseamiento del Estado de derecho, que ha sido la deslegalización o desjudicialización del Estado y del país, al quedar eliminado de hecho el derecho ciudadano a controlar judicialmente las actuaciones de los funcionarios públicos.

Habiendo sido los magistrados del Tribunal Supremo y de la Sala Constitucional designados en forma progresiva desde 2000, entre personas totalmente comprometidas con el partido oficial, que incluso habían expresado públicamente que su misión, antes que impartir justicia, era contribuir a la ejecución de la política socialista del gobierno;⁷¹ y estando integrado el Poder Judicial, por jueces provisionales y temporales, totalmente dependientes y controlados políticamente, designados por dicho Tribunal Supremo controlado, los jueces en Venezuela, en general, no son capaces ni pueden realmente impartir justicia justa, particularmente, si con ello afectan en alguna forma alguna política gubernamental o a algún funcionario público, sabiendo, como lo saben, que una decisión de ese tipo significaría su destitución inmediata, como tantas veces ha ocurrido en los últimos años. En algunos casos, incluso con encarcelamiento de los jueces que osaron dictar una sentencia que no complació al gobierno.

⁶⁷ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana, p. 88. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

⁶⁸ Por ejemplo, en BREWER-CARÍAS, Allan R. y HERNÁNDEZ, José Ignacio, *Venezuela. La ilegítima e inconstitucional convocatoria de las elecciones parlamentarias en 2020*, (Iniciativa Democrática de España y las Américas, Editorial Jurídica Venezolana International, 2020, 274 pp.

⁶⁹ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73; *La 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, 172 pp.

⁷⁰ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “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.

⁷¹ Véase el Discurso de Orden de la Magistrada Deyanira Nieves Bastidas, Apertura del Año Judicial 2014, en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/DiscursodeOrdenAper-tura2014DeyaniraNieves.pdf>.

En consecuencia, en el país, después de que a partir de 1999 los jueces fueron destituidos a mansalva y masivamente, sin garantías al debido proceso,⁷² jamás se celebraron los concursos públicos de oposición para la elección de los nuevos jueces como lo prevé la Constitución para que ingresen a una carrera judicial, que materialmente no existe.⁷³ Llenándose la Judicatura de jueces de jueces temporales y provisionales,⁷⁴ sin garantía de estabilidad; quedando la destitución de los mismos al arbitrio de una Comisión *ad hoc* del Tribunal Supremo de Justicia, todo ello con el aval del Juez Constitucional.⁷⁵

El resultado ha sido que los principios de independencia judicial, de legalidad y de justiciabilidad insertos en la Constitución, no pasaron de ser declaraciones formuladas para no ser cumplidas, dada la trágica dependencia del Poder Judicial sometido en su conjunto a los designios y control político por parte del Poder Ejecutivo,⁷⁶ terminando al servicio del gobierno del Estado y de su política autoritaria.

Todo ello ha conducido, en definitiva, a una desjusticiabilidad del Estado, siendo inconcebible que, por ejemplo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Venezuela pueda hoy llegar a decidir y enjuiciar la conducta de la Administración y sus funcionarios, y frente a ellos, garantizar los derechos ciudadanos; siendo también el control por la vía del amparo constitucional de las violaciones a los derechos humanos letra muerta ante el Estado totalitario.

⁷² Véase nuestro voto salvado a la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en BREWER-CARÍAS, Allan R., *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto-8 septiembre), Caracas 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

⁷³ Como lo destacó la misma Comisión Internacional de Juristas, en un *Informe* de marzo de 2014, que resume todo lo que en el país se ha venido denunciando en la materia, al dar “cuenta de la falta de independencia de la justicia en Venezuela,” se destaca que “el Poder Judicial ha sido integrado desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con criterios predominantemente políticos en su designación. La mayoría de los jueces son “provisionales” y vulnerables a presiones políticas externas, ya que son de libre nombramiento y de remoción discrecional por una Comisión Judicial del propio Tribunal Supremo, la cual, a su vez, tiene una marcada tendencia partidista.” Véase en <http://icj.wputengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

⁷⁴ En el *Informe Especial* de la Comisión sobre Venezuela correspondiente al año 2003, la misma también expresó, que “un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada por las distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son “provisionales”. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2003*, párr. 161. Véase en BREWER-CARÍAS, Allan R. y AGUIAR, Asdrúbal (Editores), *Venezuela. Informes sobre violaciones grave de derechos humanos*, Iniciativa Democrática España América, Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019, 160 pp.

⁷⁵ Así lo resolvió expresamente la Sala Constitucional mediante sentencia No. 516 de 7 de mayo de 2013, sobre la continuación del funcionamiento de dicha Comisión con el “derecho” de destituir los jueces sin garantía alguna del debido proceso. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/516-7513-2013-09-1038.html>.

⁷⁶ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía en independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)”, en *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; y “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 25-57; “La demolición de las instituciones judiciales y la destrucción de la democracia: La experiencia venezolana,” en *Instituciones Judiciales y Democracia. Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910*, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá 2012, pp. 230-254.

Y lo más grave es que con la dependencia del Juez Constitucional respecto del Poder Ejecutivo, por vía interpretaciones constitucionales vinculantes adoptadas por la Sala Constitucional, la Constitución ha sido objeto de mutaciones a mansalva, a gusto del Ejecutivo, por ejemplo, para centralizar competencias que eran exclusivas de los Estados de la Federación;⁷⁷ para eliminar el principio de la alternabilidad republicana dando paso a la reelección indefinida;⁷⁸ para asegurar el financiamiento de las actividades electorales del partido oficial;⁷⁹ para impedir la revocación popular del mandato del Presidente de la República;⁸⁰ para ampliar las competencias de la Jurisdicción Constitucional, como por ejemplo ocurrió en materia de interpretación abstracta de la Constitución⁸¹ e incluso para asegurar el absurdo e inconveniente “control de la constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condujo a que las mismas fueran declararlas “inejecutables” en Venezuela.⁸²

Esta interpretación constitucional a la carta, además, ha servido para que la Sala Constitucional haya procedido a reformar leyes, como por ejemplo sucedió, en materia del procedimiento de amparo⁸³ o para establecer normas tributarias nuevas en materia de im-

⁷⁷ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “La Ilegítima mutación de la Constitución y la Legitimidad de la Jurisdicción Constitucional: La “Reforma” de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,” en *Anuario No. 4, Diciembre 2010*, Instituto de Investigación Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Dr. José Matías Delgado de El Salvador, El Salvador 2010, pp. 111-143.

⁷⁸ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida),” en *Revista de Derecho Público*, No. 117, (enero-marzo 2009), Caracas 2009, pp. 205-211.

⁷⁹ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “El juez constitucional como constituyente: el caso del financiamiento de las campañas electorales de los partidos políticos en Venezuela,” en *Revista de Derecho Público*, No. 117, (enero-marzo 2009), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 195-203.

⁸⁰ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “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.

⁸¹ Véase HERRERA ORELLANA, Luis A. “El recurso de interpretación de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso,” en *Revista de Derecho Público*, N° 113, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 7-29.

⁸² Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coordinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integraçao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701.

⁸³ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo mediante sentencias interpretativas,” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2008, Tomo V, pp. 63-80. Publicado en *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 545-563.

puesto sobre la renta;⁸⁴ o para la reforma de la ley sobre elecciones, como antes se expresó, y todo ello, casi siempre a iniciativa de los propios abogados del Estado.

Con una Constitución maleable en esa forma, es difícil imaginar un Estado de justicia, salvo que sea de justicia sólo impartida a la medida del propio Estado.

Ello como antes dije, ha afectado particularmente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual en los últimos veinte años dejó de ser un efectivo sistema para el control judicial de la legalidad y legitimidad de la actuación de la Administración Pública, comenzando su degradación cuando en virtud de una medida cautelar dictada en 2003 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo suspendiendo la contratación de médicos cubanos para dar preferencia a los médicos venezolanos,⁸⁵ el Ejecutivo utilizando a la sala Constitucional del Tribunal Supremo secuestró competencia de dicha Corte Primera y destituyó a sus Magistrados,⁸⁶ quedando la misma incluso clausurada por más de diez meses. La consecuencia ha sido que los tribunales contencioso administrativos dejaron de aplicar el derecho administrativo, de controlar a la Administración Pública y de proteger a los ciudadanos frente a la misma.⁸⁷

Esta situación, ha conducido a que antes de existir un Estado de Justicia, lo que en realidad existe en Venezuela es un Estado de injusticia, por el hecho de que simplemente la justicia no funciona para juzgar y castigar a quienes violan la ley. Así, la impunidad campea y es absoluta, por ejemplo, respecto de los depredadores del patrimonio público, quedando la Contraloría General de la República como se dijo, solo para investigar líderes de la oposición, e inhabilitarlos políticamente.⁸⁸

⁸⁴ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “De cómo la Jurisdicción constitucional en Venezuela, no sólo legisla de oficio, sino subrepticamente modifica las reformas legales que “sanciona”, a espaldas de las partes en el proceso: el caso de la aclaratoria de la sentencia de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 2007, *Revista de Derecho Público*, N° 114, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 267-276

⁸⁵ Véase sobre este caso los comentarios de NIKKEN, Claudia. “El caso “Barrio Adentro”: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos,” en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

⁸⁶ Los Magistrados de la Corte Primera destituidos en violación de sus derechos y garantías, demandaron al Estado por violación de sus garantías judiciales previstas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado por dichas violaciones en sentencia de fecha 5 de agosto de 2008, (Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*). Véase en [http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html](http://www.corteidh.or.cr/Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182. Frente a ello, sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso <i>Gustavo Álvarez Arias y otros</i>), declaró inejecutable dicha decisión de la Corte Interamericana. Véase en <a href=)

⁸⁷ Véase CANOVA GONZÁLEZ, Antonio *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Funeda, Caracas, 2009.

⁸⁸ Véase por ejemplo, BREWER-CARÍAS, Allan R., “La incompetencia de la Administración Contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos (La protección del derecho a ser electo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012, y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al declarar la sentencia de la Corte Interamericana como “inejecutable”), en Alejandro Canónico Sarabia (Coord.), *El Control y la responsabilidad en la Administración Pública, IV Congreso Inter-*

La impunidad también es el signo de la injusticia en materia de delitos comunes, en un país como Venezuela que tiene el récord mundial de violencia, secuestros y crímenes callejeros,⁸⁹ siendo considerado desde 2014 como el país más inseguro del mundo,⁹⁰ y Caracas, la capital, como la ciudad más peligrosa del Planeta;⁹¹ pero donde dichos crímenes no se persiguen y quedan impunes.⁹²

Por todo ello, el Estado venezolano no es un Estado de justicia, pues la práctica política del gobierno autoritario que se apoderó de la República desde 1999,⁹³ lo que ha originado es un Estado totalitario que además de haber empobrecido aún más al país, realmente no está sometido al derecho, cuyas normas no siempre son justas y la mayor de las veces se ignoran y desprecian; o se mutan o amoldan a discreción por los gobernantes; y que además, no está sometido a control judicial alguno, por la sumisión del Poder Judicial al Poder Ejecutivo y legislativo.

VI. EL VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DESHUMANIZACIÓN DEL ESTADO

A todo lo anterior, se agrega el insólito proceso de deshumanización del Estado, resultado de que las importantísimas normas que enuncian derechos humanos conforme al principio de la progresividad, lo que se ha presenciado en Venezuela en los últimos lustros ha sido un lamentable proceso de progresiva de violación y degradación de los derechos humanos al punto de que los últimos Informes de los Altos Comisionados de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en el país, comenzando por el firmado por Michele Bachelet en 2019,⁹⁴ la misma destacó lo que denominó: “patrones

nacional de Derecho Administrativo, Margarita 2012, Centro de Adiestramiento Jurídico, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 293-371.

⁸⁹ Véase Editorial de *Le Monde*, 30- marzo 2014, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140330/le-monde-dedico-un-editorial-a-venezuela>. Desde 2013 alcanzó la cifra de 24.773 personas asesinadas. Véase César Miguel Rondón, “Cada vez menos país,” en *Confirmado*, 16-8-2014, en <http://confirmado.com.ve/opinan/cada-vez-menos-pais/>

⁹⁰ Véase el reportaje de la Encuesta Gallup, “Venezuela fue considerado como el país más inseguro del mundo,” en *Notitarde.com*, Caracas 21 de agosto de 2014, en <http://www.noti-tarde.com/Pais/Venezuela-fue-seleccionado-como-el-pais-mas-inseguro-del-mundo/2014/08/21/347656>.

⁹¹ Después de San Pedro Sula, Caracas es considerada la segunda ciudad más peligrosa del mundo. Véase la información en *Sala de Información, Agencia de Comunicaciones Integradas. Información, opinión y análisis*, 16-1-2914, en <http://saladeinfo.wordpress.com/2014/01/16/ca-racas-es-la-segunda-ciudad-mas-peligrosa-del-planeta-2/>. Véase igualmente la información en *El País Internacional*, 20 de agosto de 2014, en http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/20/actualidad/1408490113_417749.html

⁹² Sobre el tema de la “actividad hamponil” y la impunidad, Leandro Area ha observado que :”se ha convertido en el pan y plan nuestro y maestro de cada día, sea por el éxito malandro que se ve apenas reflejado en muerte y desolación en la prensa que queda y que está en vías de extinción o bien por el semblante que se enseña en el rostro de todo aquel que sigue vivo y que debe enfrentar la penuria de existir secuestrado por una realidad impuesta. Pero el asunto va más allá. El concubinato legitimado entre poder político, hampa común, poder judicial, policía, fuerzas armadas y demás, no es misterio ni secreto a voces. Es un plan convertido en acción permanente.” Véase Leandro Area, “El ‘Estado Misional’ en Venezuela,” en *Análítica.com*, 14 de febrero de 2014, en <http://analitica.com/opinion/opinion-nacional/el-estado-misional-en-venezuela/>

⁹³ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., *Authoritarian Government vs. The Rule of Law, Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

⁹⁴ Véase “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela,” 4 de julio de

de violaciones que afectan directa e *indirectamente a todos los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*” (§ 2). Esos patrones de conducta contra todos los derechos humanos han continuado agravándose en el último lustro, al punto incluso de que en la Corte Penal Internacional en 2021 inició formalmente una investigación por crímenes de lesa humanidad contra el Estado de Venezuela, sus funcionarios y quienes gobiernan, cuya continuación ha sido formalmente reiterada hace en unió de 2023;⁹⁵ todo lo cual se menciona por ejemplo en el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela del Alto Comisionado de Naciones de 4 de julio de 2023⁹⁶

Esta situación ha afectado y sigue afectando todos los derechos declarados en la Constitución, de manera que para hacer solo referencia al Informe de la Salta Comisionada inicial de 2019, cuyas constataciones no han variado sino que se han agravado en los últimos años, en cuanto a los derechos sociales, coincide que “existen motivos razonables para creer que se han cometido graves violaciones de los derechos económicos y sociales, incluidos los derechos a la alimentación y la salud, en Venezuela”(§ 75); agregando por ejemplo sobre la libertad de información, que “en los últimos años: “el Gobierno ha tratado de *imponer una hegemonía comunicacional* imponiendo su propia versión de los hechos y creando un ambiente que *restringe los medios de comunicación independientes*” (§ 28);

Sobre las libertades políticas, el Informe destaca cómo a las numerosas instituciones de seguridad ciudadana, que han sido militarizadas, han “*permitido al Gobierno cometer numerosas violaciones de los derechos humanos*” refiriéndose en particular a que: “Las autoridades han atacado especialmente a determinadas personas y grupos, entre ellos a miembros de la *oposición política* y a quienes se considera que constituyen amenazas para el Gobierno por su capacidad para articular posiciones críticas y movilizar a otras personas. Esta *represión selectiva se manifiesta en una multitud de violaciones de los derechos humanos*, que pueden constituir *persecución por motivos políticos*” (§ 77). Sobre el derecho a manifestar el Informe, constató que las fuerzas de seguridad, en los últimos años, “*hicieron un uso excesivo de la fuerza de manera deliberada, con la finalidad de infundir miedo y desalentar futuras manifestaciones*” (§ 39); y sobre el derecho a la libertad personal, el Informe hizo especial insistencia en las privaciones arbitrarias de libertad de centenas de personas, por razones políticas, destacando que: “el Gobierno ha utilizado las *detenciones arbitrarias* como uno de *los principales instrumentos para intimidar y reprimir a la oposición política y cualquier expresión de disensión*, real o presunta, al menos desde 2014” (§ 41).

2019, en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx. Los “comentarios del Estado” (“Comentarios sobre errores de hecho del Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la situación de derechos humanos de la República Bolivariana de Venezuela”), pueden consultarse en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_Add.1.docx

⁹⁵ Véase la información en Florantonia Singer, “La Corte Penal Internacional reanuda la investigación sobre las violaciones de derechos humanos en Venezuela. El Gobierno de Nicolás Maduro ha intentado disuadir a la CPI con varios recursos judiciales y asegura que el proceso en su contra está impulsado por Estados Unidos,” en *El País*, 27 de uno de 2023, en Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2023-06-28/la-corte-penal-internacional-reanuda-la-investigacion-sobre-las-violaciones-de-derechos-humanos-en-venezuela.html> . Véase Alí Daniels, “Análisis de la histórica decisión de la CPI de continuar la investigación a Venezuela: una victoria de las víctimas,” 27 de junio de 2023, en *Acceso a la Justicia*, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/ analisis-historica-decision-cpi-continuar-investigacion-venezuela-victoria-victimas/>

⁹⁶ Véase in the Bolivarian Republic of Venezuela - Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Disponible en: https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fdocuments%2Fhrbodies%2Fhrcouncil%2Fsessions-regular%2Fsession53%2Fadvance-versions%2FA_HRC_53_54_Advance%20Version.docx&wdOrigin=BROWSELINK

Sobre el derecho a la vida, al referirse a las operaciones de uno de los muchos cuerpos de seguridad del Estado, el Informe lo califica “como un “escuadrón de la muerte” o un “grupo de exterminio” (§47), siendo considerada por “informes de ONGs,” como las “responsables de centenares de muertes violentas” (§ 47), constatando cómo “*manipularon la escena del crimen y las pruebas. Habrían plantado armas y drogas y habrían disparado sus armas contra las paredes o en el aire para insinuar un enfrentamiento* y demostrar que la víctima se habría “resistido a la autoridad” (§49).

Al Informe Bachelet de 2019, le siguió el Informe y las Conclusiones de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, presentado en 2020;⁹⁷ en los cuales se presentaron las conclusiones de dicha Misión “respecto a las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias y la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, cometidos en el país desde 2014,” mostrando un cuadro de horror, ciertamente inimaginable, no sólo pasado sino actual - que está ocurriendo -, compuesto por funcionarios del horror, policías del horror, fiscales del horror, jueces del horror y custodios del horror, que el Informe resume dando cuenta, que los actos y conductas descritos en el mismo:

“constituyen asesinatos arbitrarios, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes -incluyendo violencia sexual y de género-, desapariciones forzadas (a menudo de corta duración) y detenciones arbitrarias, en violación de la legislación nacional y las obligaciones internacionales de Venezuela.” (par. 151).

A esos hechos y conductas se agregan en el *Informe*, los crímenes de:

“asesinato, encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad física, tortura, violación y otras formas de violencia sexual, desaparición forzada de personas [...] y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o graves daños al cuerpo o a la salud mental o física,”

Dichos crímenes, la Misión consideró que constituyen “crímenes de lesa humanidad,” y algunas de ellas, específicamente el crimen de lesa humanidad de persecución, tal como se define en el Estatuto de Roma” (par 161).

En particular, en las *Conclusiones detalladas* se analizaron muchos de dichos crímenes, entre los que se destacar los relativos a la *represión política selectiva* (Capítulo III) y los cometidos en el contexto de “violaciones en un *contexto de seguridad o control social* (Capítulo IV), que la Misión igualmente consideró que algunos de ellos “pueden constituir también el crimen de lesa humanidad de la persecución” (par. 2085), consistente:

“una privación intencional y grave de los siguientes derechos: el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a no ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a violación y otras formas de violencia sexual, y el derecho a no ser sometido a arresto o detención arbitrarios. En conjunto, estas violaciones pueden constituir actos de persecución, pero también pueden constituir distintos crímenes de lesa humanidad” (par. 2085).

Lo más dramático del Informe fue que las violaciones y crímenes reseñados y analizados por la *Misión*, según la misma lo expresó, formaron parte de una *política de Estado* “para *silenciar, desalentar y sofocar la oposición al Gobierno* del Presidente Maduro, incluso

⁹⁷ Informe de 15 de septiembre de 2020, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en cumplimiento de la resolución 42/25 del Consejo, de 27 de septiembre de 2019; disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf El Informe se acompañó con unas “*Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela* (443 pp.).

dirigiendo a las personas que, a través de diversos medios, demostraron su desacuerdo con el Gobierno o fueron percibidas como contrarias a él, y a sus familiares y amigos que blanco de ataques por estar asociados con ellos” (par. 160).

Concluyó la Misión en su Informe, al referirse a las responsabilidades que la misma:

“tiene motivos razonables para creer que tanto el Presidente como los Ministros del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y de Defensa, ordenaron o contribuyeron a la comisión de los delitos documentados en el presente informe, y teniendo la capacidad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas preventivas y represivas” (par. 164).

Por todo ello, el proceso penal internacional iniciado contra Venezuela ante la Corte penal *Internacional* antes referido

Lo anterior evidencia, de hecho, que en Venezuela desaparecieron los derechos humanos como valor esencial y primordial del Estado, habiéndose producido una deshumanización total del mismo; a lo que se suma la labor del Juez Constitucional que desconstitucionalizó en 2003,⁹⁸ la jerarquía constitucional de los derechos humanos declarados en los tratados internacionales, y la garantía de su aplicación directa e inmediata por parte de todos los jueces.⁹⁹

La Sala Constitucional, posteriormente, en 2011¹⁰⁰ negó el valor universal de los derechos humanos, proclamando que “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y *suprahistórico* por encima de la Constitución,”¹⁰¹ pasando posteriormente a desconocer las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Específicamente, la Sala Constitucional en 2008,¹⁰² ya había declarado inejecutable en el país la sentencia que había dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos ese mismo año, en la cual se había condenado al Estado Venezolano por violación de los derechos al debido proceso de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo establecidas en la Convención Americana, al haber sido destituidos sin garantías judiciales algunas de sus cargos.¹⁰³

⁹⁸ Mediante sentencia No. 1492 del 7 de julio de 2003. Véase en *Revista de Derecho Público*, No 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 y ss.

⁹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional mediante la eliminación del rango supra constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y el desconocimiento en Venezuela de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” en *Libro Homenaje al Capítulo Venezolano de la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho: Recopilación de artículos que desarrollan temas de actualidad jurídica relacionados con el derecho público y el derecho privado*, Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho, Caracas 2015, ISBN 978-980-6913-90-5.

¹⁰⁰ Mediante en sentencia N° 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*) de 17 de octubre de 2011. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso de la sentencia *Leopoldo López vs. Venezuela, 2011*,” en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Editorial Universitas, Vol. I, Madrid, 2013, pp. 1095-1124.

¹⁰¹ *Idem*. Donde se hace referencia a un fallo anterior N° 1309/2001.

¹⁰² Mediante sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 dictada en el Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 88 ss.

¹⁰³ La sentencia de la Corte Interamericana de 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Vene-

Posteriormente, en la misma línea, la Sala, resolvió que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no eran de aplicación inmediata en Venezuela, sino que a sus decisiones sólo “*se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución,*” arrogándose así la potestad de declarar inejecutables en el país los fallos de la Corte Interamericana, como sucedió en varias ocasiones, contrariando el carácter vinculante que los mismos tienen para los Estados.¹⁰⁴

Para ello, la Sala Constitucional inventó aceptar, en el marco de sus funciones de Juez Constitucional, una especie de “recurso de control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana, referido “a la interpretación acerca de la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” intentado por los abogados del propio Estado, que buscaban formalizar cómo el mismo incumplía la sentencia de la Corte Interamericana.

Con estas sentencias, el Estado venezolano comenzó el proceso de desligarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizando para ello a su propio Tribunal Supremo de Justicia, el cual lamentablemente resultó ser el principal instrumento para la consolidación del autoritarismo en el país,¹⁰⁵ siendo la conclusión de todo ese proceso, la denuncia formal de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de Venezuela el día 6 de septiembre de 2012.¹⁰⁶

VII. EL FALSEAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA: LA CENTRALIZACIÓN, LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y LA DESMUNICIPALIZACIÓN DEL ESTADO

Además del principio de la limitación del poder mediante su separación horizontal, para que el poder controle al poder, en la Constitución venezolana de 1999, como otra de las bases del Estado democrático de derecho se estableció un sistema de descentralización política del poder (Estado federal descentralizado”) distribuyéndolo entre entidades territoriales en dos niveles para posibilitar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos, lo que solo se puede lograr acercando el poder al ciudadano. Incluso en la Constitución se proclamó que

zuela,” en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coordinadores), *Derechos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Río de Janeiro 2010, pp. 661-70; y en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 13, Madrid 2009, pp. 99-136.

¹⁰⁴ Como la propia CIDH lo resolvió en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* el 4 de septiembre de 1998 (Excepciones Preliminares). Véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf

¹⁰⁵ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; y “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.

¹⁰⁶ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “Los efectos de las presiones políticas de los Estados en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un caso de denegación de justicia internacional y de desprecio al derecho,” en *Revista Ars Boni Et Aequi* (año 12 n° 2), Universidad Bernardo O’Higgins, Santiago de Chile 2016, pp. 51-86.

“la descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales” (art. 158).

Todo esto, sin embargo, en la práctica ha resultado ser otra promesa incumplida y otra gran mentira, falseándose totalmente el propósito del Constituyente, habiéndose desarrollado en el país durante los últimos veinte años un Estado altamente centralizado en el cual se ha impedido el desarrollo de la participación política - a pesar del discurso autoritario de la llamada “democracia participativa” - , quedando reducida la misma al ejercicio del sufragio cada vez más inocuo por el control del régimen sobre los procesos electorales.

En realidad, la Constitución, al referirse al Estado Federal Descentralizado buscó que se configurase - aun cuando en cierta forma contradictoria -¹⁰⁷ un efectivo sistema de descentralización del poder con entidades locales con efectiva autonomía política, normativa y administrativa (Estados, Municipios) que pudieran desarrollar realmente su autogobierno. Pero sin embargo, al regularse la autonomía de las entidades territoriales se previó que los límites a la misma no sólo podían estar en la propia Constitución, sino también en la ley nacional posterior que efectivamente se dictó.¹⁰⁸

A lo anterior se suma el centralismo que caracterizó el sistema constitucional de distribución de competencias del Poder Público entre los entes político-territoriales, conforme al cual los Estados carecen en la Constitución de materias sobre las cuales ejercer alguna competencia exclusiva (art. 164),¹⁰⁹ siendo la mayoría en realidad competencia concurrentes con el Poder Nacional o con el Poder Municipal. Y en cuanto a una competencia que se habían descentralizado en 1993 y convertido en “exclusiva” de los Estados, como la administración y manejo de los aeropuertos y puertos nacionales ubicados en cada Estado, la misma fue centralizada o nacionalizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en 2008, mutando a tal efecto la Constitución.¹¹⁰

¹⁰⁷ Ello lo advertimos apenas se sancionó la Constitución en Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 7, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001; y “El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional” en *Federalismo y regionalismo*, Coordinadores Diego Valadés y José María Serna de la Garza, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 229, México 2005, pp. 717-750.

¹⁰⁸ Ello originó que en 2001 se dictase una ley nacional para regular el funcionamiento y la organización de los Consejos Legislativos de los Estados, (art. 162) (*Gaceta Oficial* N° 37.282 del 13 de septiembre de 2001), en contradicción con la norma constitucional que atribuye a los Estados la competencia de dictarse su propia Constitución para organizar sus poderes públicos (art. 164.1). Igual sucedió con la autonomía municipal la cual ya no solo está sujeta a lo dispuesto en la Constitución, sino a lo dispuesto en la ley nacional.

¹⁰⁹ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “La distribución territorial de competencias en la Federación venezolana” en *Revista de Estudios de Administración Local. Homenaje a Sebastián Martín Rortillo*, N° 291, enero-abril 2003, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2003, pp. 163-200.

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>. Véase los comentarios sobre esta sentencia, en BREWER-CARÍAS, Allan R., “La Sala Constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del estado y del sistema constitucional de división territorial del poder público, en *Revista de Derecho Público*, N° 114, (abril-junio 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 247-262.

Adicionalmente, al vaciamiento del ámbito de competencias de los Estados por la política de centralización nacional, se ha sumado la política desarrollada por el Poder Ejecutivo nacional de neutralizar totalmente el precario rol de aquellos, mediante el establecimiento inconstitucional de *estructuras nacionales paralelas* a las de los Estados, con el objeto de asegurar el vaciamiento de sus competencias y la neutralización del poder de los Gobernadores de Estado, particularmente si no son miembros del partido oficial, y en general controlarlos indirectamente.¹¹¹

Ese proceso de ahogamiento y neutralización de las entidades territoriales de la República, además, fue particularmente agudo respecto de las entidades existentes en la Región Capital, donde en 2008, en el Distrito Capital en violación de la Constitución, se crearon autoridades totalmente dependientes del Poder Ejecutivo mediante la Ley Especial Sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital.¹¹²

Por otra parte, en cuanto a los municipios la Sala Constitucional “interpretó” que la “libre gestión de las materias de su competencia” que les garantiza la Constitución no es más que “una *libertad condicionada*, no sólo por las limitaciones que directamente impone el Constituyente sino por todas aquellas que pueda imponer el Legislador Nacional, y los legisladores estatales al ejercicio de la autonomía municipal, de acuerdo con las normas de la propia Constitución y dentro de los límites por ella indicados.”¹¹³ Ello, por lo demás, es lo que ha permitido que se haya venido desarrollando mediante ley, en un continuo proceso de desconstitucionalización del Estado federal¹¹⁴ y del régimen municipal, creando en paralelo al

¹¹¹ Ello comenzó con la creación de “Órganos Desconcentrados de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDI)” (Véase Resolución N° 031 de la Vicepresidencia de la República, mediante la cual se establece la Estructura y Normas de Funcionamiento de los órganos Desconcentrados de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDI), en *Gaceta Oficial* N° 40.193 de 20-6-2013.) a cargo de funcionarios nacionales denominados “Autoridades Regionales,” las cuales, además, tienen “Dependencias” en cada Estado de la República, que están a cargo de Delegaciones Estadales, cuyos titulares, todos, son del libre nombramiento del Vicepresidente de la República. Dichos funcionarios se regularon en la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2014 con el nombre de “jefes [nacionales] de gobierno” (arts. 34, 41, 44). Estos Delegados o jefes de gobierno, que ejercen sus funciones “dentro del territorio del Estado que se ha asignado” (art. 19), se los ha concebido como los supuestos “canales de comunicación” de los Gobernadores de Estado con el Poder Nacional y viceversa, del Poder Nacional con los Estados, teniendo además como misión “realizar las acciones tendentes a impulsar la integración y operación de las comunidades organizadas, instancias del poder popular, organizaciones del poder popular, los consejos de economía y contraloría comunal bajo su demarcación, en términos de la normatividad aplicable, cumpliendo con los criterios establecidos por la Autoridad Regional de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDI)” (art. 20). Dichas autoridades, en todo caso, también encontraron regulación en noviembre de 2014, en la *Ley de Regionalización Integral para el Desarrollo Socio-productivo de la Patria*. (Véase Decreto Ley N° 1.425, en *Gaceta Oficial* N° 6.151 Extra. de 18 de noviembre de 2014).

¹¹² Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.156 de 13 de abril de 2009.

¹¹³ Véase sentencia N° 2257 de 13 de noviembre de 2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 202 y ss.

¹¹⁴ Véase en general sobre este proceso de desconstitucionalización del Estado, BREWER-CARÍAS, Allan R. “La desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela: del Estado Democrático y Social de derecho al Estado Comunal Socialista, sin reformar la Constitución,” en *Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández, Diversas Disciplinas Jurídicas*, (Coordinación y Compilación Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia), Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Vol. V, Caracas 2012, pp. 51-82; en Carlos Tablan-te y Mariela Morales Antonorzzi (Coord.), *Descentralización, autonomía e inclusión social. El desafío actual de la democracia*, Anuario 2010-2012, Observatorio Internacional para la democra-

régimen de gobierno local previsto en la Constitución, para destruirlo, el antes mencionado Poder Popular o Estado Comunal, con el que se dio inicio más bien al proceso de desmunicipalización del país.¹¹⁵

Proceso que se ha acrecentado precisamente mediante la creación de las Comunas y de los Consejos Comunales, como entidades con autoridades que no han sido electas mediante sufragio que forman el llamado Estado Comunal que se ha venido implementando al margen de la Constitución y en fraude a la voluntad popular que lo rechazó en 2007, mediante el vaciamiento de las competencias de los municipios y su forzosa transferencia a dichas entidades del Poder Popular conforme a la Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones (Decreto Ley N° 9.043);¹¹⁶ limitado el rol del Municipio como promotor de la participación del pueblo a actuar sólo “a través de las comunidades organizadas,” destruyendo así el federalismo, la descentralización y el municipio, e imponer un nebuloso Estado comunal como expresión de tránsito hacia el socialismo.”¹¹⁷

Es decir, conforme he dicho este esquema de establecimiento del Poder Popular y el Estado Comunal, a los efectos de ahogar y estrangular progresivamente el Estado Constitucional, la primera de las instituciones territoriales afectadas por supuesto que fue el Municipio, el cual, siendo la unidad política primaria dentro la organización de la República, ha quedado desvinculado totalmente del proceso de desarrollo comunal y de la participación popular, y lo más grave aún, pretendiéndose establecer una “democracia” sin representación.

cia y descentralización, En Cambio, Caracas 2011, pp. 37-84; y en *Estado Constitucional*, Año 1, N° 2, Editorial Adrus, Lima, junio 2011, pp. 217-236. Véase además, BREWER-CARÍAS, Allan R., “Las leyes del Poder Popular dictadas en Venezuela en diciembre de 2010, para transformar el Estado Democrático y Social de Derecho en un Estado Comunal Socialista, sin reformar la Constitución,” en Cuadernos Manuel Giménez Abad, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autónomo, No. 1, Madrid, Junio 2011, pp. 127-131; “La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela,” en *Revista de Derecho Público*, No. 124, (octubre-diciembre 2010), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 81-101; y el estudio: “Introducción General al Régimen del Poder Popular y del Estado Comunal (O de cómo en el siglo XXI, en Venezuela se decreta, al margen de la Constitución, un Estado de Comunas y de Consejos Comunales, y se establece una sociedad socialista y un sistema económico comunista, por los cuales nadie ha votado),” en Allan R. BREWER-CARÍAS, Claudia NIKKEN, Luis A. HERRERA ORELLANA, Jesús María ALVARADO ANDRADE, José Ignacio HERNÁNDEZ y Adriana VIGILANZA, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal)* Colección Textos Legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 9-182. Véase más recientemente, BADELL, Rafael. *Del Estado Federal al Estado Comunal*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2021.

¹¹⁵ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Coordinación de Postgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo “Agustín Gordillo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2007, pp. 49 a 67.

¹¹⁶ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.097 Extra. de 15 de junio de 2012.

¹¹⁷ Véase lo expresado por José Luis Villegas M., “Hacia la instauración del Estado Comunal en Venezuela: Comentario al Decreto Ley Orgánica de la Gestión Comunitaria de Competencia, Servicios y otras Atribuciones, en el contexto del Primer Plan Socialista-Proyecto Nacional Simón Bolívar 2007-2013,” en *Revista de Derecho Público*, N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 127 ss.

VIII. EL PRINCIPIO DEL GOBIERNO CIVIL Y SU FALSEAMIENTO CON LA AVASALLANTE MILITARIZACIÓN DEL PAÍS AL MARGEN DE LA AUTORIDAD CIVIL

Por último, otra de las muestras de falseamiento del Estado democrático en Venezuela ha sido el proceso de descivilismo, es decir, de eliminación del régimen de gobierno civil que es de la esencia del Estado de derecho y de la democracia, mediante un avasallante proceso de militarización del Estado y del país.

Dicho proceso comenzó en 1999, con el asalto al poder que se dio con ocasión de la elección a la Asamblea Nacional Constituyente la cual fue integrada por el grueso de los militares que habían intentado, junto con Hugo Chávez, dos fracasados golpes de Estado de 1992.

Ese asalto a la Asamblea Constituyente originó el diseño en la Constitución de elementos militaristas, como lo advertimos en 1999,¹¹⁸ al eliminarse del texto constitucional la formulación expresa del principio de sujeción o subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil, consagrándose, al contrario, una gran autonomía de la autoridad militar y de la Fuerza Armada, con la posibilidad de intervenir en funciones civiles.

El desarrollo del militarismo se efectuó, así, en los últimos lustros, por la eliminación de la tradicional prohibición de que la autoridad militar y la civil no podían ejercerse simultáneamente, como se estableció en las Constituciones anteriores; la eliminación del control por parte de la Asamblea Nacional respecto de los ascensos de los militares de alta graduación, como se había regulado en el constitucionalismo histórico, siendo ahora un asunto exclusivo de la Fuerza Armada (art. 331); la eliminación de la obligación de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas que preveía el artículo 132 de la Constitución de 1961, con lo cual el respeto a la democracia dejó de ser obligación constitucional de la Fuerza Armada; la eliminación de la otra obligación de la Fuerza Armada de respetar la Constitución y las leyes, “cuyo acatamiento - como lo decía el artículo 132 de la Constitución de 1961 - estará siempre por encima de cualquier otra obligación.”

Todos estos cambios fueron la base para el desarrollo del militarismo en Venezuela, lo que se agravó entre otros factores, con la adopción en la Constitución de 1999 del concepto de la doctrina de la seguridad nacional, como globalizante, totalizante y omnicompreensiva, conforme a la cual todo lo que acaece en el Estado y la Nación, concierne a la seguridad del Estado, incluso el desarrollo económico y social (art. 326)”; y la eliminación del principio del carácter no deliberante y apolítico de la institución militar, como lo establecía el artículo 132 de la Constitución de 1961.¹¹⁹

Todo ello abrió la vía para que la Fuerza Armada, como institución militar, y para que los militares, comenzar a deliberar políticamente, configurándose a la Fuerza Armada como un partido militar “chavista,”¹²⁰ luego de un proceso sostenido y continuo de destrucción del

¹¹⁸ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “Razones del voto NO en el referendo aprobatorio de la Constitución,” en *Debate Constituyente (Labor en la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

¹¹⁹ Véase lo que expusimos sobre el marco militarista de la Constitución en 1999, en BREWER-CARÍAS, Allan R., *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999; y en *Asamblea Constituyente y Poder Constituyente 1999*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VI, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 1049-1050.

¹²⁰ El general Vladimir Padrino, Jefe del Comando Estratégico Operacional de la Fuerza Armada en el discurso de orden que pronunció en la Asamblea nacional el día de la Independencia, el 5 de julio de 2014, expresó: “Lo voy a decir con mucha responsabilidad atendiendo a la ética y a la gran

profesionalismo militar.¹²¹ El proselitismo político de los militares, además, ha sido formalmente regularizado por sentencia de la Sala Constitucional de 11 de junio de 2014, mutando la Constitución,¹²² resultando de todo ello que los militares han pasado a formar parte de un grupo privilegiado en la sociedad, con seguro acceso a bienes y servicios a los cuales los ciudadanos comunes no llegan.¹²³

Ese esquema militarista que se estableció en la Constitución de 1999, incluso se pretendió reforzar y reconstitucionalizar en la reforma constitucional presentada por Chávez en 2007,¹²⁴ afortunadamente rechazado por el pueblo, pero que sin embargo ha sido puesto en práctica de hecho durante los últimos veinte años, no solo con la creación al margen de la Constitución en 2008 de la Fuerza Armada “Bolivariana,” mediante la Ley Orgánica de la misma, sino con el nombramiento, además, de militares y exmilitares para ocupar la mayoría de los altos cargos públicos, y su elección, también, para los gobiernos regionales y locales, lo que ha conducido al apoderamiento casi total de la Administración civil del Estado por parte de los militares y por la Fuerza Armada, a la cual, incluso se le atribuye en la Constitución “la participación activa en el desarrollo nacional” (art. 328).

En esa línea, en septiembre de 2014, quien ejerce la Presidencia de la República entregó a los militares el control total de la economía al designar a militares para dirigir todos los órganos de la Administración Pública del sector económico,¹²⁵ designando incluso para diri-

política: esta FANB es chavista.” Véase en <http://www.diariolasamericas.com/america-latina/jefe-militar-venezolano-asegura-que-fuerzas-armadas-chavistas.html>. Tres meses después, el 23 de octubre de 2014 apareció publicado el decreto mediante el cual se lo designó Ministro del Poder Popular para la defensa. Véase Decreto N° 1346 en *Gaceta Oficial* N° 40.526, de 25 de octubre de 2014.

¹²¹ Véase Fernando Ochoa Antich, “Destruir el profesionalismo militar,” en *El Nacional*, Caracas 28 de septiembre de 2014, en http://www.el-nacional.com/fernando_ochoa_antich/Destruir-profesionalismo-militar_0_490151147.html

¹²² Véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 651 de 11 de junio de 2014 (Caso *Rafael Huízi Clavier y otros*) en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/165491-651-11614-2014-14-0313.HTML>. Véase el comentario en BREWER-CARÍAS, Allan R., “Una nueva mutación constitucional: el fin de la prohibición de la militancia política de la Fuerza Armada Nacional, y el reconocimiento del derecho de los militares activos de participar en la actividad política, incluso en cumplimiento de las órdenes de la superioridad jerárquica,” en *Revista de Derecho Público*, N° 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

¹²³ Véase por ejemplo el reportaje publicado en *Bloomberg News*: “New Cars for the Army as Venezuelans Line Up for Food,” 19 de septiembre de 2014, en <http://www.bloomberg.com/news/2014-09-29/venezuelan-army-enjoys-meat-to-cars-denied-most-citizens.html>

¹²⁴ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., *Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, 160 pp.

¹²⁵ Véase el comentario sobre los cambios ministeriales de septiembre de 2014 por Francisco Mayoiga, “Gustavo Azócar Alcalá, Los militares y la economía,” en *ACN, Agencia Carabobeña de Noticias*, 10 de septiembre de 2014, en <http://acn.com.ve/opinion/los-militares-y-la-economia/>. Sin embargo, la entrega de la conducción de la economía a los militares no es nueva. Véase por ejemplo lo escrito meses antes por: Patricia Claremboux, AFP, “Bajo el ala de Maduro, los militares toman control del poder económico de Venezuela. En sus primeros 9 meses de gobierno, el mandatario ya nombró a 368 uniformados en puestos políticos. Ahora, con la designación de un general del Ejército al frente del Ministerio de Finanzas, la militarización se extiende a la economía,” 20 enero de 2014, en <http://www.infobae.com/2014/01/20/1538269-bajo-el-ala-maduro-los-militares-toman-control-del-poder-economico-venezuela>. Véase además el reportaje: “Maduro dejó en manos de un militar los problemas económicos de Venezuela. El presidente venezolano puso a Hebert García Plaza al frente del Órgano Superior de la Economía, creado para enfrentar la emergencia,” 13 de septiembre de 2013, en <http://elcomercio.pe/mundo/actualidad/maduro-dejamos-militar-problemas-economicos-venezuela-noticia-1630919>; y el reportaje: “Militares co-

gir y terminar de destruir a PDVSA, a militares activos o recién retirados, sin conocimiento alguno del negocio petrolero,¹²⁶ en medio de un esquema de corrupción de escala inconmensurable que obligó al propio gobierno en 2023 a hacer público parte de la catástrofe depredadora.

Lo grave de este apoderamiento de la Administración Pública y del control militar de la economía, ha sido, además, en los últimos años, la creación de empresas públicas del Estado de carácter militar adscritas al Ministerio de la Defensa y manejadas exclusivamente por militares, como es el caso de la Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG), creada por decreto N° 2.231 de 10 de febrero de 2016,¹²⁷ creada en paralelo a PDVSA. Dicha empresa, contrariando la Constitución, ha resultado ser el instrumento más depredador del ambiente que pueda imaginarse, lo que ha quedado evidenciado en su participación como agente explotador en el ecocidio de la zona estratégica del llamado Arco Minero del Orinoco en el Estado Bolívar, establecida precisamente dos semanas después de la creación de dicha empresa militar.¹²⁸

Pero el militarismo no sólo se ha manifestado en la organización de la Administración, sino en el extraordinario gasto militar en que ha ocurrido Venezuela en los últimos años, no superado por ningún país de la región;¹²⁹ así como por la militarización progresiva de funciones otrora administrativas, como las de policía, lo que se vio en particular, con extrema gravedad a partir de 2014, en la militarización de la represión a las protestas y no sólo estudiantiles, sino vecinales y sindicales.¹³⁰

Este hecho de la militarización de las fuerzas de seguridad y orden público, incluso, fue particularmente destacado desde 2019 en el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Michelle Bachelet sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, en el cual mostró una “visión general de la situación de los derechos

mandan economía en Venezuela,” en *Agencia France Press*, 20 de enero de 2014, en http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2014/01/20/in-terna_internacional,489796/militares-comandam-economia-na-venezuela-afirmam-analis-tas.shtml. Véase, además, Peter Wilson, “A Revolution in Green. The Rise of Venezuela’s Military,” en *Foreign Affairs*, 2014, disponible en <http://www.foreignaffairs.com/arti-cles/142133/peter-wilson/a-revolution-in-green>.

¹²⁶ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., *Crónica de una destrucción. Concesión, Nacionalización, Apertura, Constitucionalización, Desnacionalización, Estatización, Entrega y Degradación de la Industria Petrolera*, Colección Centro de Estudios de Regulación Económica-Universidad Monteávila, N° 3, Universidad Monteávila, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, 730 pp.

¹²⁷ Véase en *Gaceta Oficial* N° 40.845, de 10 de febrero de 2016.

¹²⁸ Véase el Decreto No. 2248 de 24 de febrero de 2016 de creación de la zona de desarrollo estratégico nacional Arco Minero de Orinoco. Véase *Gaceta Oficial* No. 40855 del 24 de febrero de 2016.

¹²⁹ Véase Carlos E. Hernández, “Venezuela tuvo el mayor crecimiento en gasto militar de Latinoamérica,” en *Notitarde.com*, 6 de febrero de 2014, en <http://www.notitarde.com/Pais/Venezuela-tuvo-el-mayor-crecimiento-en-gasto-militar-de-Latinoamerica/2014/02/06/303181>.

¹³⁰ Como lo destacó recientemente la destacada dirigente política, Paulina Gamus: “Con Chávez se inaugura no solo la militarización del gobierno, sino también la politización del mundo militar.” “La inspiración para ese modelo” agregó, está en “el culto a la personalidad, la transformación de los hombres de armas en la guardia pretoriana del gobernante y la presencia atropellante de militares en cargos públicos, con licencia para robar.” Véase en el artículo “Mamá, yo quiero un cadete. El apoyo de partidos de izquierda a los gobiernos militarizados de Chávez y Maduro en Venezuela es oprobioso,” en *El País, Internacional*, 14 de julio de 2014, en http://internacional.elpais.com/internacional/2014/07/14/actualidad/1405349965_980938.html

humanos” de enero de 2018 a mayo de 2019,¹³¹ constatando cómo la situación de estado de excepción que existe desde 2016 y que se ha ido renovando cada 60 días, ha implicado “un aumento de la militarización de las instituciones del Estado (§ 31); y cómo

“Las medidas se han adoptado con la finalidad declarada de preservar el orden público y la seguridad nacional contra presuntas amenazas internas y externas, han *aumentado la militarización de las instituciones del Estado y el empleo de la población civil en tareas de inteligencia y defensa*” (§76).

Por último hay que destacar cómo, en forma absolutamente contradictoria con el militarismo avasallante, de hecho, y como política de gobierno, la Fuerza Armada, durante estos últimos lustros, sin embargo perdió el monopolio de las armas y de la fuerza, no sólo por la creación de la llamada Milicia, fuera de los componentes tradicionales de la misma, sino por la proliferación de armas en manos de toda suerte de delincuentes y la dotación de armas a grupos civiles urbanos (los Colectivos) con vínculos criminales, fuera del control de los propios militares e incluso de las policías.¹³²

Sobre ello, el mismo Informe Bachelet destacó en cuanto a los “*colectivos armados*,” a los cuales calificó como “*grupos armados civiles pro-gubernamentales*” (§ 24), cómo han contribuido a ejercer “control social en las comunidades locales, *apoyando a las fuerzas de seguridad en la represión de manifestaciones y de la disidencia*” (§ 32); y cómo los mismos, “*también recurrieron a la violencia contra manifestantes, a menudo en coordinación con las fuerzas de seguridad*. En muchos casos, estas acciones produjeron muertes y heridas graves” (§ 39); recomendando, en definitiva, que el Estado “*Desarme y desmantele a los grupos armados civiles progubernamentales* (los llamados “colectivos armados”) y garantice la investigación de sus delitos” (§ 82).

APRECIACIÓN FINAL

Todo lo antes expuesto, lo que pone en evidencia, como ejemplo y estudio de caso en el Continente Iberoamericano es cómo en un Estado como Venezuela, a pesar de todo lo que dice la Constitución sobre el *Estado democrático y social de derecho, descentralizado y de justicia*, en la práctica ello ha resultado ser una gran mentira, habiéndose falseado completamente su contenido, con las ejecutorias de un gobierno autoritario que se instaló en el país desde 1999 cuando un grupo de militares golpistas fracasados, utilizando los mecanismos propios del populismo constitucional,¹³³ asaltaron el poder, para controlarlo.

¹³¹ Véase “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela,” 4 de julio de 2019, en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC41_18_SP.docx. Los “comentarios del Estado” (“Comentarios sobre errores de hecho del Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la situación de derechos humanos de la República Bolivariana de Venezuela”), pueden consultarse en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_Add.1.doc

¹³² OCHOA ANTICH, Fernando. “Violencia y más violencia,” en *El Nacional*, 12 de octubre de 2014, en http://www.el-nacional.com/fernando_ochoa_antich/Violencia-violencia_0_499150202.html

¹³³ Véase sobre el tema mi estudio en Juan Carlos Cassagne y BREWER-CARÍAS, Allan R., *Estado populista y populismo constitucional. Dos estudios*, Ediciones Olejnik, Santiago, Buenos Aires, Madrid 2020, 330 pp.

Por ello, las violaciones a la misma, como se ha dicho, comenzaron a producirse desde el mismo momento en el cual la Constitución entró en vigencia, comenzándose a producirse con ello el falseamiento de todos los elementos y principios esenciales del Estado de derecho, así como de todos los elementos y componentes esenciales de la democracia como régimen político tal como los definió casi coetáneamente la Carta Democrática Interamericana de 2001.

Allí está una experiencia, y de allí no puede salir ahora otra cosa que no sea sino una recomendación fundamental que, con todo afecto, le formulo a mis amigos de la república Dominicana, incluyendo a sus jueces constitucionales y gobernantes, y es que por favor cuiden su Constitución; cuiden la autonomía e independencia de los jueces; cuiden los mecanismos de control; cuiden el sometimiento de todos a la Constitución y a la ley; cuiden el goce de los derechos fundamentales; cuiden en fin su democracia y el Estado de derecho. No olviden que hay más de uno acechando a la vuelta de la esquina para acabar con todo ello, utilizando, deformándolos, los propios métodos democráticos.

La mentira judicial y la judicialización de la participación política Guerra híbrida y «Lawfare» en el siglo XXI

Asdrúbal Aguiar*

*Profesor de Derecho Internacional,
Universidad Católica Andrés Bello*

*“En sus primeros escritos encontramos ya las investigaciones... sobre los orígenes y la definición de soberanía - sus orígenes en las guerras religiosas europeas - así como las características de la definición de hostilidad y del estado de emergencia... En lugar de la guerra entre Estados regulada legalmente y dirigida por ejércitos regulares, Schmitt ahora mira hacia el surgimiento de la figura del partisano, que busca una guerra híbrida anticolonial, civil y de clases”. Howard Caygill, *On Resistance. A Philosophy of Defiance*, London, 2013.*

Resumen: *El presente ensayo explica los orígenes de la mentira judicial en América Latina y el uso para ello de los jueces, previamente cooptados tras procesos constituyentes y «destituyentes» de las judicaturas como ocurriera en Venezuela, país pionero de la cuestión; en modo tal de que aquellos, tras la falaz idea de un nuevo constitucionalismo pudiesen, si cabe esta vez el giro de Piero Calamandrei, legalizar a la ilegalidad y el hacerle decir a los textos constitucionales lo que no dicen, con un único propósito: forjar dictaduras elegidas, dictaduras del siglo XXI, apuntalándolas sobre un artificioso y emergente derecho humano a la reelección. Así, luego éstas hacen ver que se les persigue, cuando se les exige rendir cuentas, mediante una aviesa práctica de LawFare, como modalidad guerra global y posmoderna en la que se usa a la Justicia para la venganza política. El término, forjado sobre la idea señalada, constante en los documentos del Foro de Sao Paulo desde 1990-1991, la reivindica con dicho nombre el Grupo de Puebla treinta años más tarde; si bien LawFare es el título del proyecto de protección de derechos del pueblo judío, creado en 2015 y es el mismo que usa el Blog creado en USA para debatir sobre los límites legales de las acciones de seguridad nacional a partir de 2010, sobre todo desde que asume el poder Donald Trump.*

Palabras Clave: *Autonomía personal, constitución, constituyente, cuestión antropológica, deconstrucción jurídica, democracia, derecho del enemigo, derecho internacional, Era Nueva, Estado de Derecho fraude electoral, golpes híbridos, guerra híbrida, inteligencia artificial, Justicia, LawFare, libertad de pensamiento, narcoterrorismo, posdemocracia, reelección, régimen de la mentira, revolución digital, rupturas constitucionales, transición, transición democrática, verdad.*

* El autor es secretario general del Grupo IDEA, exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y miembro de la Real Academia Hispanoamericana de Ciencias, Artes y Letras de Cádiz, de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de la Accademia Perolitana de Messina, y de la Academia de Mérida.

Abstract: *This essay explains the origins of judicial lying in Latin America and the use for it of judges, previously co-opted after constituent and “removal” processes of the judiciaries as occurred in Venezuela, a pioneer country on the issue; in such a way that those, behind the fallacious idea of a new constitutionalism could, if possible this time the turn of Piero Calamandrei, legalize illegality and make the constitutional texts say what they do not say, with a single purpose: to forge elected dictatorships, dictatorships of the 21st century, underpinning them on an artificial and emerging human right to re-election. Thus, they then make it appear that they are persecuted, when they are held accountable, through a vicious practice of LawFare, as a global and postmodern war modality in which Justice is used for political revenge. The term, forged on the aforementioned idea, constant in the documents of the Sao Paulo Forum since 1990-1991, was claimed under that name by the Puebla Group thirty years later; Although LawFare is the title of the project to protect the rights of the Jewish people, created in 2015 and it is the same one used by the Blog created in the USA to debate the legal limits of national security actions from 2010 onwards, especially since than Donald Trump assuming power.*

Key words: *Personal autonomy, constitution, constituent, anthropological issue, legal deconstruction, democracy, right of the enemy, international law, New Era, Rule of Law, electoral fraud, hybrid coups, hybrid war, artificial intelligence, Justice, LawFare, freedom of thought, narcoterrorism, post-democracy, re-election, regime of lies, digital revolution, constitutional ruptures, transition, democratic transition, truth.*

Escribe Platón sobre lo que admira, a saber, todo aquél quien sobre un fondo de verdad teje un espléndido bordado de su cosecha, fantasea a partir de cosas o hechos vividos a diferencia de quienes se refieren a hechos o a cosas indiscutidas, pero las presentan a la luz de sus intereses, o sea, manipuladas. A estos, que les llamaría historiadores el fundador de la academia de Atenas según su intérprete, les calificaría de traductores esclavos de sus opiniones restándoles crédito a diferencia del creador libre.¹ Vería a la novela, así, como una expresión sublime de la experiencia literaria.

Mas ocurre algo distinto cuando la realidad es otra, como la que denuncia Luciano refiriéndose a quienes extienden la mentira bajo el manto de la verdad; justamente para destacar lo que él mismo hace con sus *Relatos verídicos*.

Con giro socrático deliberado admite que “sólo digo una verdad, la de que miento”, con un propósito noble como el hacer viajar al lector a través de mentiras para volverlo exigente en su mirada²; para que se tropiece con la verdad.

En otras palabras, tal como acontece con el mito entre los griegos. Sirven para hablar de manera figurada o metafórica sobre esas otras verdades que adquieren dignidad, a pesar de la mentira que parecen decir y a fin de estimular a que se mire y se sienta al mundo con otros ojos; para descubrir en este lo que importa y es valioso, lo que nos ayuda a mejor regular nuestras limitaciones personales.³

Filoctetes, durante la guerra de Troya, quien se encuentra herido y le persuade con mentiras Odiseo - éste, ante aquél, se le presenta como ejecutor de la voluntad de Zeus - para que vuelva a combatir como al término lo hace y mata con su flecha a Paris, repara en que “la mentira no realiza la voluntad divina, sino que falsea a los mismos dioses, en tanto se los pone como excusa para el engaño”.⁴

¹ Diálogos VI, *Estudio preliminar de Teaitetos*, por Juan B. Bergua, Madrid, 1960.

² HUALDE y SANZ, *La literatura griega y su tradición*, Madrid, 2008.

³ GONZÁLES y ROMERO, *Claves para la lectura del mito griego*, Madrid, 2021.

⁴ GASTALDI y GAMBÓN, *Sofística y teatro griego*, UNS, 2006.

Esto último es, exactamente, lo que hace el fascismo contemporáneo y describe Piero Calamandrei (1889-1956) como sufriente que fue de lo ocurrido en la Italia bajo Benito Mussolini. Su texto seminal⁵ sobre el régimen de la mentira, cuyos párrafos repito con ánimo renovado por la actualidad de su crónica para el Occidente que emerge a partir de 1989, reza así:

“La mentira política, que puede ocurrir en todos los regímenes al corromperse o degenerar, en el fascismo se la asume de forma sistemática como instrumento normal y fisiológico del gobierno”, precisa don Piero. Luego agrega la esencia de lo que ausculta: “Es algo más profundo, más complicado, y más turbio que la mera ilegalidad... es el régimen de la indisciplina autoritaria, de la legalidad adulterada, de la ilegalidad legalizada, del fraude constitucional”.

Este proemio, necesario, como astrolabio de las páginas siguientes son útiles para diseccionar el discurso de Fidel Castro de 26 de julio de 1989, dicho en la Plaza Mayor de Camagüey a menos de cuatro meses de cristalizar el fracaso comunista o socialismo real, simbolizado en la caída del Muro de Berlín. Sus primeras carillas, que suman casi un centenar de párrafos, hacen dudar del autor y del objeto al que se refiere, pues mejor calzan con la realidad del primer mundo y este, en una suerte de esquizofrenia intelectual, las extrapola a la Cuba que gobierna.

Sucesivamente pasa a los anuncios - tras 30 años de revolución - que son promesas al boleo e hiperbólicas, situando la ominosa realidad que padecen quienes le escuchan en los predios del siglo XXI. Les habla de la transición verde que ya percibe en Cuba y es consigna entre los causahabientes del fracaso marxista: “Planteamos, incluso, la idea de aprovechar el estiércol de la enorme masa ganadera que estará alrededor de la ciudad - la que aún no come carne porque no le llega - para convertirlo en humus”, dice. Y afirma que construirá allí, donde perora, 200 vaquerías por año.

Finalmente se pregunta, ante su audiencia, que desprecia al someterla a la dialéctica de sus engaños, lo más insólito, su deliberada pérdida de contacto con la realidad: “Quisiera saber si en Estados Unidos, por ejemplo, hay alguna unidad que se asemeje a esta; quisiera saber si en Europa, si en Francia, si en Holanda hay un tipo de organización integral de la producción de magnitud que se semeje a esta”. Se refiere, justamente, a lo no que no existe y es la obra de su delirio: “Se está construyendo el más grande centro lechero del mundo”, en Camagüey.

Al ir concluyendo, de vuelta a lo inevitable, le hace saber al pueblo reunido lo que este sabe y a diario le rasga sobre la piel: “A pesar de la sequía, cuyos daños serían realmente incalculables, esperamos mantener un nivel decoroso de producción azucarera [Cuba es azúcar, nada más]..., aunque, desde luego, mucho dependerá de lo que llueva en la parte final de este mes”, agrega.

Acepta Castro, no obstante, que en la isla “vivimos un momento especial dentro del movimiento revolucionario mundial”. Hay dificultades, dice, no sin quejarse del problema mayor para él y que mucho le irrita, “la euforia del imperialismo, la posición triunfalista del imperio”. Habla de las dificultades en Polonia y en Hungría, planteando, desde entonces, un dilema: “Hay dos tipos de comunistas”, “los que pueden dejarse matar fácilmente, y los comunistas que no nos dejamos matar fácilmente”, señalándose a sí.

Intima a Bush, quien, a su juicio, cree que se desintegra el socialismo y por llevar - afirma - una política de guerra “contra los pequeños pueblos progresistas”, entre los que suma a su heroica Cuba. “¡Cuba y la Revolución Cubana resistirán! Lo digo, y lo digo con calma, con serenidad y con toda la sangre fría del mundo ... Nosotros no bromeamos”, en su última sentencia.

⁵ CALAMANDREI, Piero *Il fascismo come regime della menzogna*, 2014.

He aquí, entonces, lo relevante con vistas al emergente relativismo cultural y el carácter sistemático que adquiere la mentira, con efectos globales y en el plano de la política.

Desde el año anterior, este gran mentiroso de la historia del siglo XX que es Castro se planteaba “la transición socialista”. Hablan los suyos de la “rectificación de errores y tendencias negativas”. Mas la aporía no les abandona, pues la mentira sigue siendo el gran vector ideológico. Y es cuando afirman los tecnócratas del castrismo que “la voluntad y la acción organizada socialista en el poder tienen que abrirse paso mediante combinaciones de elementos del modo capitalista... y de elementos de un nuevo modo de predominio de la voluntad consciente y organizada sobre el “reino” mismo de la economía y sobre las demás esferas de la vida”.⁶

Así que, tras la reedición de un Jano junto al líder del Partido de los Trabajadores de Brasil, Luis Inácio Lula da Silva, llegado 1990 crea Castro el Foro de São Paulo. Desde allí observa y analiza el “modelo de transición socialista” de Europa oriental y su crisis, y tal como consta en el documento fundacional y en el otro que adoptan ambos al año siguiente, en Ciudad de México, extraen para la forja de la “rectificación” “gattopardiana” que se proponen, como socialistas del siglo XXI, las siguientes líneas de acción:

- (1) Presentar a la izquierda y al socialismo “como alternativas necesarias y emergentes”, a pesar del lastre que pesa sobre ellas;
- (2) condenar al capitalismo neoliberal y sus privatizaciones;
- (3) desnudar la “coartada” de la lucha contra el narcoterrorismo en tanto que mascarada para la militarización norteamericana de América de Sur, junto al rechazo de la “guerra andina contra el narcotráfico”; y
- (4) avanzar a la conquista del poder por la vía electoral y luchar contra “las estructuras políticas en la que los electos tienen su capacidad de mandato recortada”.

En otras palabras, sin renunciar a lo que siguen siendo - comunistas, como lo precisa el mismo Castro cuando se le pregunta por el socialismo del siglo XXI - no hablan más del pasado. Obvian el control de los medios de producción, mas, como lo demostrará la experiencia, seguirán persiguiendo a aquellos empresarios y comerciantes que no se les someten e insistirán en que a ellos mismos se les perseguirá - otra vez jugando a la falacia - por lo que son, socialistas. Las alianzas con el narcotráfico y el beneficio de sus dineros, las presentarán como estrategias de sus enemigos y experiencias de criminalización de la política.

En fin, llegar al poder democráticamente es lo previsto, para luego, incidiendo en las Constituciones y las leyes, secuestrar los aparatos electorales y consagrar la reelección de los gobiernos que alcancen a detentar. Harán de esta un derecho humano, apelando a la Justicia controlada. Y así, quedaría abierta, desde entonces, otra falacia en las Américas, a saber y para lo sucesivo, que el pueblo puede elegir, democráticamente, entre la libertad y la dictadura. Esta, pasados 30 años, será la tesis que esgrimirán China y Rusia como paso previo a la guerra contra Ucrania: “Corresponde únicamente al pueblo del país decidir si su Estado es democrático”, reza la declaración adoptada por las dos grandes potencias.⁷

Entre tanto, unido al Foro de Sao Paulo el Partido de la Izquierda Europea, precisa y renueva como objetivos del socialismo durante el siglo corriente:

- (1) “Enfrentar el avance de las derechas y del fascismo”, para sostener la polarización política; y

⁶ MARTÍNEZ HEREDIA, F. *Rectificación y profundización del socialismo en Cuba*, 1989.

⁷ Joint Statement of the Russian Federation and the People’s Republic of China on the International Relations Entering a New Era and the Global Sustainable Development, February 4, 2022.

(2) defender el “derecho a la circulación de las personas”, léase, acompañar al movimiento migratorio global como forma de controvertir las políticas “neocolonialistas, racistas y xenófobas” del Imperio.

No se trata, en lo adelante, de una lucha abstracta contra el capitalismo, sino de enfrentar de un modo agonal a quienes intenten frenar la vía hacia el socialismo progresista - que las experiencias de Bolivia, la misma Cuba, Nicaragua, y sobre todo Venezuela, muestran como de abierta pérdida del bienestar colectivo, salvo para el reducido grupo que detenta el poder.

Se ha de demonizar al adversario, sea o no de derechas, llamándole fascista en otra aporía manifiesta, pues la esencia del fascismo, lo hemos dicho, es la del régimen de la mentira. Se le tacha de retrógrado por sostener los valores de la civilización judeocristiana que han de dar por agotada y cuyas raíces cabe fracturar, en línea con el catecismo gramsciano sustitutivo del Manifiesto Comunista. La cuestión, al cabo, es cultural y así se la ha de entender.

En igual orden, rebautizados a partir de 2019 con el adjetivo que usara Castro en 1989, el de «progresistas», los integrantes del Grupo de Puebla, causahabientes del Foro, al afinar sus propósitos arguyen otra vez la emergencia de un “proyecto político alternativo”.

Revelan en su Manifiesto de 2021 como líneas un cúmulo de consignas movilizadoras de opinión, a fin de introducir - en línea con la tesis del quiebre cultural - confusión, incertidumbre, posesión ilusoria de la verdad, diría Platón: “Tú no haces sino confundirte tú, y confundir a los demás”.⁸ Ellas son, a la par, revelaciones del comportamiento que les es propio y trasladarán a sus enemigos:

- (1) La denuncia de lo que llaman “golpes híbridos” contra los gobiernos “progresistas” de la región, precisándolos como parte de la iniciativa norteamericana de “guerra híbrida” que deben resistir y combatir;
- (2) el renovado estímulo de la polarización que les útil, al denunciar “un crecimiento de la extrema derecha”, entendida como lo opuesto al progresismo;
- (3) la predica de la “democracia sustantiva”, la de resultados así sea a costa de sus elementos esenciales y formales, como el Estado de Derecho, que omiten en su discurso;
- (4) atribuir a un “neofascismo conservador” la realización de “guerras jurídicas o *Lawfare* que afectan derechos elementales de líderes y lideresas del progresismo”; y
- (5) afincados sobre la tesis del Buen Vivir y apoyados sobre las prédicas de Francisco, asumir la denuncia de la “cultura de los muros”, reiterando el objetivo fijado por la izquierda europea del apoyo a las migraciones hacia el norte.

El corolario, como síntesis de lo vigente, salta a la vista. Se le endosan al enemigo de derechas - sin mengua de que algunos de estos, cultores de la «dictadura del bienestar» hagan otro tanto en oposición al progresismo - prácticas deleznable en toda sociedad decente; pero que los seguidores poblanos las inauguran al emprender el camino de la transición socialista, como la de la «guerra híbrida» y su subproducto, el «*Lawfare*», casualmente forjadas desde Venezuela.

No hablan más los poblanos como lo hace el Foro, del enemigo que originalmente fuese el capitalismo neoliberal, sino del hombre y la mujer de derechas, ahora neofascistas y conservadores. Así facilitan la confluencia de esos dos términos en apariencia antitéticos, capitalismo neoliberal vs. progresismo, resolviéndose la aporía y abriéndosele camino cierto, como lo creen, a la tesis cubana de la “rectificación”.

⁸ AGUIRRE, Javier, *Dialéctica y filosofía primera*, 2015.

El capitalismo, como se sabe, se engulle las necesidades humanas, las licua y las transforma - siendo siempre las mismas - para sostener la avidez de satisfacciones materiales en medio de su postulada dictadura del bienestar; todavía más ahora, bajo presión de la gobernanza digital y sus algoritmos. Y, en igual plano, la cura de la insatisfacción, la urgente saciedad de la embriaguez que estaría suscitando la «civilización del tener» para hacer felices a los consumidores, de suyo intolerantes e inmediatistas, la toma en sus manos la resucitada tesis del Buen Vivir, compartida por los poblanos y el Papado.

Son respuestas, ambas, que sirven como terapia que no cura - he allí la otra forma del engaño sistemático - pero que sosiega, como la droga, a unas generaciones desasidas de seguridades por haber abandonado, presas de un complejo adánico, las raíces occidentales que las afirmaban y sostenían en pie. Tanto que, sobre ambos rieles, una y otra perspectiva se contentan con lo que prometen ante la insatisfacción democrática sobrevenida ambas perspectivas, construir “democracias sustantivas”, léase dictaduras del siglo XXI que aseguren progreso si se las elige, aun a costa de la libertad y sin los balances de poder inherentes a la democracia.

Me detendré en los dos aspectos novedosos que son la síntesis actual del conjunto explicado e interesan a la cuestión de la judicialización de la mentira y de la participación política, a saber, los que son propios a Sao Paulo y a Puebla y los muestran como amenazas de terceros, de la derecha neofascista que combaten: La guerra híbrida y el *Lawfare* como una de sus modalidades.

La guerra híbrida - categoría reciente y de señalada factura militar norteamericana, que adquiere suceso comunicacional tras la guerra de Rusia contra Ucrania, animada por China con vistas a La Era Nueva - se caracteriza según sus teóricos “por la integración en tiempo y espacio de procedimientos convencionales con tácticas propias de la guerra irregular”. Sostiene Guillem Colom Piella al respecto, lo siguiente:

“Ambas ideas - una guerra irregular de creciente complejidad, magnitud, alcance y peligrosidad junto con una nueva concepción operativa fundamentada en el empleo integrado de fuerzas regulares e irregulares - sentarían las bases de la guerra híbrida, concebida ésta como una sofisticada forma de lucha característica de la Era de la Información que, fundamentada en las posibilidades que brinda la globalización y el libre acceso a las tecnologías avanzadas, se distingue por la combinación, en todos los niveles y fases de la operación, de acciones convencionales e irregulares, mezcladas éstas últimas con actos terroristas, propaganda y conexiones con el crimen organizado”.⁹

No olvidemos, a tal efecto, la asociación inaugural de Castro, previa a la de Venezuela a partir de 1999, con el mundo del narcotráfico.¹⁰

Lo cierto es que las tituladas guerras del siglo XXI encuentran asidero y explicación dentro de ese inédito ecosistema producto del «quiebre epocal» inaugurado en 1989 - lo hemos dicho - al que se suma el agotamiento del socialismo real y lo caracterizan la tercera y la cuarta revoluciones industriales, la digital y la de inteligencia artificial. La virtualidad y la instantaneidad entierran a la lógica de la experiencia territorial e histórico temporal de las sociedades y de la organización del poder, desde sus orígenes más remotos. Es lo inédito y novedoso. Lo imaginario se sobrepone a la racionalidad de lo objetivo.

Por vía de efectos, la deconstrucción cultural, la liquidez en las ideas como lo señala Zygmunt Bauman¹¹, paradójicamente han hecho viable el sueño de Antonio Gramsci, marxis-

⁹ COLOM PIELLA, Guillem, *¿El auge de los conflictos híbridos?*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 120/2014.

¹⁰ Infobae, “La historia secreta sobre la relación entre Fidel Castro y Pablo Escobar”, 28 de noviembre de 2016; asimismo, Punto de Cuenta al.

ta italiano que bebe en las fuentes del fascismo y cultiva el régimen de la mentira. El cemento de lo social no es la ideología sino la cultura, cuya destrucción ha de ser el objetivo eficaz de toda revolución, según este.¹²

Tres hitos fundamentales se me hacen presentes a propósito de los señalados conflictos híbridos. Uno, la acción deslocalizada del terrorismo islámico en 2001 sobre las Torres Gemelas de Nueva York - símbolos de las libertades económicas en el capitalismo - dejando sin asidero al Derecho internacional moderno.¹³ El otro, que le precede de manera coetánea, la campaña de medios orientada a denunciar la pederastia en la Iglesia de Roma, casualmente el custodio de las raíces judeocristianas en Occidente.

No se olvide que 61 periódicos de California, en Estados Unidos, destapan sistemáticamente 2000 historias, hechos del pasado en su mayoría ciertos, pero suficientes para disparar sobre los sólidos de la catolicidad fracturándolos; ello, a pesar de que, en la investigación realizada por el profesor norteamericano Philip Jenkins “el 99,7% de los sacerdotes católicos nunca se han visto implicados en este tipo de comportamientos delictivos”.

Lo de subrayar es la razón de esa direccionada virulencia mediática norteamericana, que la desnuda el caso del Boston Globe una vez como pasa de manos de editores católicos al New York Times, de clara alienación liberal y demócrata:

“Martin Baron, había pedido al equipo investigar el problema de los abusos sexuales en la famosa Arquidiócesis Católica de Boston... Cuando Baron asumió como editor en el verano boreal de 2001, el Globe, como la mayoría de los diarios en todo el país, estaba perdiendo lectores... Aunque los periodistas del Globe podían objetar la contratación de una persona externa - “un hombre del Times”, más encima - no podían decir que Baron no estaba cualificado”.¹⁴

El tercer hito de la hibridez bélica en el siglo XXI está a la vista. Lo comenté en mi reciente exposición ante el Grupo IDEA al abordar la cuestión de la Gobernanza Digital.¹⁵ Preguntaba sobre si ¿es razonable pedir de los israelitas y los palestinos, ambas víctimas de Hamás, mantenerse inermes - como lo reclamaba en 2005 el hoy expresidente español J. L. Rodríguez Zapatero - frente a actos de arbitraria desestabilización e inhumanidad ante la inacción del órgano de seguridad encargado de hacer valer la autoridad del Derecho internacional como Naciones Unidas? ¿Acaso no observamos el choque de relatos que avanza, aquí sí, a nivel global y sobre las redes, desde el instante en que se ejecutan los atentados terroristas contra los judíos? Se travisten los hechos y se exacerbaban los prejuicios. Lo que es más grave, tras el argumento falaz de la imparcialidad informativa se homologan la maldad absoluta con quienes luchan por sostener el sentido primario de la vida y las libertades. Esa es la guerra híbrida y sus *FakeNews*.¹⁶

Debo decir, entonces, que el germen de la guerra híbrida o asimétrica y su marca de fábrica - salvo la cuestión particular del *Lawfare* o la judicialización del enemigo - es de neto origen venezolano. Precede al trabajo del Pentágono, de 2005.¹⁷

¹¹ BAUMAN, Zigmunt, *Modernidad líquida*, 2001.

¹² DÍAZ-SALAZAR, *Gramsci y la construcción del socialismo*, 1993.

¹³ AGUIAR, Asdrúbal, *Código de derecho internacional*, 3ª Edición, 2021.

¹⁴ “Reportear una Verdad Explosiva: Boston Globe y los Abusos Sexuales en la Iglesia Católica”, Columbia University, CSJ-13-0050.0.

¹⁵ VIII Diálogo Presidencial. Miami Dade College, 7 de noviembre de 2023.

¹⁶ Sobre la cuestión, *Vid.* Luis Almagro et al., *FakeNews, ¿amenaza para la democracia?*, 2020.

¹⁷ The National Defense Strategy of The United States, mars 2005 (<https://slate.com/news-and-politics/2005/04/legal-combat.html>)

Tras el referendo revocatorio de 2004, que el Centro Carter le quita a la oposición en Venezuela para moderar a Chávez, éste, antes bien, anuncia en noviembre “La Nueva Etapa, El Nuevo Mapa Estratégico de la Revolución Bolivariana”. Abordo sus contenidos en libro de mi autoría.¹⁸

Al margen de su realidad o irrealdad, en líneas gruesas y precisas plantea Chávez la guerra asimétrica, que es internacional y también interna o endógena. Al referirse a La Nueva Estrategia Militar Nacional impone como tareas para la Fuerza Armada una mayor relación con las “misiones sociales” cubanas y una mejor relación “con fuerzas armadas amigas” en Latinoamérica.

Advierte sobre la necesidad de prepararse para abandonar los métodos convencionales y aprender de “la experiencia de la lucha guerrillera” con asistencia de exguerrilleros venezolanos. El teatro de operaciones se concreta en “las acciones defensivas en la zona fronteriza con Colombia (...) por la implementación del Plan Colombia”, según reza el documento presidencial.

La Nueva Etapa manda a “educar a la población en los principios militares de disciplina, amor a la patria, y obediencia”. Promueve la unidad cívico-militar “para acciones de seguridad” o, mejor todavía, “la incorporación del pueblo a la defensa nacional a través de la reserva militar”. Pide Chávez a sus alcaldes, expresamente, identificar a los “patriotas” que venidos del pueblo han de hacer parte de la reserva, según que uno sea “tirador de fusil”, “franco-tirador”, o “lanzador de granada”. Ya contaba, según lo dice, con 100.000 hombres.

Al plantear la guerra asimétrica - que la proyecta híbrida una vez como pacta su acuerdo logístico con la narcoguerrilla de las FARC en 1999, sumándole el control de los medios de comunicación social para imponer sus narrativas, y encomendándole a Cuba la instalación y control del andamiaje digital necesario para tales fines y al objeto, asimismo, de sujetar la data electoral - afirma Chávez lo siguiente: “Hace tres años atrás éramos Cuba y Venezuela, a nivel de gobierno, y ahora cómo ha cambiado la situación”. Y prosigue:

“Se han venido definiendo dos ejes contrapuestos, Caracas, Brasilia, Buenos Aires (...) sobre el cual corren vientos fuertes de cambio (...) [y que] el Imperio - es su criterio - va a tratar de debilitarlo siempre o de partirlo, incluso”. “Existe el otro eje, Bogotá - Quito - Lima - La Paz - Santiago de Chile, (...) dominado por el Pentágono”. “[L]a estrategia nuestra debe ser quebrar ese eje”, dice.

La forma de hacerlo como guerra híbrida la explica Chávez así, en sus láminas:

“Desarrollar una estrategia de divulgación e información hacia los EE.UU. para neutralizar elementos de acción imperial contra Venezuela” y crear “grupos de formadores de opinión, comunicólogos e intelectuales para contribuir a conformar matrices de opinión favorables al proceso”. “[U]tilizaremos todas las estrategias posibles, desde una estrategia de defensa móvil frente al gigante hasta el ataque. No está prevista la invasión a los Estados Unidos, ...”, indica, ya que su guerra, como se constata, es híbrida.

Mis palabras preliminares en el Diálogo presidencial citado me sirven para precisar la otra cuestión, la del *Lawfare* e ilustrarlo con casos emblemáticos, pues la considero central a lo que ya denunciara Calamandrei como propio del fascismo: “Entre la burocracia de la ilegalidad y la de la legalidad no hay antítesis, sino una alianza secreta, una especie de vicaria reciprocidad; tanto que para entenderla a esta y a su régimen no se le debe pedir explicaciones a una sola de aquellas, pues es necesario buscarlas en el punto en el que se encuentran a mitad de camino la legalidad y la ilegalidad”.

¹⁸ *El Problema de Venezuela*, 2016, III. Se entroniza el socialismo del siglo XXI.

No es otra la cuestión, volviendo al principio de nuestra argumentación, que la de la mentira que falsea o manipula a la verdad, usándose la como burladero para el engaño y el sometimiento.

En el caso de los socialistas progresistas fueron públicos y notorios los escándalos de corrupción, hechos máximas de la experiencia bajo sus gobiernos, que dieron lugar a los enjuiciamientos de los gobernantes del Foro en América Latina, Rafael Correa, Cristina Fernández de Kirchner, y Lula da Silva. Al primero y al último se les procesó por los sobornos de la Odebrecht, que desde Brasil contaminó a los gobiernos del mismo Ecuador, Colombia, México, Perú, Venezuela, entre otros. Sus dineros corruptos alcanzaron a políticos, empresarios y funcionarios de 12 países. En tanto que, en el caso de la Kirchner, median sus operaciones de lavado de dineros a través de empresas familiares y el encubrimiento de los iraníes autores del atentado contra AMIA en Buenos Aires, sumado al asesinato del fiscal de la causa, Alberto Nisman.

A Evo Morales se le juzga por los asesinatos de dos húngaros y un irlandés torturados en Santa Cruz de la Sierra, en 2009. Los casos fueron conocidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Morales, en video registrado acepta haber informado a Castro y a Chávez que él dio la orden del operativo policial contra unos extranjeros que preparaban un atentado terrorista.¹⁹

Todos a uno los defiende el Grupo de Puebla.

“El Grupo de Puebla se solidariza con la vicepresidenta de la República de Argentina, Cristina Fernández de Kirchner, ante el vergonzoso ataque político, vestido de fallo judicial, profenido en su contra, que abre un nuevo capítulo de la guerra jurídica (*Lawfare*) que se ha venido desarrollando en la región contra dirigentes progresistas como Luis Inácio Lula da Silva en Brasil, Evo Morales en Bolivia y Rafael Correa en Ecuador”, reza el comunicado de 7 de diciembre de 2022.

Recién se les suma, desde España, el negociado de una «autoamnistía» -violatoria de los principios del Derecho internacional de derechos humanos - con los condenados judicialmente por atentados contra la democracia y el orden constitucional - caso JUNTS - para asegurarle, Pedro Sánchez, su investidura como presidente. Y aquellos hablan de ser sólo víctimas de un *Lawfare*, cuya definición actual, según la refiere el medio que hace crónica al respecto, es el “uso de acciones legales para causar problemas a un oponente”, de acuerdo con el *Cambridge English Dictionary*; si bien se proponen, según lo indica el rotativo citado, “el uso de otras expresiones, como “persecución judicial”, “instrumentalización de la Justicia” o “judicialización de la política”.²⁰

A todas estas, la Corte Internacional de Justicia le ha abierto juicio a las autoridades de facto en Venezuela, exactamente, por la práctica del *Lawfare* llevado al extremo, al punto de haber cristalizado en la comisión de crímenes de lesa humanidad: “encarcelación u otra privación grave de la libertad física”, incluyendo “tortura”, “violación y/u otras formas de violencia sexual” y “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos”, según reza lo argumentado por el Fiscal ante la Corte, Karim Khan.²¹

Lo revelador es que no se trata, a diferencia de los casos mencionados y en oposición a los de la titulada derecha neofascista y conservadora, de cuestiones o persecuciones que hagan estricta y directa relación con la criminalidad común. Sus judicializaciones, por lo

¹⁹ Infobae, “Juicio contra Evo Morales por un triple homicidio aún impune en Bolivia”, 26 de septiembre de 2022.

²⁰ El Mundo, Madrid, 10 de noviembre de 2023.

²¹ Human Rights Watch, “La Corte Penal Internacional abre investigación sobre Venezuela”, 3 de noviembre de 2021.

general y admitiéndose las excepciones, ofrecen como denominador común a las actividades políticas que luego mudan o mutan, bajo conveniencia, en delitos perseguibles. Todos, al igual que los anteriores, afectan la actividad política de los perseguidos.

Veamos los ejemplos, dentro del ambiente de dominante prostitución de la política y la experiencia de la democracia que viene siendo promovida, con fines de poder y a través de la deconstrucción de los sólidos culturales, por el progresismo. Es una máxima de la experiencia, que no le resta, como cabe reiterarlo, algo de certidumbre a las medias razones que, sin propósitos de creación literaria, “sirven de excusa para el engaño” político por parte de los victimarios.

Al expresidente Miguel Ángel Rodríguez, con el que se inicia la zaga del *LawFare* en América Latina, se le acusa de corrupción en 2004 mientras inaugura su ejercicio como secretario general de la OEA, debiendo renunciar al efecto; no obstante que, hubo de esperar hasta 2022 para que se le cerrase el último de los procesos abiertos en su contra, caracterizados por la evidente persecución y denegación de justicia incubadas por móviles políticos desde Costa Rica.

Acaso abonaba a ese respecto la adopción por el organismo hemisférico, en 2003, “un nuevo concepto de seguridad hemisférica que amplía la definición tradicional de defensa de la seguridad de los Estados a partir de la incorporación de nuevas amenazas, preocupaciones y desafíos, que incluyen aspectos políticos, económicos, sociales, de salud y ambientales.”²² El mismo Chávez controvierte con la OEA, luego de la adopción de la Carta Democrática Interamericana de 2001 y hasta la acusa de haber estado tras el golpe militar que se le dio en 2002.²³

En 2017, fue llevado a juicio el expresidente conservador Nicolás Sarkozy, acusado de haberse excedido en los gastos legalmente autorizados “durante su fallido intento de reelección en 2012”. La empresa de relaciones públicas que le asistió, Bygmaton, le cobro sus servicios al partido y no a la campaña, como debía ser (*BBC News, El País*).

En 2021, se le abre juicio al expresidente Mauricio Macri “por presunto espionaje ilegal” y por haber sido responsable del seguimiento a los familiares de las víctimas del ‘ARA San Juan’, el submarino hundido en 2017 con 44 tripulantes a bordo; luego de lo que, sucesivamente y cumplido el efecto de opinión pública, fue sobreseído.

Al presidente del gobernante partido Conservador británico, Nadhim Zahawi, le fue abierta en enero de 2023 una investigación por el primer ministro, Rishi Sunak, a propósito de facturas fiscales y multas que pagó con motivo de sus acciones en una empresa de encuestas que fundó, la YouGov. (*AP, Barron's*).

Entretanto, luego de que el New York Times reconociese que “George Soros hizo una donación a un grupo liberal que respalda a los fiscales progresistas” y “una parte significativa fue para apoyar al fiscal Alvin Bragg”, aspirante a gobernador de Nueva York, quien “le tomó las huellas digitales a Donald Trump”, en causa paralela se le atribuye haber conspirado para alterar los resultados electorales de 2020 en Estados Unidos (*PanamPost, Barron's*).

Desde 2022, tras lo que se ha denominado una conspiración, se le sigue juicio a la exgobernadora y exsecretaria de Justicia de Puerto Rico, Wanda Vásquez Garced, de derechas, en el caso Vásquez, Rossini, Herrera Velutini, acusada de aceptar una donación a su campaña que no fue tal, sino el haberse beneficiado de una encuesta política contratada por el señalado banquero venezolano (*Diario Las Américas, Telemundo*).

²² Gaston CHILLIER y Laurie FREEMAN, “El Nuevo Concepto de Seguridad Hemisférica de la OEA: Una Amenaza en Potencia”, *Informe WOLA*, 2005.

²³ https://www.oas.org/es/centro_noticias/discurso.asp?sCodigo=04-0056.

Jair Bolsonaro, expresidente de Brasil, enfrenta juicio desde enero de 2023 por abuso de poder, es decir, por haber denunciado un probable fraude electoral y socavar con ello las elecciones de 2022, bajo riesgo de quedar inhabilitado para una eventual reelección (*New York Times, El País, France 24*).

La Fiscalía de París, a su turno, anunció el pasado septiembre de 2023, haber solicitado el procesamiento de Marine Le Pen, líder de la extrema derecha y a 27 dirigentes de su partido, Reagrupamiento Nacional (RN) por el uso de los sueldos de sus asistentes en la Eurocámara “para que trabajaran para el partido en Francia” (*La Vanguardia, SwissInfo*).

Y en Guatemala, al presidente y la vicepresidenta electos, Bernardo Arévalo de León y Karin Larisa Herrera A. - apoyados, paradójicamente, por las corrientes globales en pugna - se les ha judicializado, con el palmario propósito de inhabilitar la manifestación soberana de los guatemaltecos ya expresada en elecciones libres; obviándose, como lo ha expresado el Grupo IDEA, “que el acceso al poder y su ejercicio conforme al Estado democrático y constitucional de Derecho es un elemento esencial de la democracia y una garantía que no puede ser burlada a través de actos de fraude y manipulaciones de la ley”.²⁴

La Argentina de Kirchner, a todas estas, insiste en que el peligro del *Lawfare* es obra de sus opositores, la derecha neofascista, sin mengua de que acepta sus efectos ominosos para la democracia, sobre todo para el sostenimiento de la tríada democracia-estado de Derecho-derechos humanos:

“Se ha insistido, por lo tanto, en el carácter violatorio de derechos fundamentales de las prácticas de *Lawfare*, perpetradas por sectores del Poder Judicial en conjunto con actores económicos de peso, especialmente los grupos hegemónicos de comunicación y miembros de partidos políticos opositores. Se han señalado también los efectos de estas lógicas, que se extienden más allá de las personas directamente afectadas para proyectarse en el conjunto de la sociedad”, reza un comunicado de la secretaria de Derechos Humanos del gobierno recién fenecido de Alberto Fernández.

Hagamos y una relectura de lo explicado hasta aquí, a objeto de poder concluir.

Las rupturas constitucionales - obra de constituyentes - en las que avanzaron Venezuela (1999), Bolivia (2007) y Ecuador (2008), encontraron como primer objetivo - indispensable para la forja de las falacias políticas - la adopción de leyes de contenidos para controlar el debate libre y así poder forjar hegemonías comunicacionales de Estado. Se trataba de instalar al régimen de la mentira, y los medios de información se les revelaban de cruciales, eran el primer muro de superar en el camino.

Ha jugado a favor de todo ello, exactamente y como cabe repetirlo, la emergencia de las señaladas tercera y cuarta revoluciones industriales - que siendo inevitables reducen a la autonomía personal - por apuntar a la disolución de lo institucional y por estar dirigidos sus algoritmos a las formas de mediación directa y al mundo individual de los sentidos. En nombre de la libertad, así, declinan la libertad de pensar, de discernir, de razonar, de reunirse y expresarse e informarse con libertad, y de distinguir y poder decidir cada persona entre lo correcto e incorrecto, entre la maldad y sus mentiras y el bien común; emergiendo, antes bien, expresiones de intolerancia positiva y exclusiones recíprocas entre la mirada de nichos o parcelas humanas en las que se han fracturado nuestras sociedades.

Desde inicios del corriente siglo quedan como ejemplaridades que destruyen todo sentido de seguridad personal y en los proyectos de vida, la destitución de todos los jueces en Venezuela sin fórmula de juicio y su sustitución a partir de 1999 por abogados próximos al naciente régimen dictatorial de Hugo Chávez.

²⁴ <https://idea-democratica.org/declaraciones> (18 de noviembre de 2023).

Antes, bajo el gobierno del presidente Fujimori en Perú, en 1997, ocurre la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional quienes intentan impedirle su reelección, a cuyo efecto aquél denuncia la Convención Americana de Derechos Humanos. Y su precedente, el de la permanencia en el poder como esgrimido derecho humano político de cada gobernante, toma cuerpo a lo largo de los 20 años posteriores en la misma Venezuela (2007 y 2013), en Nicaragua (2011), en Honduras (2016), en Bolivia (2018), en El Salvador (2021), al punto que hubieron de pronunciarse en contra de esa tendencia la Comisión de Venecia (2018) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para salvar el principio de la alternabilidad democrática.

Cuenta, asimismo, el abierto desconocimiento del orden constitucional y de las decisiones del Tribunal Supremo por parte de algunos líderes políticos catalanes en España; el choque del ahora expresidente argentino con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la que busca doblegar por la condena penal de su vicepresidenta; la inestabilidad endémica en el Perú, con relajamiento del orden constitucional, comprometiéndose la neutralidad e imparcialidad de la Justicia; los empeños “destituyentes” en el Ecuador bajo el gobierno de Guillermo Lasso, animados por otro condenado de la Justicia, Rafael Correa; el despotismo primitivo e iletrado de Nicaragua, en donde hay absoluta ausencia y desmaterialización del Estado Constitucional de Derecho; las prisiones políticas en Bolivia, y en Venezuela, donde igualmente fracasa la Transición hacia la Democracia, mientras la comunidad internacional se rezaga y neutraliza respecto de esta.

En fin, como si el absurdo no faltase, en Colombia se sustituye la regla contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, incluidos los del narcoterrorismo que se le asocian, con otra regla, la de la «justicia transicional» que los perdona; o, recién se predica que la criminalidad se acaba derogando tipos criminales en el código penal, tanto como se pugna abiertamente desde el gobierno contra la Fiscalía y la Corte Suprema, anunciándose una reforma al Poder Judicial.

Entre tanto, desde El Salvador, se dice que han acabado con la criminalidad y con “mayoría parlamentaria” gubernamental se destituye a la Justicia Constitucional que controlaba los actos del presidente, y se crean y muestran verdaderos campos de concentración con detenciones indiscriminadas. Y en México, el gobierno federal estimula reformas constitucionales para controlar la ingeniería electoral y modificar los patrones de la representación política a fin de perpetuar el dominio suyo y de su partido.

Lo relevante, a todas estas, es que, por una parte, a través del control gubernamental de la Justicia se ha estado judicializando a la política y al efecto, de suyo, el hacer que las leyes digan lo que no dicen para perseguir al enemigo (*Lawfare*). Mientras que, por la otra, la agenda del Foro de Sao Paulo como la del Grupo de Puebla señaladas, y además la de la ONU 2030, ni inciden sobre el debate de la democracia - que no sea para deconstruirla desde adentro, en nombre de la participación popular y apuntando hacia un estadio de posdemocracia o de autoritarismos electivos - y menos le dan relevancia al Estado de Derecho.

De tal suerte que las dictaduras del siglo XXI, forjadas a través de mecanismos constituyentes, al cabo se han demostrado como espacios de impunidad a disposición de nuevas dictaduras y, lo que es más grave, del crimen transnacional organizado que, en simbiosis con la corrupción política, ahora usan como instrumentos de su lucha por el poder al sicariato, como lo revela la reciente tragedia del asesinato de un candidato presidencial en Ecuador y tal como se practica abiertamente en México, para eliminar líderes políticos y periodistas incómodos.

Dos o tres cuestiones, por vía de recapitulación final y actualizando las advertencias de Calamandrei - sobre “la legalidad apoyada sobre la ilegalidad, mejor aún la ilegalidad no de hecho sino de Derecho” - es lo que se constata y es hoy lo diferente de las revoluciones y dictaduras clásicas, que saben separar claramente el mundo de lo legal de la ilegalidad de facto du-

rante una transición, mientras se construye la nueva. No por azar, dada la hibridez que observa el eximio jurista italiano, se puede afirmar ahora que el *Lawfare* es una clara variable de la guerra híbrida, el hacer ver como Derecho a su violación sistemática, confundiendo al juicio ciudadano.

La primera cuestión es que en la mayoría de los países en los que se han instalado las dictaduras del siglo XXI, mientras se apresuran a reformar las Constituciones para asegurarse lo anunciado desde 1989 - controlar los mecanismos electorales para asegurar la permanencia en el ejercicio del poder de quienes lo conquistan, dándose lugar a dictaduras electivas - el primer objetivo ha sido el tomar a mano y sujetar a los jueces. Así ocurrió en 1999, al inaugurarse en Venezuela el socialismo del siglo XXI - llamado bolivariano - cuando la Asamblea Constituyente removió a todos los miembros del Poder Judicial y designó a dedo “jueces provisorios”, y así ha ocurrido recién en El Salvador, cuando a través de una mayoría circunstancial de legisladores, afectos al gobierno, destituyeron a la Justicia Constitucional que controlaba los actos de este.

El modelo de hibridez en el Derecho, emergido y en cuestión, lo había preanunciado el juez Sergio García Ramírez, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que integraba y de la que fue presidente, en estos términos:

“Para favorecer sus excesos, las tiranías “clásicas” - permítaseme calificarlas así - que abrumaron a muchos países de nuestro hemisferio, invocaron motivos de seguridad nacional, soberanía, paz pública. Con ese razonamiento escribieron su capítulo en la historia. En aquellas invocaciones había un manifiesto componente ideológico; atrás operaban intereses poderosos. Otras formas de autoritarismo, más de esta hora, invocan la seguridad pública, la lucha contra la delincuencia, para imponer restricciones a los derechos y justificar el menoscabo de la libertad. Con un discurso sesgado, atribuyen la inseguridad a las garantías constitucionales y, en suma, al propio Estado de Derecho, a la democracia y a la libertad”.²⁵

Pero no basta, como asimismo se ha demostrado, controlar a los jueces o a parte de ellos, a fin de que acaso digan lo que no dicen las leyes reinterpretando sus términos y contenidos al objeto de perseguir al adversario político, sino que, en ese paso siguiente que revela Calamandrei - la constitución de la ilegalidad a través del Derecho formal y/o de su desviada exégesis - ocurre lo que revela un juez argentino al servicio del socialismo-progresista:

“El derecho penal verdadero no se descuartiza sólo por las invenciones disparatadas de las minorías del mundo judicial, sino que muchas veces comienza a hacer agua por disposiciones legales que facilitan la selección arbitraria por parte, no sólo de estas minorías, sino por cualquier interés coyuntural”.²⁶

Eugenio Raúl Zaffaroni, quien a la sazón hizo parte de la Corte Suprema de la Nación argentina y, asimismo, de la Corte Interamericana, defensor ante la opinión de la expresidenta Kirchner, nos revela la clave del *Lawfare*; esa que a su juicio sufre la señalada mandataria pero que inventaron, casualmente, sus camaradas en Venezuela. De nuevo valga el ejemplo.

Citan el letrado y sus coautoras el uso que se hace, tras cada persecución o judicialización política del tipo criminal de la asociación para delinquir; lo que permitiría, en exégesis interesada, castigar a una persona vinculándola a una asociación de tal característica por el solo hecho de tener parte o relación con la misma, así no se haya concretado el propósito delictivo. El tipo lo habrían inventado los europeos “en tiempos en los que la huelga era un delito” y para, de tal forma, perseguir y castigar a los dirigentes sindicales.

²⁵ Voto, Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 13

²⁶ ZAFFARONI, Caamaño y VEGH Weis, *¡Bienvenidos al Lawfare!*, 2020.

Mediando una asociación así sea para realizar un hurto de muy baja penalidad, explican que, al asociado, por asociarse se le castiga severamente hasta con 10 años de cárcel. Es una forma de condenar a un sujeto, así no se reúnan los elementos para imputarle con propiedad un delito.

Zaffaroni se confiesa, así:

“La invención de una asociación ilícita tiene la enorme ventaja para la persecución política de exfuncionarios de que se siempre se puede involucrar a la cabeza del poder e incluso asignarle la función de organizador o jefe, que permite imponer más pena y, además, suena mucho más fuerte en la televisión”.

Desde la acera liberal - que no la liberal americana, emparentada con el progresismo - tenemos la clara y amplia respuesta de Arantxa Tirado²⁷, quien mira con sus análisis al rostro actual de España:

“Hemos podido constatar cómo el *Lawfare* es un arma que se ha utilizado para la injerencia política y el cambio de régimen, con un objetivo de reconfiguración geopolítica de América Latina y el Caribe, pero no exclusivamente. El peligro de acudir a tácticas militares para disminuir conflictos sociales y políticos parecer cernir sobre territorios que se creían al margen de este tipo de situaciones, a las que veían más propias de los Estados periféricos y su permanente estado de excepción. Como mencionábamos..., el *Lawfare* está asomando en el Estado español, mostrando cómo las democracias liberales que se presentan como ejemplares de América Latina y el Caribe [incluida la norteamericana, cabe agregarlo] pueden también ser víctimas de esta novedosa subversión de la democracia liberal que viene a demostrar, una vez más, los límites reales que los poderes fácticos imponen a la existencia de una democracia que suponga un peligro para sus intereses de clase”.

Diría, pues, que este es el corolario de la transición presentada como amenaza por Castro en 1989, tres décadas atrás: “Lo digo, y lo digo con calma, con serenidad y con toda la sangre fría del mundo ... Nosotros no bromeamos”.

Sin Estado de Derecho es la evidencia conclusiva, ni hay democracia ni cuentan con garantías reales los derechos humanos. Pierde la gente, el común de los mortales, mientras los detentadores del poder se atrincheran y protegen, todavía más en el plano que siempre se deja atrás por pudor, el de la alianza igualmente vicaria entre la política y el crimen transnacional organizado, que se presenta, explotando la mendacidad y apalancada sobre los medios cuánticos de comunicación digital, en el plan de redentora. Era más sincero, si cabe, el príncipe medieval y el moderno que mandan *legibus solutus*, a saber y como vuelve a recordarlo Calamandrei, entonces ocurre “la ilegalidad de los tiranos, sin medios términos y sin máscaras”.

Benedicto XVI, en 2011, ante sus compatriotas de Alemania y desde el parlamento federal se refirió *in extensu* a los fundamentos del estado liberal de derecho. Sus párrafos, por pertinentes e iluminadores de su crisis, atenazado por la legalización de la ilegalidad, me sirven de epílogo e *in extensu* los transcribo²⁸:

“La política debe ser un compromiso por la justicia y crear así las condiciones básicas para la paz. Naturalmente, un político buscará el éxito, sin el cual nunca tendría la posibilidad de una acción política efectiva. Pero el éxito está subordinado al criterio de la justicia, a la voluntad de aplicar el derecho y a la comprensión del derecho. El éxito puede ser también una seducción y, de esta forma, abre la puerta a la desvirtuación del derecho, a la destrucción de la justicia. “Quita el derecho y, entonces, ¿qué distingue el Estado de una gran banda de bandidos?””, dijo en cierta ocasión San Agustín.

²⁷ De la autora citada, *El Lawfare: golpes de Estado en nombre de la ley*, 2021.

²⁸ Discurso del Santo Padre Benedicto XVI, Reichstag, Berlín, jueves 22 de septiembre de 2011.

“Nosotros, los alemanes, sabemos por experiencia que estas palabras no son una mera quimera. Hemos experimentado cómo el poder se separó del derecho, se enfrentó a él; cómo se pisoteó el derecho, de manera que el Estado se convirtió en el instrumento para la destrucción del derecho; se transformó en una cuadrilla de bandidos muy bien organizada, que podía amenazar el mundo entero y llevarlo hasta el borde del abismo. Servir al derecho y combatir el dominio de la injusticia es y sigue siendo el deber fundamental del político. En un momento histórico, en el cual el hombre ha adquirido un poder hasta ahora inimaginable, este deber se convierte en algo particularmente urgente.

“El hombre tiene la capacidad de destruir el mundo. Se puede manipular a sí mismo. Puede, por decirlo así, hacer seres humanos y privar de su humanidad a otros seres humanos. ¿Cómo podemos reconocer lo que es justo? ¿Cómo podemos distinguir entre el bien y el mal, entre el derecho verdadero y el derecho sólo aparente? La petición salomónica sigue siendo la cuestión decisiva ante la que se encuentra también hoy el político y la política misma”.

Papa Ratzinger, no obstante, es realista. No engaña ni tamiza de cara al «quiebre epocal» que nos acompaña y que se encuentra teñido de falacias, no solo políticas sino culturales, incluso insistiendo en las razones que fueran claras para el mundo occidental en el siglo XX y hoy se ven banalizadas por nuestra contemporaneidad. Capta, sin justificarla, a la «mentira en el alma» que se ha hecho presente con la judicialización de la política:

“Basados en esta convicción, los combatientes de la resistencia actuaron contra el régimen nazi y contra otros regímenes totalitarios, prestando así un servicio al derecho y a toda la humanidad. Para ellos era evidente, de modo irrefutable, que el derecho vigente era en realidad una injusticia. Pero en las decisiones de un político democrático no es tan evidente la cuestión sobre lo que ahora corresponde a la ley de la verdad, lo que es verdaderamente justo y puede transformarse en ley. Hoy no es de modo alguno evidente de por sí lo que es justo respecto a las cuestiones antropológicas fundamentales y pueda convertirse en derecho vigente”.

Ocurre, en fin, lo que desde antiguo sabía y explicaba Platón en su texto sobre La República y refiriéndose a la verdadera mentira: «Nadie quiere ser engañado en la parte más noble de sí mismo, y con respecto a las cosas más señeras, y que, muy al contrario, eso es precisamente lo que más se teme».²⁹ Y la enseñanza se nos vuelve elemental.

El «régimen de la mentira» se ha vuelto a imponer no sólo por lo que visualizara Schmitt como crisis de la soberanía de los Estados - a quien no pocos tachasen como el jurista justificante del nazismo - o por las características acusadas de la gobernanza global en boga, que prescinde de la razón para afirmar a los sentidos, sino por haberse considerado culturalmente prescindible la esencia de la tríada democrática: Democracia, Estado de Derecho y derechos humanos, que se funda sobre las ideas de la transparencia y el derecho a la verdad.

A la caída de la experiencia comunista en Europa oriental, sobre la experiencia de la violaciones graves de derechos humanos que ocurren a propósito de la misma, con vistas al proceso de establecimiento de experiencias democráticas no por azar Vaclav Havel, quien es presidente de Checoslovaquia y luego de la república checa, se pregunta si acaso es un sueño querer fundar un Estado en la verdad; con lo cual apunta a las raíces de la civilización judeo-cristiana: la de la perfectibilidad humana y el ejercicio profundo del don de la libertad. Eso lo señalo en otro libro, que publico en 2012 y me sirven de epílogo dos de sus párrafos.³⁰

²⁹ Platón, Obras completas, *La República*, 382b.

³⁰ AGUIAR, ASDRÚBAL. *Memoria, verdad, y justicia: Derechos humanos transversales a la democracia*, 2012.

Peter Häberle³¹, quien recuerda y hace exégesis de la experiencia de Havel, promotor del derecho a la verdad, se plantea y nos plantea un asunto crucial, como lo es indagar sobre los límites de la tolerancia en la democracia y el Estado de Derecho. Se trata de una empresa similar a la que asume con buena fortuna Norberto Bobbio³², cuando le fija límites a las mayorías en la democracia, señalando que ellas no pueden vaciarla de contenido con sus votos o negarle con éstos los derechos a las minorías.

Pero más próxima a la preocupación de Häberle es la que hace propia, *mutatis mutandi*, Esperanza Guisán³³, quien advierte sobre los límites de los consensos democráticos predicando la democracia moral. El jurista y pensador quien es luz de la Alemania de nuestro tiempo - lo dice Emilio Mikunda, autor de la obra *Filosofía y teoría del Derecho en Peter Häberle*, 2009 -, cree, en suma, que sí “tiene sentido preguntarse si es posible que el Estado constitucional fije los límites dentro de los cuales exista la tolerancia y al mismo tiempo no se apoye ni en un mínimo de verdad, porque no puede decirse que sea posible tolerancia alguna sino hay un deseo por la verdad”.

³¹ HÁBERLE, P. *Verdad y Estado constitucional*, 2006.

³² BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*, 2007.

³³ GUISÁN, Esperanza. *Más allá de la democracia*, 2000.

*El Petro Venezolano: Reflexiones sobre una falacia monetaria y pretendida unidad de cuenta**

Humberto Romero-Muci**

Abogado^()*

Resumen: *El Petro no es moneda ni unidad de cuenta monetaria. Tampoco es un criptoactivo. Se trata de una forma simulada para (i) dolarizar y (ii) discontinuar el uso del bolívar (y la UT) como unidad de cuenta de las obligaciones tributarias principales y accesorias. El uso del Petro infringe los artículos 318 Constitucional, 3 y 146 del COT 2020 y 116 de la LBCV que ordenan el uso del bolívar como unidad de cuenta y pago de las obligaciones tributarias como un requisito de estricta reserva legal.*

Palabras Clave: *Petro, dolarización, deslegalización, expolio fiscal.*

Abstract: *The Petro is neither a currency nor a monetary unit of account. Is not a cryptoasset either. It is a simulated way to (i) dollarize and (ii) discontinue the use of the bolivar (and the UT) as the unit of account for main and accessory tax obligations. The use of the Petro violates articles 318 of the Constitution, 3 and 146 of the COT 2020 and 116 of the LBCV that mandate the use of the bolivar as a unit of account and payment of tax obligations as a requirement of strict legal reserve.*

Key words: *Petro, dollarization, delegalization, fiscal plunder.*

Agradecimiento

La Academia Colombiana de Jurisprudencia (ACJ) decidió generosamente designarme como académico correspondiente extranjero por Venezuela el 8 de junio de 2020. Para mi este nombramiento representa un altísimo honor que recibo emocionado, pero también un gran reto y un inmenso compromiso que me llena de profunda gratitud.

Es un honor poder integrar como correspondiente extranjero esta ilustre corporación y compartir con insignes juristas colombianos muchos de ellos maestros a los que me une amistad y fructífera relación de colaboración intelectual desde hace muchos años.

* Trabajo presentado a la Academia Colombiana de Jurisprudencia como académico correspondiente extranjero por Venezuela. Octubre, 2023.

** Abogado summa cum laude de la Universidad Católica Andrés Bello, Magister en Leyes de Harvard Law School, Doctor en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Tributario en la Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho de la Contabilidad en el Postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello y en los Cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Individuo de Número y ex presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (Sillón No. 14). Académico Honorario en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Socio en D'Empaire, abogados

(*) Mi agradecimiento al abogado José Solarte por generar las estadísticas y los gráficos empleados en este estudio y al bachiller Andrés Mendoza por su paciente revisión y ajuste al texto. A Rayma Suprani por autorizar el uso de su inteligente caricatura sobre el Petro.

Es un reto porque esta designación es un desafío para servir y multiplicar el trabajo académico conjunto de nuestras corporaciones y las relaciones de hermandad entre Colombia y Venezuela.

Es un compromiso en la interminable “lucha por el derecho”, la defensa de la democracia, la civilidad, la paz y el respeto de los derechos humanos de todos en nuestras naciones.

Estoy convencido que mi elección no tiene causa en méritos individuales, sino un reconocimiento a la continuada y provechosa labor institucional de colaboración entre la ACJ y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (ACPS).

Tuve el honor de ser el presidente de la ACPS entre marzo de 2019 y marzo 2021. Pero ya desde 2017 vine trabajando con mi antecesor, el ilustre jurista, Gabriel Ruan Santos, también correspondiente de esta corporación, en la construcción de un trabajo conjunto con las academias iberoamericanas con fructíferos y satisfactorios resultados. Es un trabajo unido que se remonta a los tiempos de la fundación de nuestras corporaciones y que se ha enriquecido por la obra comprometida de generaciones de académicos de ambas naciones en el quehacer común por más de 100 años.

Para mí ha sido y es una experiencia extraordinariamente provechosa para constatar y tomar conciencia de los retos institucionales de nuestros países en la indeclinable defensa del estado de derecho, el fortalecimiento de la democracia y el respeto de los derechos humanos. Lo más importante, tuve el inmenso placer y el privilegio de colaborar con el presidente de esta corporación, el Dr. Augusto Trujillo y con su inmediato antecesor el ex presidente Dr. Fernando Sarmiento, a quien recordamos gratamente, así como varios de los colegas numerosos colombianos y de otras jurisdicciones hermanas en proyectos conjuntos, en representación de nuestras academias, como fueron: (i) en 2018 el encuentro de la conferencia permanente de académicas jurídicas iberoamericanas (CPAJI) organizado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, (ii) en 2021 y 20223 en los Congresos sobre el Estado de Derecho organizado por la World Juris Assossiation (a) celebrado en Barranquilla y (b) en Nueva York con los acuciantes temas sobre el “Falseamiento del Estado de derecho” y sobre “Desafíos de la regulación ambiental en América Latina. El caso concreto de la Amazonia”, respectivamente. También tuvimos la oportunidad de (iv) celebrar conjuntamente el bicentenario de la Constitución de la República de Colombia del 30 de agosto de 2021, promulgada en la Villa del Rosario de Cúcuta, explorando los orígenes institucionales de nuestros países y recordando los logros de los juristas precursores de nuestra independencia republicana. La mas recientemente participamos en la concepción del (iv) Primer Congreso de academias de Jurisprudencia de América del Sur que se celebrara aquí en Bogotá bajo el auspicio de la ACJ.

Las academias ejercen un liderazgo moral, intelectual y cultural en la sociedad, ilustrando las cuestiones de mayor importancia, trascendencia y aplicación, según los tiempos y circunstancias. Las academias cumplen una valiosa función de formar opinión pública. Un compromiso ético de servir de guía proactiva para orientar a la sociedad civil. Esa función se ejerce desde la experiencia, la formación y el prestigio de sus miembros, reconocidos en el cultivo de sus respectivas disciplinas.

Particularmente, las academias de jurisprudencia cumplen una función divulgativa del conocimiento de las ciencias jurídicas y políticas, pero también han asumido, el compromiso de acompañar y orientar a nuestros países en estos momentos complejos de desinstitucionalización y zozobra ciudadana, al objeto de paliar el escepticismo y la desmovilización de nuestros conciudadanos en la defensa del Estado de Derecho como la única garantía eficaz de convivencia.

Hago votos por profundizar y proyectar las relaciones de colaboración y amistad entre la Academia Colombiana de Jurisprudencia y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y con ellas a las hermanas academias de Iberoamérica.

Nuevamente, mi especial agradecimiento a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y al presidente de esta ilustre corporación Dr. Augusto Trujillo Muñoz, por su generosa valoración y por el motivo que nos reúne en esta oportunidad.

Santa Fe de Bogotá, 9 de Octubre de 2023

INTRODUCCIÓN

Me pregunté qué trabajo de investigación podía presentar como credencial de mérito a esta ilustre corporación tomando en consideración que me especializo en los temas áridos del derecho tributario y financiero. Consideré que tenía que ser un tema atractivo y actual sobre la circunstancia venezolana; un tema que pudiera cautivar inmediatamente el interés de mi auditorio. Inmediatamente pensé en el polémico y controvertido “Petro”. Pero por supuesto me refiero al Petro venezolano.

El Petro es una muestra trágica de la desinstitucionalización y de la ruina económica de Venezuela. Anticipo que solo es un nombre vacío. Un eufemismo ideológico para idiotizar el leguaje y la información económica en el país¹.

En los instrumentos normativos de su creación el Petro se identifica como el “...criptoactivo soberano, respaldado y emitido por la República Bolivariana de Venezuela sobre una plataforma de cadena de bloques federada (...) sobre la base de sus riquezas minerales e hidrocarburos”².

La realidad es que, el Petro no es, ni ha sido un “criptoactivo”, ni tiene respaldo en ningún activo subyacente, ni es intercambiable por monedas o algún activo físico. Tampoco es una moneda, ni siquiera una unidad monetaria de cuenta, porque no está designado, ni se le atribuye función monetaria de curso legal por el ordenamiento jurídico venezolano³. El Petro siempre estará referido a otra unidad monetaria que significa el valor efectivo de intercambio (el dólar), lo cual evidencia su precariedad e impostura monetaria.

¹ Ver nuestro trabajo “La mentira contable: Crónica de incomunicación y engaño <Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC2 No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019>”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 13 (en homenaje al académico profesor James-Otis Rodner), Caracas 2019. “El Petro es el nuevo artilugio del régimen y partido de gobierno para continuar desarticulando el sistema monetario nacional. Un criptoactivo que encubre el propósito de ser un salvavidas financiero para el proyecto político fracasado y destructivo denominado *socialismo del siglo XXI*. Esta vez, amparado por el halo de impunidad que ofrecen la complejidad de la tecnología *blockchain*, la novedad del llamado dinero digital y la ambigüedad regulativa del tema, tanto de las criptomonedas como del propio criptoactivo venezolano”. Ver nuestro discurso de contestación al discurso de incorporación del profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, http://www.acienpol.org.ve/cman_cienpol/Resources/IndividuosDocs//246/Discurso2.pdf

² *Cfr.* Decreto Constituyente No. 6.370 de fecha 9 de abril de 2018, sobre “Criptoactivos y la Criptomoneda soberana Petro”. Ver sobre la creación de la Superintendencia de los Criptoactivos y Actividades conexas venezolana. (SUPCACVEN). Decreto Ley No. 3196 publicado en la *Gaceta Oficial* No 6346 de fecha 8 de diciembre de 2017.

³ Ver Romero-Muci, Humberto, “El petroengaño contable (análisis jurídico del Decreto No. 4025, de la Providencia 097-2019 de SUNACRIP y del proyecto de BA VEN NIF No. 12 de la FCCPV sobre tratamiento contable de la tenencia de los criptoactivos en los EEEF preparados de acuerdo

La realidad es que, hoy por hoy, el Petro es un medio ilegítimo para dolarizar la economía venezolana. Un expediente de repudio al bolívar como unidad de cuenta, particularmente para fines tributarios. Está anclado a un valor fijo de USD 60 desde 2018. Se suma a una larga lista de desafueros normativos destinados a discontinuar el uso del bolívar, particularmente su ajuste por inflación a través de la Unidad Tributaria (UT)⁴ e imponer la moneda extranjera (“dolarización”⁵) como medio de cuantificación y factor de corrección del valor de las obligaciones tributarias materiales y sancionatorias⁶. Esta salida es una frontal antinomia de los artículos 318 constitucional, 3 y 146 del Código Orgánico Tributario (COT de 2020) y 116 de la Ley del Banco Central de Venezuela (LBCV) que imponen el bolívar como moneda de presentación y pago excluyente de la obligación tributaria y sus accesorios, por ser materia de la exclusiva reserva legal tributaria.

Específicamente el Petro constituye una forma de “dolarización” por “sustitución de activos”. Su uso tiene causa en el colapso de credibilidad del bolívar por la hiperdevaluación y la hiperdepreciación del curso legal venezolano. No es vano recordar que la depreciación acumulada del bolívar desde 1999 al cierre de 2022 es de 2 billones 870 mil %. Solo en el año 2022 la depreciación del bolívar fue 280,83%⁷.

con VEN NIF y la presentación de los EEFF medidos en criptoactivos”, en *Libro homenaje a Allan Brewer Carías en sus 80 años de evolución del derecho público*, (Caterina Balaso Tejera Coordinadora), Editorial Jurídica Venezolana, CIDEP, Caracas 2020

⁴ La discontinuación de la UT es una tendencia involutiva que responde a una estrategia del poder dirigida a manipular la aplicación de los enunciados normativos y los fundamentos de la corrección monetaria. Se origina en la reforma del COT de 2001 y se potencia en las reformas de 2014 y 2020. Se presenta inicialmente como una subestimación y retraso del ajuste alejándose de la variación del INPC publicados por el BCV. A ellos se sumó la omisión deliberada del BCV de publicar oportunamente los índices de inflación (INPC) a partir de 2015 hasta 2017, y todavía con retrasos espasmódicos, impidiendo el derecho a la corrección monetaria y fiscal para dichos cierres económicos. Con las reformas del COT de 2020 se desvinculó la UT de la corrección según el INPC del BCV y se dejó a la discreción de la administración tributaria, con lo cual se deslegalizó el ajuste y se desvirtuó el propósito de corrección.

En este contexto involutivo se crearon mecanismos de corrección monetaria análogos para fines tributarios, nacionales y municipales, tales como la “unidad tributaria sancionatoria” (UTS), los pretendidos ajustes según el “salario mínimo nacional”, el “valor internacional del gramo de oro”, el uso del llamado “Petro” para fines tributarios Municipales y Estadales y “el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicada por el BCV” (“dolarización”). Algunos de estos mecanismos fracasaron o nunca fueron implementados y otros están en vigor.

⁵ Por “dolarización” entendemos el concepto técnico económico que denota “... el fenómeno que tiene lugar cuando una moneda sustituye a otra en el cumplimiento de las funciones de medio de pago y de reserva de valor. Al proceso de reemplazo en la función como medio de pago se le denomina <<sustitución de monedas>> y a la función como reserva de valor, <<sustitución de activos>>”. Cfr. Castellano Montiel, Alberto Gregorio, “La demanda de dinero y la sustitución de monedas y de activos en Venezuela: 1997-2008”, en *Economía*, XXXVII, 34 julio-diciembre, Caracas 2012, p. 90

⁶ Por ejemplo, el previsto en los artículos 91 y 92 la reforma del COT de 2020, que introdujo el ilegítimo criterio del “...equivalente a [...] veces el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor, publicado por el Banco Central de Venezuela”.

⁷ El dólar pasó de Bs. 608,90 en promedio durante el año 1999 a Bs. 1.748.000.000.000.000 el 31 de diciembre de 2022 (o Bs. 17,48, una vez que se eliminan catorce ceros producto de 3 las reconversiones monetarias del bolívar desde 2007). Eso representa una depreciación del bolívar frente al dólar de 287.075.053.374.838%, es decir 287 billones 75 mil 53 millones 374 mil 838 veces desde el año 1999.

Estos resultados representan el colapso macroeconómico más agudo de la historia mundial que ubican al país en la trágica situación calificada como “emergencia humanitaria compleja”⁸. Tienen su fallo directamente en la instrumentalización del Banco Central de Venezuela para financiar el gasto público (*recticus*: el gasto del régimen)⁹ con la emisión de dinero inorgánico¹⁰ (monetización del déficit fiscal)¹¹.

Independientemente de la ilegitimidad de origen¹² del Petro, su objetivo es sustituir al bolívar y entronizar el uso indirecto de la moneda extranjera de referencia que usa el Petro, como reserva de valor para la denominación de las obligaciones tributarias y sus accesorios. Económicamente, esa sustitución (i) evita los riesgos cambiarios del bolívar y (ii) asegura indirectamente una protección de valor de los saldos monetarios por el poder adquisitivo del dólar o alguna otra moneda fuerte.

En esta investigación demostramos como el Petro es otra engañifa ideológica de la neolengua del poder para esconder y evadir la ruina económica del país. Para este fin hacemos referencia a (i) cómo la economía venezolana fue destruida por la hiperinflación, de (ii) cómo el bolívar degeneró en una moneda disfuncional y de (iii) cómo el Petro apareció en este contexto como un sucedáneo para la dolarización de facto de obligaciones tributarias; (iv) denunciamos la inconstitucionalidad del uso del Petro como una unidad de cuenta para deslegalizar y desnaturalizar la obligación tributaria en violación de los principios de reserva legal, razonabilidad de la ley y en particular taxatividad penal y prohibición de retroactividad normativa para el cálculo de sanciones y cómo se le usa como un medio para el aprovechamiento de daños por hecho ilícito creados por el propio estado sobre el sistema monetario y fiscal venezolano.

El llamado PETRO nunca tuvo futuro. Así lo confirman su falta de respaldo, o peor, su mal respaldo, su ilegitimidad jurídica y su falta de reconocimiento efectivo como medio de intercambio. Solo ha servido para generar más inflación, ocultar la corrupción y pasar a la historia como el nombre infame de otro vehículo faccioso para ejercer el poder ideológico y la dominación en una economía arruinada. O simplemente para recordar que ese nombre es

⁸ Ver *El Informe de la Misión Independiente de las Naciones Unidas sobre Venezuela*. Se trata de la más ostensible constatación, documentación y declaración objetiva de que estos últimos 20 años el autoritarismo en Venezuela socavó profunda y gravemente el estado democrático y social de derecho mediante el progresivo desmantelamiento de sus instituciones, con el trágico debilitamiento de la dignidad y los derechos humanos de todos los venezolanos. <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/FFMV/Pages/Index.aspx>

⁹ Ver nuestros comentarios en “La ilegítima dolarización de las sanciones tributarias”, en *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y políticas de la Universidad Monteávila, Derecho y Sociedad*, No. 18, diciembre 2021, Caracas, p. 297.

¹⁰ Ver GARCÍA LARRALDE, Humberto, *Algunas implicaciones de la dolarización transaccional en Venezuela*, en <https://digaloahidigital.com/articulo/algunas-implicaciones-de-la-dolarizaci%C3%B3n-transaccional-en-venezuela>

¹¹ Ver nuestros comentarios en “La ilegítima dolarización de las sanciones tributarias”, en *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y políticas de la Universidad Monteávila, Derecho y Sociedad*, No. 18, diciembre 2021, Caracas, p. 87.

¹² Demás está decir que el denominado Decreto constituyente sobre criptoactivos ni es decreto ni es constitucional, por ser una vía de hecho normativa producto de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente. Ver nuestros comentarios en “El Petroengaño contable (análisis jurídico del Decreto No. 4025, de la Providencia 097-2019 de SUNACRIP y del proyecto de BA VEN NIF No. 12 de la FCCPV sobre tratamiento contable de la tenencia de los criptoactivos en los EEEF preparados de acuerdo con VEN NIF y la presentación de los EEEF medidos en criptoactivos)”, en *Libro homenaje a Allan Brewer Carías en sus 80 años de evolución del derecho público*, (Caterina Balasso Tejera Coordinadora), Editorial Jurídica Venezolana, CIDEP, Caracas 2020.

un mal nombre o el mismo nombre de un fetiche usado por los espiritistas (loas) del Vudú como representación de la violencia, la muerte, la venganza y como herramienta para afianzar la ambición de poder o de riqueza de aquellos que lo invocan.

I. INVOLUCIÓN DE LA ECONOMÍA VENEZOLANA 2013-2022: HIPERINFLACIÓN Y HIPERDEPRECIACIÓN DEL BOLÍVAR.

1. *Las causas de la hiperinflación y la hiperdepreciación del bolívar*

La hiperinflación e hiperdepreciación pulverizaron el poder adquisitivo del bolívar, colapsando el sistema monetario nacional.

Hoy el bolívar es una moneda disfuncional. Como moneda perdió su capacidad para atesorar valor, servir como unidad de cuenta y como medio de pago. En 13 años el bolívar lleva 3 reconversiones y la quita de 14 ceros. Entre febrero de 1999 y diciembre de 2022, la inflación acumulada es de un 51.246.900.000.000 o 51 billones %. En 21 años se depreció 18.310.104.529.517% o 18.3 billones%.

Estas cifras son difíciles de expresar, asimilar y entender¹³.

A. *La hiperinflación*

La causa de la hiperinflación se ubica en la pérdida autonomía del BCV en desmedro del equilibrio socioeconómico del país¹⁴. Se indujo al incumplimiento de sus deberes constitucionales y legales de mantener la estabilidad de los precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria de curso legal en frontal infracción de artículos 3, 320 y 318 constitucionales¹⁵.

Con las sucesivas reformas de la LBCV de 2001¹⁶, 2002¹⁷, 2005¹⁸, 2009¹⁹, 2010²⁰ y 2015²¹ el instituto emisor fue instrumentalizado²² por el régimen para implementar una políti-

¹³ (Billón: Un millón de millones, que se expresa por la unidad seguida de doce ceros). <https://dle.rae.es/bill%C3%B3n>

¹⁴ Ver ZAMBRANO SEQUIN, Luis, “Notas con relación a las reformas a la Ley del Banco Central de Venezuela”, consultado en https://www.academia.edu/334101/Nota_con_relaci%C3%B3n_a_las_reformas_a_la_ley_del_Banco_Central_de_Venezuela. “En la reforma del 2005 incorporó la figura del <<...nivel adecuado de las reservas internacionales>> con el objeto de permitir la transferencia de recursos <<excedentarios>> en divisas, sin contrapartida efectiva alguna, a entes financieros del Gobierno que ejecutan gastos cuasifiscales. Además, se estableció que los excedentes de los ingresos externos de PDVSA, después de restar el aporte fiscal al Gobierno y los recursos requeridos para sus operaciones internas y externas, también se deben transferir a estos entes financieros públicos. Con esta reforma se debilitó la gestión de la política monetaria y cambiaría al reducir el control de la autoridad monetaria sobre los activos internacionales públicos que respaldan finalmente a la unidad monetaria nacional, además se instituyó un mecanismo que permite el financiamiento gratuito del Gobierno mediante la emisión monetaria sin respaldo”.

¹⁵ El Preámbulo de la Constitución de 1999 se señala el objetivo de la constitucionalización de la autonomía del BCV: “...Se le da rango constitucional a la autonomía del Banco Central de Venezuela en el ejercicio de sus funciones para alcanzar un objetivo único y exclusivo. Este se precisa como el de estabilizar el nivel de precios para preservar el valor de la moneda. La autonomía del Banco Central implica que la autoridad monetaria debe ser independiente del Gobierno y se prohíbe constitucionalmente toda práctica que obligue al Banco Central a financiar o convalidar políticas fiscales deficitarias. En el ejercicio de sus funciones el Banco Central de Venezuela no podrá emitir dinero sin respaldo”. Este es un cometido estatal indubitable, condicionante axiológico del sentido y la finalidad del BCV en particular y de la validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico sobre las materias conexas.

¹⁶ Ley de Reforma Parcial de la LBCV (*Gaceta Oficial* No. 37.296 de fecha 03 de octubre de 2001).

ca monetaria expansiva para convalidar políticas fiscales deficitarias del sector público y financiar u otorgar créditos directos a la Estatal Petrolera (PDVSA)²³ y otras empresas del estado. Además, perdió su facultad para administrar las reservas internacionales que respaldan la convertibilidad del bolívar, flexibilizó los criterios para determinar los activos que sirven para tales reservas, emitió descontroladamente de dinero inorgánico y el nombramiento de su junta directiva fue secuestrada por el presidente de la República, excluyendo todo control desde la Asamblea Nacional. Todo esto degeneró la perversa hiperinflación y la destrucción del valor externo del bolívar.

Estos incumplimientos son causa directa del mal común que vive hoy el país, de la inestabilidad y vulneración de su economía; de la dolorosa miseria, de la oprobiosa desigualdad y del enorme sufrimiento humano de la población.

¹⁷ Ley de Reforma Parcial de la LBCV (*Gaceta Oficial Extraordinario* No. 5.606 de fecha 18 de octubre de 2002).

¹⁸ Ley de Reforma Parcial de la LBCV (*Gaceta Oficial* No. 38.232 de fecha 20 de julio de 2005).

¹⁹ Ley de Reforma Parcial de la LBCV (*Gaceta Oficial* No. 39.301 de fecha 06 de noviembre de 2009).

²⁰ LBCV (*Gaceta Oficial* No. 39.419 de fecha 07 de mayo de 2010).

²¹ Decreto No. 2.179, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la LBCV (*Gaceta Oficial Extraordinario* No. 6.211 de fecha 30 de diciembre de 2015).

²² Ver FRAGA LO CURTO, Luis, “Las soluciones institucionales a la crisis inflacionaria”, consultado en https://www.academia.edu/32884364/SOLUCIONES_INSTITUCIONALES_A_LA_CRISIS_INFLACIONARIA_Por_Luis_Fraga_Lo_Curto_Abogado_UCAB_

²³ Concretamente en la reforma de la LBCV de 2015, el legislador delegado inoculó el veneno de la hiperinflación en el Artículo 37(2). Allí se estableció una excepción a la prohibición para el BCV de otorgar créditos directos al Gobierno Nacional o cualquier otro ente de carácter público o mixto. Sin embargo, en un esfuerzo fútil de disimulo, la misma redacción hace pasar por excepción a la prohibición de crédito al gobierno, una excepción normativa que se convirtió en la regla de permiso a la emisión inorgánica de bolívares. Así la parte final del mismo ordinal, incluye una excepción que niega la prohibición de principio: “...podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas, cuando objetivamente exista amenaza interna o externa a la seguridad u otro perjuicio al interés público, que calificará el Presidente o Presidenta de la República mediante Informe confidencial; o en aquellos casos en que hayan sido aprobados de forma unánime por los miembros del Directorio”. Sobre los demás controles del ejecutivo sobre el BCV ver HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “Comentarios a la reforma de 2015 de la Ley del Banco Central de Venezuela y su defensa por la Sala Constitucional, en *Revista de Derecho Público*, No. 145-146, Enero-Junio de 2016, Caracas, pp. 107; ver también ABADI M, Anabella, 15 años de violaciones a la autonomía del BCV <Proceso constante, resultado fulminante>, en *Transparencia Venezuela*, Caracas 2018, <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2018/07/Violaciones-Autonomi%CC%81a-BCV-2018-Anabella-Abadi-M.-.pdf>

Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Opinión sobre el pedimento del Poder Ejecutivo Nacional al Banco Central de Venezuela para disponer, con propósitos de financiamiento del sistema agropecuario nacional, de 1000 millones de \$ de las reservas monetarias internacionales y otras formas de financiamiento, sin la contraprestación correspondiente en bolívares”, consultado el 15 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pro-nunciamentos/Opini%20de%20la%20Academia%20sobre%20el%20Pedimento%20del%20Ejecutivo%20al%20BCV%20de%201000%20millones%20de%20d%20lares%20de%20las%20reservas%20monetarias%20internacionales.pdf>>.

Todo ello representa un incumplimiento grosero de los fines constitucionales más elementales del Estado venezolano, particularmente una dejación de “*la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad*” y “*...la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo...*”²⁴.

Todas estas situaciones ilícitas y dañinas son imputables al Estado Venezolano. Las propias estadísticas del BCV demuestran la clara relación entre los aumentos de la liquidez monetaria, el financiamiento monetario de los déficits públicos, la hiperinflación y su correspondencia con el desplazamiento del tipo de cambio²⁵.

Pero hay más desafueros imputables al BCV. En ese contexto de perfidia entre los años de 2016 hasta abril de 2019 el BCV omitió la publicación tempestiva de las cifras sobre inflación y otras cuentas nacionales en el país. Cuando el BCV publicó en 2019 la información omitida reveló el fracaso de la gestión económica del sector público durante esos años concretamente el reconocimiento de la hiperinflación, el decrecimiento económico y la involución de la economía venezolana a niveles de 1948²⁶.

El desastre económico continua hoy²⁷. Solo para tener una idea del tamaño de la destrucción de la economía venezolana basta con mencionar la serie estadística sobre las variaciones del producto interno bruto (PIB) entre los años 2014 hasta el cierre de 2022. Estas cifras revelan el colapso macroeconómico más agudo de la historia mundial: (i) un ciclo recesivo (decrecimiento económico) de 8 años seguidos, (ii) una contracción agregada de 77% del PIB.

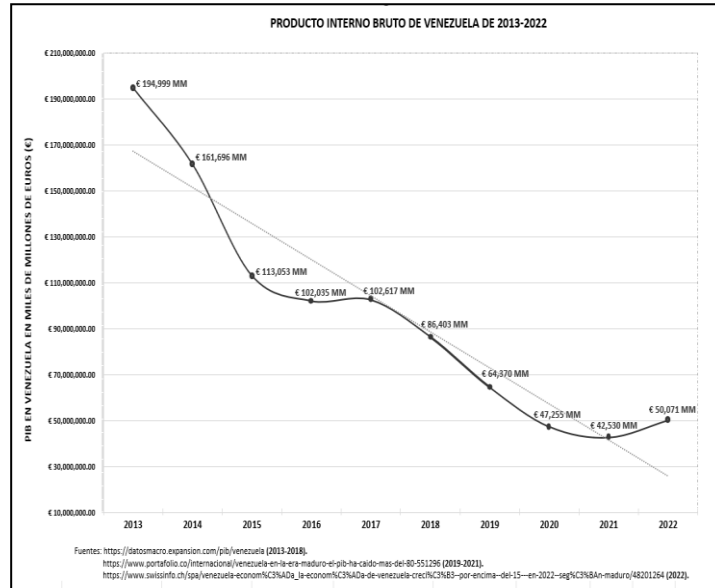
²⁴ Artículo 3 “El Estado tiene como sus fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para garantizar dichos fines.”

²⁵ GARCÍA LARRALDE, Humberto, “Lineamientos de una política cambiaria para la competitividad en Venezuela”, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales-Friedrich Elbert Stiftung (Observatorio de Economía), consultado en https://www.academia.edu/36643330/Lineamientos_de_una_pol%C3%ADtica_cambiar%C3%ADa_para_la_competitividad_en_Venezuela

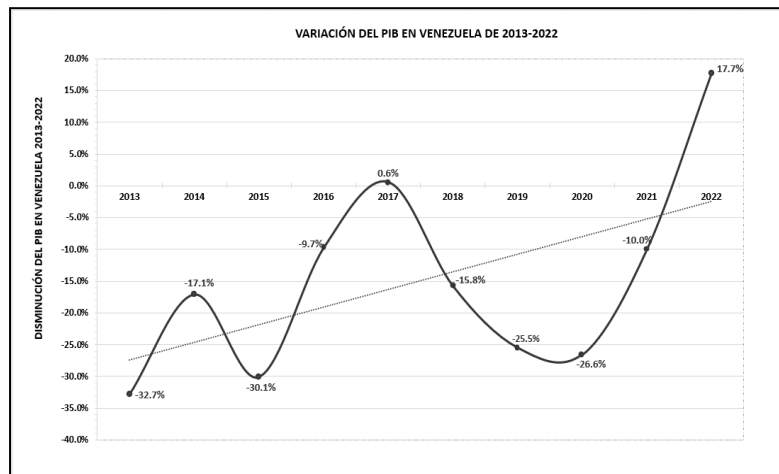
²⁶ Según GARCÍA LARRALDE, Humberto “Las cifras revelan una caída de la actividad económica del 36,1% entre 2012 y 2017. De proyectarse para todo el año 2018 el comportamiento observado durante los primeros nueve meses, la contracción habrá sido del 48,1% para el período presidencial completo. Esto significa una contracción promedio en el ingreso de cada venezolano del 51,6%, situándolo en términos absolutos en un nivel ligeramente inferior al de 1950. Es la contracción más pronunciada de un país que no esté en guerra, mayor que la de Grecia en el siglo XXI, y que el de Ucrania o de Cuba en los '90”. “La catástrofe que al fin reconoce el BCV”, en <https://www.descifrado.com/2019/07/28/humberto-garcia-larralde-la-catastrofe-que-al-fin-reconoce-el-bcv/>

²⁷ “...Las razones de esta tragedia están en las equivocadas políticas, derivadas del modelo político-ideológico del Socialismo del Siglo XXI y no en las sanciones económicas aplicadas por el gobierno de los Estados Unidos, como alegan quienes ejercen el gobierno. Es necesario aclarar que el año en que fueron introducidas sanciones financieras a la República y a PDVSA (2017), el Estado venezolano se vio imposibilitado de pagar su deuda internacional (default) aislándose, por su cuenta, de los mercados financieros mundiales. Asimismo, para el momento de entrar en vigencia las sanciones petroleras (21.01.2019), la producción de crudos había caído a apenas la tercera parte de la de 2013. Si bien puede decirse que esas sanciones acentuaron ese declive -hoy se produce apenas el 16%-, es evidente que la destrucción de la capacidad productiva de la industria petrolera ya había ocurrido. Las sanciones personales, por su parte, no son contra Venezuela, si no a funcionarios imputados de haber violado derechos humanos y/o incurrido en corruptelas. Por tanto, no tienen repercusiones económicas”. *Cfr.* Pronunciamiento de la Academia Nacional de Ciencias Económicas de fecha 9 de marzo de 2021.

Fuente: BCV.



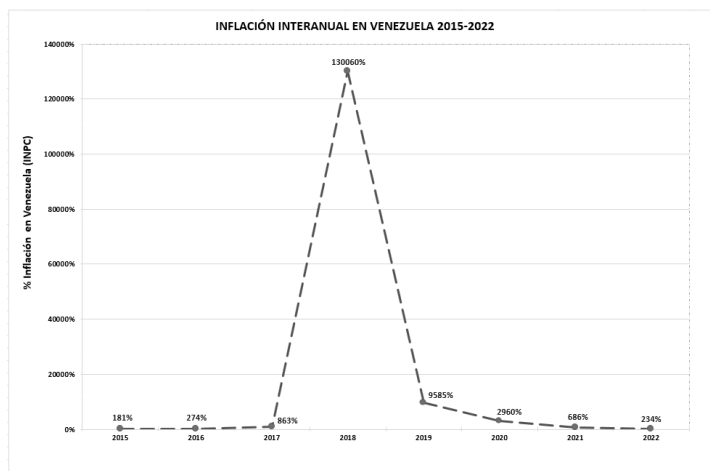
La caída interanual es de: -3.9%, -6.2%, -17.0%, -15.7%, -19.6%, -35.05%, -30.0%, -10.0% para 2014,2015,2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021, respectivamente, y una recuperación de 17,73 % para 2022, después de 8 años seguidos de caída.



Fuente: BCV

Una situación calificada como “*Emergencia Humanitaria Compleja en Venezuela*”²⁸. Quizás lo más doloroso sea 5.4 millones de habitantes desplazados o emigrados en los últimos 15 años según ANCUR (Agencia de las Naciones Unidas para refugiados)²⁹.

Por su parte la hiperinflación despuntó vertiginosamente con porcentajes interanuales escandalosos. Va desde 2014 con 68%, en 2015 180%, en 2016 274%, en 2017 862% en 2018 de 130.060%, 2019 de 9585% y 2020 de 2959%, según información del BCV e INE para 2020.



Fuente: BCV

Como se dijo la razón principal de la hiperinflación consiste en el financiamiento directo y sin límite de las empresas y entes públicos, incluida PDVSA por el BCV. Para este fin se modificó la LBCV en 2009 con el objeto deliberado de habilitar esta práctica nociva y manifiestamente contraria a la función de un banco central cuya misión es la estabilidad de los precios y el valor de la moneda local.

La creación de dinero puede ser y frecuentemente es utilizada por los gobiernos como un instrumento recaudatorio, esto es, la inflación tiene una funcionalidad como impuesto. El privilegio monopolístico en la creación de dinero es equivalente a permitirle que establezca

²⁸ <https://www.hrw.org/es/report/2019/04/04/la-emergencia-humanitaria-en-venezuela/se-requiere-una-respuesta-gran-escala-de#>; ver también <https://news.un.org/es/story/2019/11/1464991>; ver “...El país sigue sufriendo una hiperinflación, una grave escasez de alimentos y medicinas, y una grave crisis humanitaria. Esta situación ha obligado a alrededor de una sexta parte de la población a abandonar el país, con más de cinco millones de venezolanos que habrían emigrado hasta abril de 2020, según estimaciones del ACNUR²”. *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, Consejo de Derechos Humanos Cuadragésimo quinto período de sesiones 14 de septiembre a 2 de octubre de 2020 Tema 4 de la agenda Las situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo, 15 de septiembre de 2020*. En https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf

²⁹ <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>. “Las personas continúan saliendo de Venezuela para huir de la violencia, la inseguridad y las amenazas, así como la falta de alimentos, medicinas y servicios esenciales. Con más de 5 millones de venezolanos y venezolanas que se encuentran viviendo en el exterior, la gran mayoría en países de América Latina y el Caribe, esta se ha convertido en una de las principales crisis de desplazamiento del mundo”.

un impuesto sobre los activos monetarios³⁰ (exacción monetaria). Este ingreso ficticio se introduce en los circuitos económicos como un aumento de la masa monetaria en la forma de préstamos del BCV al gobierno o a sus empresas públicas. Esto implica un gasto público clandestino que eleva el precio de los bienes y servicios presionando para un mismo nivel de oferta de estos.

Pero lo que es peor, la hiperinflación colocó al Estado en una trampa deficitaria porque redujo la recaudación impositiva real proveniente de actividades domésticas con una resistencia a la baja del gasto público (efecto Tanzi-Olivera)³¹.

Desde 2014 la situación venía empeorando con la caída de los precios del petróleo con sensible impacto en los aportes fiscales de origen petrolero sobre el presupuesto del gobierno central. Paralelamente, la inflación fue encontrando combustible; la recesión económica hizo manifiesta la profundización de la erosión de los ingresos tributarios internos. “*Con una renta de origen petrolero mermada, ingresos tributarios internos insuficientes y sin acceso al financiamiento internacional, el sector público no encontró otra fuente de financiamiento que la impresión explosiva de dinero primario*”³².

Concretamente en la reforma de la LBCV de 2015, el legislador delegado inculcó el veneno de la hiperinflación en el Artículo 37(2). Allí se estableció una excepción a la prohibición para el BCV de otorgar créditos directos al Gobierno Nacional o cualquier otro ente de carácter público o mixto. Sin embargo, en un esfuerzo fútil de disimulo, la misma redacción hace pasar por excepción a la prohibición de crédito al gobierno, una excepción normativa que se convirtió en la regla de permiso a la emisión inorgánica de bolívares. Así la parte final del mismo ordinal incluye una excepción que niega la prohibición de principio: “*...podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas, cuando objetivamente exista amenaza interna o externa a la seguridad u otro perjuicio al interés público, que calificará el Presidente o Presidenta de la República mediante Informe confidencial; o en aquellos casos en que hayan sido aprobados de forma unánime por los miembros del Directorio*”³³.

³⁰ Con razón dijo John Maynard Keynes “no hay un medio más útil ni seguro para subvertir las bases actuales de la sociedad que la corrupción de la moneda”. *The economic consequences of the Peace*, p. 236, citado por BRENNAN, Geoffrey y BUCHANAN, James, *El poder fiscal <fundamentos analíticos>*, Unión Editorial, Madrid 1987, p. 146.

³¹ Vid. GARCÍA LARRALDE, Humberto, “Lineamientos de una política cambiaria para la competitividad en Venezuela”, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales-Friedrich Elbert Stiftung (Observatorio de Economía), consultado en https://www.academia.edu/36643330/Lineamientos_de_una_pol%C3%ADtica_cambiaria_para_la_competitividad_en_Venezuela, p. 19.

³² Cfr. VERA AZAF, Leonardo, ¿Hacia dónde avanza el desorden monetario venezolano?, en <https://ancevenezuela.org.ve/hacia-donde-avanza-el-desorden-monetario-venezolano/p>, p. 15.

³³ Sobre los demás controles del ejecutivo sobre el BCV ver HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “Comentarios a la reforma de 2015 de la Ley del Banco Central de Venezuela y su defensa por la Sala Constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, No. 145-146, Enero-Junio de 2016, Caracas, pp. 107; ver también ABADI M, Anabella, “5 años de violaciones a la autonomía del BCV <Proceso constante, resultado fulminante>”, en *Transparencia Venezuela*, Caracas 2018, <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2018/07/Violaciones-Autonomi%CC%81a-BCV-2018-Anabella-Abadi-M.-.pdf>

Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Opinión sobre el pedimento del Poder Ejecutivo Nacional al Banco Central de Venezuela para disponer, con propósitos de financiamiento del sistema agropecuario nacional, de 1000 millones de \$ de las reservas monetarias internacionales y otras formas de financiamiento, sin la contraprestación correspondiente en bolívares”, consultado el 15 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronun-ciamientos/Opinión%20de%20la%20Academia%20sobre%20el%20Pedimento%20del%20Ejecu->

Venezuela entró en el último trimestre de 2017 en un contexto de hiperinflación ahogada por los compromisos externos, con precios e ingresos petroleros insuficientes para cubrir las necesidades de la economía nacional; sin reservas, incumplió sus compromisos financieros y aislada de los mercados internacionales de crédito (en *default*), lo que obligó a eliminar el régimen de control de cambios y sus ilícitos y a liberar el tipo de cambio a mediados de 2018³⁴.

B. La hiperdepreciación del bolívar

El bolívar no solo se desintegró en valor internamente. También perdió todo valor de conversión con otras monedas extranjeras. Esa debacle se destapó con la derogación del régimen cambiario en vigor desde el año 2003. Tuvo su causa por la exacerbación de los incontables controles sobre la economía, los embates a la libertad económica, la propiedad y la confianza de los ciudadanos.

En efecto, el régimen de cambio se desreguló y despenalizó en agosto de 2018. Tanto (i) las contrataciones en moneda extranjera como las (ii) operaciones de cambio de monedas fueron sustancialmente liberalizadas, mediante (a) el efecto derogatorio de todas las normas sancionatorias a través del “*Decreto Constituyente derogatorio del régimen cambiario y sus ilícitos*”³⁵ y el (b) desmontaje que hace el nuevo Convenio Cambiario No. 1 (CC No. 1) de todos los convenios cambiarios que integraban el antiguo régimen cambiario. En su lugar, se crearon y organizaron nuevas opciones institucionales de intercambio para el comprador o vendedor del bolívar por la moneda extranjera denominado “*sistema de mercado cambiario*” en esencia de libre flotación.

El ajuste cambiario fue de 2.268 % solo en ese año de 2018.

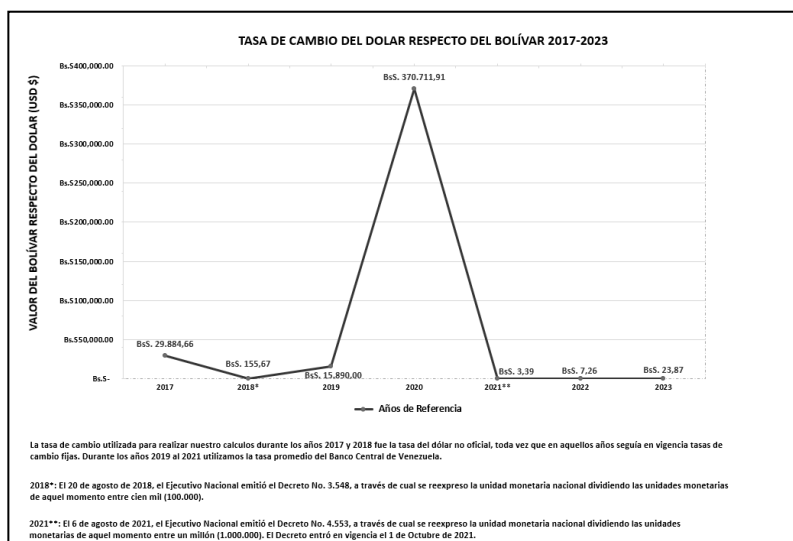
A su vez, el ritmo explosivo de la cotización del dólar socavó la confianza y pulverizó el valor externo de la moneda nacional³⁶.

tivo%20al%20BCV%20de%201000%20millones%20de%20dólares%20de%20las%20reservas%20monetarias%20internacionales.pdf>.

³⁴ Vid., VERA AZAF, Leonardo, *op.cit.*, p. 15.

³⁵ *Gaceta Oficial* No. 41.452 del 2 de agosto de 2018.

³⁶ Puede consultarse el contraste de la serie sobre el producto interno bruto (PIB) constante, según precios de 1997, su variación porcentual anual, así como el producto interno bruto *per capita* desde 1950 a 2021. La fuente de información es el BCV. La serie desde 2019, son cálculos basados en la caída estimada por el FMI. En cuanto a la población, la serie es del INE hasta 2014, y de ahí fue modificada para asimilar la migración de 6 millones de venezolanos entre esa fecha y 2021.



Fuente: BCV

La hiperinflación es mucho más que un alza acelerada de precios que afectan el bienestar de los consumidores. Este fenómeno monetario impacta las expectativas de inversión, la productividad, la estructura de precios relativos, en general toda la dinámica de la economía.

El proceso hiperinflacionario surge como una crisis de credibilidad que afecta a las expectativas de los agentes económicos. En el límite cuando los precios tienden al infinito, el repudio por la moneda es generalizado, incluido el propio sector público y la economía corre el riesgo de convertirse, en extremo, en una economía no monetaria con unos costos aún más devastadores sobre el bienestar³⁷.

II. LA DISFUNCIÓN DEL BOLÍVAR Y LA DOLARIZACIÓN TRANSACCIONAL DE LA ECONOMÍA

1. *El concepto económico de la dolarización de la economía*

Con la hiperinflación los operadores económicos iniciaron una progresiva sustitución espontánea por la moneda extranjera como marcador de precios para transacciones en moneda local. Su causalidad atiende a una simple razón del mayor riesgo y poca rentabilidad de la moneda de curso legal atizada por la pérdida de confianza en la misma. Así devino forzosamente la pérdida de las funciones del bolívar como moneda, tanto como medio de reserva de valor, como para denominar y pagar obligaciones pecuniarias.

El colapso del control de cambio establecido en 2003 y los controles de precios obligaron a su desmontaje en 2018. Se impuso la libertad de contratación en moneda extranjera y una libertad de cambio. Así lo confirman la llamada ley constituyente derogatoria del régimen del control de cambio y sus ilícitos³⁸ y el CC No. 1 vigente³⁹.

³⁷ Cfr. SAEZ Francisco y ZAMBRANO SEQUIN, Luís, *De la inflación crónica a la hiperinflación: el equilibrio al borde del abismo*, en https://www.academia.edu/41521655/De_la_inflaci%C3%B3n_cr%C3%B3nica_a_la_hiperinflaci%C3%B3n_El_equilibrio_al_borde_del_abismo

³⁸ *Gaceta Oficial* No. 41.452 del 2 de agosto de 2018.

³⁹ *Gaceta Oficial* No. 6.405, extraordinaria del 7 de septiembre de 2018.

La liberación de la tasa de cambio detonó el repudio del bolívar, primeramente, como medio para atesorar valor, complementariamente como medio para denominar obligaciones pecuniarias y finalmente, hasta para asegurar el uso de la moneda extranjera con exclusión del bolívar.

En este contexto la “dolarización”⁴⁰ es el fenómeno económico que denota la pérdida de cualquiera de estas funciones. Se trata de una situación fáctica espontánea. Cuando el proceso de “dolarización” enfatiza los aspectos transaccionales e implica sustitución de las funciones como *medio de pago* de la moneda de curso legal, se denomina “sustitución de monedas”. Por su parte, cuando el énfasis del proceso recae sobre la función del dinero como *reserva de valor*, se denomina “sustitución de activos”⁴¹.

La dolarización transaccional de la economía venezolana es el resultado del colapso de la capacidad estatal del modelo socialista de desarrollo implantado en Venezuela desde 1999 hasta el presente⁴². Derivó en un “*estado frágil*” en medio de una “*emergencia humanitaria compleja*”⁴³. Otros autores califican como un “*estado fallido*”⁴⁴.

⁴⁰ Sobre la dolarización transaccional de la economía venezolana, ver PALMA CARRILLO, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela (más de cien años de historia)*, Editorial Jurídica Venezolana, Ediciones IESA, Caracas 2020, p. 365; GARCÍA LARRALDE, Humberto, “Crítica del actual control de cambio en Venezuela”, en web: [https://www.academia.edu/10234449/Cr%C3%ADtica_del_actual_control_de_cambio_en_Venezuela]; Ver sobre las posibilidades jurídicas de una dolarización formal, de derecho o propiamente dicha en Venezuela, HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “Aspectos jurídicos de la dolarización en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, No. 153-154, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2018, p. 314.

⁴¹ Ver CASTELLANO MONTIEL, Alberto Gregorio, “La demanda de dinero y la sustitución de monedas y de activos en Venezuela: 1997-2008”, en *Economía*, XXXVII, 34 julio-diciembre, Caracas 2012, p. 98.

⁴² Cfr. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Control de cambio y de precios en Venezuela. Auge y colapso institucional 2003 2020. Del modelo socialista a la dolarización de facto*, Colección Estudios Jurídicos, No. 146, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2001, p. 157.

⁴³ El concepto emergencia humanitaria compleja denota una violación masiva y deliberada de los derechos humanos. También es entendida como una expresión del fracaso del modelo de desarrollo de un país, sus implicaciones estimulan la conflictividad. El fracaso del sistema político y de la gestión de conflictos por la falta de unas instituciones con legitimidad popular, con mecanismos que permitan canalizar las reivindicaciones y disputas políticas, así como controlar a las autoridades. ver <https://www.civilisac.org/emergencia-humanitaria-compleja/las-emergencias-humanitarias-complejas-caracter-politico#:~:text=Se%20trata%20de%20crisis%20humanitarias,sociales%20y%20pobreza%20subyacente%3B%20que>

⁴⁴ Es tal la situación de quiebre institucional del Estado venezolano que, con razón se califica de “Estado fallido”, esto es, “...no cuenta con la capacidad necesaria para atender sus cometidos públicos”. Señala José Amando Mejía Betancourt, que el fracaso que acarrea el Estado venezolano hace inaplicable el derecho tributario. “...el sistema tributario venezolano perdió su efectiva vigencia conjunto con la Constitución que establece sus bases fundamentales en los artículos 316 y 317...” //... es el derecho donde se manifiesta con mayor evidencia el ejercicio del poder público y su carácter coactivo. //es un típico derecho de la actividad administrativa de coacción y por ello extraordinariamente sensible a su legitimidad política y constitucional, donde el contribuyente dispone de unas garantías muy importantes. // ante el derrumbe del Estado derecho a todo el sistema tributario venezolano desapareció y el derecho tributario perdió su efectiva vigencia. // si el estado fallido venezolano no existe entonces evidente su incapacidad para formar obligaciones tributarias como sujeto activo que es la trama esencial del derecho tributario”. Cfr. MEJÍA BETANCOURT, José Amando, “El sistema tributario venezolano ante un estado fallido”, en *Derecho Tributario contemporáneo (libro homenaje a los 50 años del Asociación Venezolana de Derecho Tributario)*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2019, p. 416. Ver también HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “Estado fallido y recaudación tribu-

En este contexto la dolarización transaccional de la economía aparece como una forma institucional informal para el intercambio de bienes y servicios⁴⁵.

También la dolarización transaccional agravó la desigual distribución del ingreso, pues alimentó la inflación para aquellos que solo tienen posibilidades de compra en bolívares. Ello desnuda la odiosa realidad del empobrecimiento de los que no tienen o generan divisas⁴⁶.

La dolarización transaccional de la economía se ha extendido a todos los dominios de la actividad económica, incluso a la tributación. Su intención es inmunizar deslealmente a la administración acreedora de los riesgos de la depreciación del bolívar y la ventaja de la sustitución por un activo de poder adquisitivo más homogéneo como unidad de cuenta, trasladando los riesgos inflacionarios y cambiarios al ciudadano contribuyente.

La expresión más saliente es la dolarización de las sanciones tributarias en la reforma del COT de 2020⁴⁷. Con esta reforma se desplazó el uso de la UT y con ello el bolívar como unidad de cuenta para el cálculo de las sanciones tributarias.

Se hizo lo mismo con la designación del llamado Petro para ser utilizado como unidad de cuenta para el cálculo de los tributos y sanciones Municipales según el llamado Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal (“ANAT”)⁴⁸ presentado por el entonces vicepresidente del área económica y ministro de Petróleo Tareck El Aissami en ejecución de la sentencia No. 78 de fecha 07 de julio de 2020 y No. 118 de fecha 18 de agosto de 2020⁴⁹ de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. El Petro también se utiliza para denominar el *quantum* de tributos de tipo fijo como es el caso reciente de las tasas para los servicios fedatarios de los registros y notarias en la reforma de la Ley de registros y notarias (LRYN)⁵⁰

2. Consecuencias jurídicas de los daños patrimoniales por la hiperinflación y la hiperdepreciación del bolívar

Las consecuencias de la destrucción del poder adquisitivo del bolívar son radicalmente relevantes desde un punto de vista jurídico, pues como veremos la responsabilidad por los daños de la hiperinflación y la hiperdepreciación del bolívar son directamente imputables al mal funcionamiento del BCV.

taria en Venezuela”, en *Derecho Tributario contemporáneo (libro homenaje a los 50 años de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario)*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2019, p. 424.

⁴⁵ *Ibid.* p. 158. “El intercambio generalizado de bienes y servicios en divisas incluso al margen de los precios regulados, es resultado de instituciones informales que han surgido debido al colapso de la capacidad total para ejercer su función monetaria. Estas instituciones informales que surgen en (áreas de limitada estatalidad) han sido toleradas por el régimen autoritario”.

⁴⁶ GARCÍA LARRALDE, Humberto, “Algunas implicaciones de la dolarización transaccional en Venezuela”, en <http://cronicadesdewashington.blogspot.com/2021/01/humberto-garcia-larralde-algunas.html>

⁴⁷ Ver nuestro trabajo “Ilegitimidad de la dolarización de las sanciones tributarias”, en *Libro Homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, Tomo I, (Rafael Badell Madrid Coordinador), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2021, p. 1576.

⁴⁸ El ANAT es otra vía de hecho parte de la conjura orquestada por la inconstitucional Sala Constitucional para *desconstitucionalizar, deslegalizar y desdemocratizar* las facultades de armonización tributaria de la Asamblea Nacional y particularmente usurpar la autonomía tributaria de los Municipios, para imponer autoritariamente su voluntad de poder.

⁴⁹ <http://www.tsj.gob.ve/-/sala-constitucional-del-tsj-ordena-a-los-alcaldes-no-suscriptores-del-acuerdo-nacional-de-armonizacion-tributaria-municipal-a-adherirse-en-un-lapso-de-> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/310057-0118-18820-2020-19-0333.HTML>

⁵⁰ *Gaceta Oficial* N° 6.668 Extraordinario del 16 de diciembre de 2021.

Este ente público incumplió su deber institucional de “lograr la estabilidad de los precios y preservar el valor de la moneda”⁵¹. Muy por el contrario, puso en pie una política deliberada y una práctica consistente de emisión inorgánica de bolívares para el financiamiento del gasto del poder central y sus empresas públicas.

La falencia del BCV compromete la responsabilidad patrimonial de la República en la destrucción del sistema monetario y de todos los daños causados a la economía nacional, a los ciudadanos y a su nivel de vida, a su bienestar y prosperidad *ex* artículo 2, 6 y 140 Constitucionales.

De allí la ilegitimidad de cualquier medida de corrección o ajuste de obligaciones tributarias principales o accesorias a favor de cualquier administración tributaria, vinculadas al uso de otra moneda o referencia de valor como el dólar o del llamado Petro entre la fecha de la comisión del ilícito y la de su liquidación o pago.

Se trataría de un provecho o lucro indebido a expensas del daño creado por el propio Estado, pues nadie puede beneficiarse de un ilícito propio o ajeno. Lo contrario implica el absurdo de tolerar una desigualdad adicional al daño causado por el Estado con la hiperinflación e hiperdepreciación del bolívar, que se convierte en un objeto jurídicamente protegido. Algo inaceptable en el Estado Social de Derecho y de Justicia, pues la legitimidad de los fines normativos es condición de validez del ordenamiento y en particular de las normas que afectan derechos y garantías constitucionales.

En efecto, si el Estado es responsable por los daños y perjuicios causados por su actividad ilícita, con mayor razón, *a fortiori*, no puede ni debe beneficiarse, enriquecerse o lucrarse de los daños causados por su actividad sea dolosa, culpable o no. Esto aplica directamente a la Administración tributaria nacional como a cualquier otra administración pública, porque también es ilegítimo el enriquecimiento de cualquiera a partir del hecho ilícito de otro. Sobre esto volveremos más adelante. Por ahora solo avanzamos nuestra convicción sobre la ilegitimidad del ajuste de las sanciones tributarias de la hiperdepreciación del bolívar según la cotización de la moneda de mayor valor para aprovechar a la Administración Tributarias.

Particularmente dañina fue la política deliberada de opacidad del BCV de omitir la publicación tempestiva de las cifras sobre inflación en el país y otras cuentas nacionales entre los años de 2016 hasta abril de 2019. Se trató del incumplimiento de un deber de transparencia de interés general, del que depende el derecho a la información veraz y oportuna de la población para el ejercicio de otros derechos particulares, entre ellos la corrección monetaria de derechos y obligaciones pecuniarias para todo tipo de propósitos contractuales, la actualización de beneficios y derechos laborales, la tutela judicial efectiva mediante la actualización de condenas de sumas de dinero por los tribunales y por supuesto el derecho tributario a la

⁵¹ Artículo 318 de la Constitución: “Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria” Artículo 5 LBCV: “El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de los precios y preservar el valor de la moneda”. Artículo 7: “Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá a su cargo las siguientes funciones: 1. Formular y ejecutar la política monetaria; 9. Ejercer con carácter exclusivo, la facultad de emitir especies monetarias”; Artículo 21: corresponde al directorio ejercer la Suprema dirección del Banco Central de Venezuela, En particular, tendrá las siguientes atribuciones en: 2. formular y ejecutar las directrices de la política monetaria y establecer los mecanismos para su ejecución, así como realizar los ajustes que resulten de su seguimiento y evaluación. En este sentido ejercerá las facultades atribuidas al Banco Central en materia de encajes y otros instrumentos de política monetaria.

corrección de bases imponibles, alícuotas y cuotas tributarias⁵². Esta fue una situación vergonzosamente coonestada por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia⁵³.

III. ANTECEDENTES DEL USO DEL PETRO COMO UN SUCEDÁNEO PARA LA DOLARIZACIÓN DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

1. *La creación y justificación normativa del Petro*

El término “*Petro*” es una expresión del discurso populista. Responde a una técnica totalitaria de cambiar o innovar el sentido de las palabras hasta el punto de crear un lenguaje nuevo, una neolengua, apropiado a sus intereses, con la finalidad de generar apoyo al propósito dirigista o de dominación⁵⁴.

El 8 de diciembre de 2017, a través del Decreto 3.196 (el Decreto de creación), el Ejecutivo nacional creó la Superintendencia de los Criptoactivos y actividades conexas Venezolana (SUNACRIP)⁵⁵, indicando en sus considerandos que “...es necesario el desarrollo de una nueva Divisa Internacional, que será el futuro de las divisas alineada en las ideas y propuestas del Comandante Hugo Chávez, con respaldo en Materias Primas como Petróleo, así como otros commodities, entre ellos el oro, diamante, coltán y el gas; apoyada y desarrollada por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela”.

Asimismo, allí se introduce la primera definición del “*Petro*” como “*cripto-activo intercambiable por bienes y servicios, y por dinero fiduciario en las casas de intercambio de cripto-activo nacionales e internacionales, y al mismo tiempo ejerce funciones de commodities, ya que se puede utilizar como un instrumento de refugio financiero por estar respaldado en barriles de petróleo venezolano, en la forma de un contrato de compra/venta con la posibilidad de ser canjeado por petróleo físico*”.

Como se advertirte, desde sus inicios, la idea del Petro contempla su categorización como criptoactivo susceptible tanto de intercambio como de instrumento financiero para la especulación y/o el ahorro, bajo la pretendida justificación de estar respaldado tanto por petróleo venezolano, como por diamantes, coltán y/o gas⁵⁶.

Posteriormente, en el Decreto Constituyente No. 6.370 de fecha 9 de abril de 2018⁵⁷, se definió al Petro como una criptomonedas cuyas características son de “...criptoactivo sobe-

⁵² Ver nuestro artículo “La mentira contable: crónica de incomunicación y engaño. <aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre de 2019>”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* No. 13 (Homenaje al académico Prof. James-Otis Rodner S.), Caracas, 2019, pp. 54.

⁵³ Ver Sentencia No. 935 de 4 de agosto de 2015 dictada en el caso *Asociación Civil Transparencia Venezuela contra el Presidente del Banco Central de Venezuela* <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/180378-00935-5815-2015-2015-0732.HTML> Vid. comentarios de BREWER CARÍAS, Allan. *El secreto y la mentira como política de Estado y el fin de la Obligación de Transparencia*, en <http://allanbrewercarias.com/documentos/el-secreto-y-la-mentira-como-politica-de-estado-y-el-fin-de-la-obligacion-de-transparencia-de-como-el-tribunal-supremo-de-justicia-libero-inconstitucionalmente-al-banco-central-de-venezuela-de-cumplir/>

⁵⁴ Ver RACHADEL, Manuel, Prólogo al libro de BREWER CARÍAS, Allan, *La mentira como política de estado. Crónica de una crisis política permanente (Venezuela (1999 2015))*, Colección Estudios Políticos, No 10 Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015 p. 24.

⁵⁵ *Gaceta Oficial* No. 6.346 de fecha 8 de octubre de 2017.

⁵⁶ Artículo 3º. el Decreto de creación.

⁵⁷ *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 6.370, de fecha 09 de abril de 2018.

rano, respaldado y emitido por la República Bolivariana de Venezuela sobre una plataforma de cadena de bloques federada (...) sobre la base de sus riquezas minerales e hidrocarburos.” En este sentido, se hace referencia a que el Petro es una criptomoneda venezolana, emitida por la República (soberana) sobre una plataforma de bloques (*block-chain*) federada y respaldadas por riquezas minerales e hidrocarburos.

Para las criptomonedas, su *Whitepaper* o su Libro Blanco es el documento técnico que informa pormenorizadamente de sus protocolos, elementos criptográficos, emisión, circuito de uso y otros detalles sirviendo de respaldo normativo, garante de certeza y transparencia sobre su uso. En el caso del Petro, su *Whitepaper* ha tenido diversas modificaciones, lo cual le resta confianza y transparencia.

En enero de 2018, en el primer *whitepaper*⁵⁸ del Petro se indicaba una emisión inicial de 100 millones de Petros (PTR). Se estableció asimismo que se realizaría una preventa del 38.4% de dicha emisión en marzo 1, 2018; una oferta inicial del 44% en marzo 21, 2018 y que el resto permanecería en manos de la Superintendencia de Criptoactivos y Actividades Conexas (17.6%). La adjudicación se realizaría con la adjudicación de los 82.4 millones de tokens.

La siguiente modificación de su *whitepaper* indica que la distribución de los petros de la primera emisión sería: 49% venta al público y 51% de reserva legal en manos de la SUNACRIP y la Tesorería de Criptoactivos de Venezuela (TCV), monto que no sería transado o comercializado bajo ningún concepto. De igual manera indicaba que la distribución de los fondos recaudados en la venta en el mercado primario de la primera emisión sería: 8% Desarrollo del Ecosistema, 10% TCV; 13% Fondo de Desarrollo del Petro, 69% Fondo de Reserva.

Es importante destacar que el Bitcoin, criptoactivo de mayor aceptación global - generado a partir de su minado en *block-chain*- llegará en el 2140 a 21 millones de unidades (al primero de febrero de 2020 su cantidad era de aproximadamente 18 millones), lo que es una primera señal de abultamiento de la emisión inicial de petros, lo cual atenta contra su valor, amén del hecho que, tal y como indica su *whitepaper*, ‘*el Petro contara con tantas emisiones a como haya lugar en relación a las reservas fijadas como respaldo principal, en un lapso de diez años. Cada emisión tendrá una cantidad finita a emitir, por lo tanto, el Petro es finito*’

En su preventa indicaba que en febrero 2018 se crearían *token* ERC-20 en la plataforma Ethereum (ETH). Sin embargo, su manual de adquisición indicaba que utilizaría la plataforma NEM y posteriormente, en la cuenta oficial en Twitter del Petro⁵⁹ señaló que la adquisición también se podría realizar por EtherDelta.

El 1 de octubre de 2018, en el *whitepaper* aprobado y publicado por la SUNACRIP, denominado “*El PETRO hacia la revolución digital económica*” se descartan las plataformas Ethereum y NEM y se crea un sistema propio utilizando el algoritmo X11 de 11 funciones *hash* que utilizará un mecanismo de verificación por consenso híbrido entre Prueba de Trabajo (PoW) y Prueba de Participación (PoS) de bloques de 4MB, generados cada 60 segundos.

Según Juan Cristóbal Carmona⁶⁰, la confusión y la desinformación caracterizan los primeros pasos dados por el régimen en la implementación del PETRO. Las declaraciones emitidas y los actos jurídicos dictados por altos personeros del Poder Ejecutivo, no sólo fueron

⁵⁸ <https://www.petro.gob.ve/files/petro-whitepaper.pdf>

⁵⁹ <https://twitter.com/PetroSoporte>

⁶⁰ Cfr. CARMONA BORJAS, Juan Cristobal, *Mundo jurídico de las Criptomonedas*, Caracas 2019, p. 249.

ambiguas, sino también, contradictorias; han atentado contra la seguridad jurídica que demanda una medida de este tipo. Todo ello se agrava, al tratarse de medidas que tienen como soporte los inválidos Decretos de Declaración de Estado de Excepción y Emergencia Económica y las actuaciones inconstitucionales de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente cuestionada por su origen y desempeño.

Más allá de lo señalado, el factor decisivo de la ilegitimidad jurídica de la irregular iniciativa del régimen es el inconstitucional y engañoso respaldo en yacimientos petroleros y minerales preciosos, que se pretende atribuir al señalado “criptoactivo”, así como el endeudamiento que pareciera suponer sin contar con la aprobación de la Asamblea Nacional.

Juan Cristóbal Carmona contrasta al Petro con las criptomonedas tradicionales, poniendo en evidencia las grandes diferencias entre ambas figuras, efectúa un profundo análisis sobre los vicios de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad de la referida invención y al igual que con las criptomonedas, descarta la posibilidad de equipararlo al dinero y solo considerarlo como un bien o cosa⁶¹.

Sin embargo, a la fecha⁶² el Petro sigue presentado oficialmente como (i) la primera moneda digital emitida por la República Bolivariana de Venezuela, (ii) establece su valor anclado a la canasta de *commodities* venezolana, (iii) tiene su propio *blockchain* y explorador de bloques, (iv) regulado y supervisado por la Sunacrip, y (v) con modalidades de adquisición en el mercado primario y mercado secundario (*exchanges*)⁶³

2. *Naturaleza del Petro: solo un nombre vacío*

En nuestro criterio el Petro no es moneda, criptomoneda, criptoactivo y tampoco unidad monetaria. Se trata de un nombre vacío que sirve como subterfugio ideológico para pretender idiotizar el lenguaje económico, contable y jurídico. Su finalidad oculta es la dolarización transaccional de las prestaciones que lo aplican. Es otro mecanismo de control social al servicio del poder autoritario y la dominación política del país.

Jurídicamente los “criptoactivos” ni el Petro tienen condición de moneda porque no están designados, ni se le atribuye función monetaria de curso legal como tal por el ordenamiento jurídico venezolano. Tampoco los convierte en dinero ni en criptoactivo por más que el estado pretende imponerlo de hecho respecto de determinadas operaciones comerciales o servicios públicos.⁶⁴

La cualidad legal de moneda está institucionalizada a través de la designación normativa del medio de pago y la atribución a dicho medio del poder liberatorio ilimitado de obligaciones pecuniarias en una jurisdicción política. En Venezuela solo el bolívar tiene reconocimiento como tal moneda de curso legal. Así lo confirman el artículo 318⁶⁵ de la Constitución y los

⁶¹ *Ibid.* p. 266.

⁶² 8 de septiembre de 2023.

⁶³ Ver <https://www.petro.gob.ve/es/> consultada el 8 de septiembre de 2023.

⁶⁴ *Ibid.* p. 268.

⁶⁵ Artículo 318. Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objeto fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

El Banco Central de Venezuela es persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia. El Banco Central de Venezuela ejercerá

artículos 106⁶⁶ y 107⁶⁷ de LBCV. La Constitución solo faculta alternativamente la posibilidad jurídica de una moneda en el contexto de la integración latinoamericana y caribeña. No prevé otras formas monetarias legales.

Para los poderes públicos la juridicidad implica y exige que, lo no previsto expresamente, está implícitamente prohibido, es nulo e inválido (artículo 137 constitucional). Adicionalmente, contrariar la designación monetaria constitucional, implica una usurpación del rango constitucional y de la función constituyente, para modificarlo, imponiendo una pretendida nueva moneda de curso legal o funciones de curso legal de imposible cumplimiento práctico.

Ni siquiera bajo el pretexto de una superior jerarquía normativa del llamado Decreto constituyente sobre criptoactivos⁶⁸ pudiera justificarse la modificación exclusiva del bolívar como moneda de curso legal, o imponerse funciones monetarias a otros medios, pues ese Decreto solo limita su superioridad a los actos de rango legal y no a la Constitución, norma intangible como acto supremo y vértice del orden jurídico en Venezuela.

Demas está decir que el denominado Decreto constituyente sobre criptoactivos ni es decreto ni es constitucional, por ser una vía de hecho normativa producto de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente.

Toda autoridad usurpada es inválida y sus actos nulos (artículo 138 constitucional). Por lo tanto, cualquier pretensión normativa subalterna de instituir especies monetarias o pretendidamente monetarias al margen de las posibilidades definidas constitucionalmente, constituye una usurpación de funciones y una extralimitación de atribuciones sea tanto por la pretendida Asamblea Nacional, los Municipios o cualesquiera otros actos de usurpación que lo refieren. De modo pues que, todos los actos de aplicación del llamado Petro están viciados de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad y determinan la nulidad e invalidez de todos aquellos otros actos de aplicación.

Ni los “criptoactivos” ni el Petro tienen funcionalidad monetaria para servir como unidad de cuenta. Esto lo comprueba su falta de condición económica de dinero y por lo tanto su inidoneidad para ser utilizado como denominador homogéneo de valor para la expresión cuantitativa de los elementos de los EEFF.

Tanto es así que, ni siquiera para fines contables los criptoactivos se clasifican como “efectivo” o como “monedas” según los estándares técnicos de las *Normas internacionales*

sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación.

Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones las de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley.

⁶⁶ Artículo 106: La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común, en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

⁶⁷ Artículo 107: Corresponde al Banco Central de Venezuela el derecho exclusivo de emitir billetes y de acuñar monedas de curso legal en todo el territorio de la República. Ninguna institución, pública o privada, cualquiera que sea su naturaleza, podrá emitir especies monetarias.

Queda a salvo la regulación relacionada con la emisión de especies para el intercambio de bienes y servicios entre prosumidores, en el ámbito comunal.

⁶⁸ *Gaceta Oficial* No. 6.370, de fecha 09 de abril de 2018.

de información financiera (NIIF)⁶⁹. Entre otras razones porque los criptoactivos no tienen calidad de curso legal en ninguna jurisdicción, esto es, no son de recepción obligatoria ni están respaldados por gobiernos o instituciones oficiales. En Venezuela ya dejamos claro que el Petro no está instituido ni designado como moneda de curso legal.

Los criptoactivos independientemente de que puedan ser usados como medios de cambio, no tienen idoneidad para fijar precios de bienes y servicios directamente. Para denominar precios la unidad de cuenta requiere ser divisible al céntimo, lo cual no es fácil en todos los casos por la volatilidad de los precios de los criptoactivos. Siempre dependen de la referencia a una moneda para cumplir una función de cambio. Si el precio del criptoactivo varía, solo se conoce su valor en términos de esa otra moneda de referencia, lo cual genera confusión, complica su función comparativa de valor y resulta ineficiente⁷⁰.

En definitiva, los criptoactivos no son de uso generalizado en la denominación de los elementos patrimoniales que típicamente representan transacciones o hechos económicos con relevancia económica, contable o jurídica. No representan la sustancia de la actividad económica o de los recursos empleados por los entes económicos en la forma de transacciones sobre compras, ventas, mantenimiento de instrumentos sobre el patrimonio y de deuda, extinción de pasivos y otras formas de crédito. Tampoco cumple por sí mismo una función de significación económica confiable o de almacenamiento de valor de aceptación general. Su falta de uniformidad de valor implica inestabilidad y por lo tanto no puede facilitar la comparación de elementos patrimoniales en el tiempo. No aporta a la eficiencia económica ayudando a los inversores a identificar oportunidades y riesgos para mejorar la asignación del capital mediante el uso de un lenguaje confiable que reduzca los costos de capital y los de información.

En el caso del Petro su uso como un pretendido medio de pago tiene una funcionalidad liberatoria limitadísima, impuesta autoritariamente (normativamente) para transacciones solo de tipo administrativo (que impliquen pagos en moneda extranjera por concepto de tasas, contribuciones, tarifas, comisiones, recargos y precios públicos, procederán a la liquidación y cobro de esas obligaciones monetarias en Petros o como *token* para el intercambio de bienes proveídos exclusivamente por entes gubernamentales⁷¹). El Petro siempre estará referido a otra unidad monetaria que signifique el valor efectivo de intercambio, lo cual evidencia su precariedad e impostura monetaria.

Peor aún el Petro como pretendido criptoactivo es radicalmente cuestionado en su validez jurídica⁷² y hasta sancionado internacionalmente⁷³, lo que lo hace inapropiado para gene-

⁶⁹ International financial reporting system (IFRS). Ver PRICE, WATERHOUSE COOPERS, "Cryptographic assets and related transactions: accounting considerations under IFRS", No 2019-05 *In depth: a look at current financial reporting issues*, December 2019. Consultado en <https://www.google.co.ve/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjHvtzGzPzmAhWRjFkKHVjJAAAQFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.pwc.com%2Fgx%2Fen%2Faudit-services%2Fifrs%2Fpublications%2Fifrs-16%2Fcryptographic-assets-related-transactions-accounting-considerations-ifrs-pwc-in-depth.pdf&usg=AOvVaw0WanW8JzR1yMVbpzaGNXbt>. El día 11 de enero de 2020.

⁷⁰ Cfr. BAL, Aleksandra, *Taxation, virtual currency and blockchain*, No. 68 Series on international taxation, Wolters Kluwer, the Netherlands, 2019, p. 51.

⁷¹ Ver Decreto No. 4.096 de fecha 14 de enero de 2020, "...mediante el cual se procede a la liquidación, venta y pago de servicios en Criptoactivos Soberanos Petro (PTR), que en él se especifican", publicado en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 6.504 de fecha 14 de enero de 2020.

⁷² Cfr. CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal, *Mundo jurídico de las criptomonedas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2019, p. 204.

⁷³ "A la luz de las recientes acciones tomadas por el régimen de Maduro para intentar eludir las sanciones de los EEUU mediante la emisión de una moneda digital en un proceso que la Asamblea

rar confianza. Tanto es así que, la pequeña historia del Petro es equívoca e incierta. La mejor doctrina sobre la materia da cuenta que desde que se anunció su creación (enero 2018), el Petro se presentó como criptoactivo, en tanto que para octubre de ese mismo año había sido implementado adicionalmente como unidad de cuenta fluctuante (UCF), para el caso de emisión y renovación de pasaportes. Desde entonces el valor del Petro ha sido ajustado en varias ocasiones con máxima “...informalidad, imprecisión, inconsistencia, dispersión y complejidad...” por anuncios del presidente de la República. Incluso la última intención es convertirlo en medio de pago para tasas por servicios públicos⁷⁴.

Lo más grave: eufemísticamente se dice que el valor del Petro es un misterio⁷⁵. Lo cierto es que, no hay un mercado eficiente que transparentemente evidencie su valor. En medio de tanta opacidad hoy el valor del Petro es el que aparece en la página web de la SUNACRIP, esto es, el valor del Petro no es propio, es el que le fije el régimen.

Nacional democráticamente electa de Venezuela ha denunciado como ilegal, ordenaremos que (...) todas las transacciones relacionadas con (...) cualquier moneda digital o ficha digital, emitida por, para o en nombre del gobierno de Venezuela a partir del 9 de enero de 2018, están prohibidas”. https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/vz_eo_petro.pdf. <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-taking-additional-steps-address-situation-venezuela/>

⁷⁴ Ver CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal, *Pago de pasaportes en Petros*, en <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/04/CU%C3%81NTO-VALE-EL-PETRO-.pdf>

⁷⁵ a) Inicialmente se pretendió que 1 Petro equivaliera al precio de 1 barril de petróleo. Así apareció en el primer borrador del Whitepaper.

b) Cuando Maduro el 17 de agosto de 2018 aludió al Petro como Unidad de Cuenta Fluctuante para fijar el monto del salario mínimo, mantuvo esa misma posición -1 Petro equivale a 1 barril de petróleo-. En ese momento el barril se cotizaba a US\$60. De allí que se dijera que un Petro equivalía o valía US\$60.

c) A medida que fue avanzando la idea del Petro y seguramente habiéndose emitido el supuesto criptoactivo, la SUNACRIP comenzó a publicar su valor. Poco después se modificó el whitepaper y se estableció que el valor del Petro a efectos de su primera emisión estaría determinado por una fórmula que se basa en una cesta de commodities integradas por: petróleo, hierro, oro y diamantes. Nunca quedó del todo claro si cuando se decía a efectos de su primera emisión era la fijación del precio de venta inicial o si permanentemente esa emisión se valoría con base en esa fórmula.

Debe tenerse en cuenta que el Petro teóricamente puede transarse en el mercado secundario libremente y, por tanto, su valor de mercado pudiera ser diferente al de la fórmula del whitepaper.

d) Luego, el BCV dejó de publicar en su página web el valor del Petro como Unidad de Cuenta Fluctuante que valga observar se quedó en US\$ 80 desde abril de 2019. De esta cotización más nunca se habló. Hoy día, únicamente se encuentra en la página de la SUNACRIP la cotización del Petro como criptoactivo.

d) Es de observar que el último aumento de salario mínimo no se basó en el Petro. Muchas ordenanzas que habían adoptado al Petro (Unidad de Cuenta Fluctuante/ US\$ 80) tuvieron que hacer cambios para adaptarse y adoptar a esos mismos fines al Petro como Unidad de Valor.

En todo caso el Petro como Unidad de Cuenta Fluctuante desapareció.

El valor del Petro que actualmente es posible conseguir oficialmente es el que publica la SUNACRIP que en principio obedece a la fórmula del Whitepaper.

A tal punto es cierto lo señalado que, conforme a las publicaciones efectuadas por la SUNACRIP, el 23 de julio de 2019, el “criptoactivo soberano” se cotizaba a Bs. 447.533,19, el 30 de agosto de 2019 en Bs. 1.225.583,02, el 9 de diciembre de 2019 en Bs. 2.513.711,58 y el 8 de enero de 2020 en Bs. 3.349.956,26. Es así como, en menos de seis (6) meses experimentó una variación del 748%.

Por lo tanto, ni los “criptoactivos” ni el Petro pueden cumplir función de unidad monetaria para fines de reporte y mucho menos de cuantificación de la situación patrimonial.

Pero hay más. Porque los criptoactivos o el Petro no tiene la condición jurídica de moneda ni cumplen función de unidad de cuenta monetaria, no pueden ni deben utilizarse como unidad de medida legal para fines tributarios, no son idóneos, ni necesarios para tal fin. No responden a un fin legítimo.

2. Aplicaciones del Petro para fines financieros y tributarios

El uso del Petro como unidad de cuenta tiene varios intentos fallidos de implementación, tanto para fines financieros como tributarios. El objetivo es el mismo. Imponer un medio de cambio que no es monetario, que nadie demanda, que no genera confianza a ningún usuario. Solo interesa para la hegemonía del poder político.

Por ejemplo, con el Decreto No. 3.719 de fecha 28 de diciembre de 2018⁷⁶, se pretendió obligar a la determinación y pago en “moneda extranjera” o en “criptomonedas” de obligaciones tributarias por transacciones ocurridas en territorio nacional denominadas en moneda extranjera o en criptomonedas. Nunca fue implementado por la propia Administración Tributaria. Fracasó estrepitosamente. Con razón fue cuestionado como inconstitucional e ilegal, no solo por ser una frontal usurpación de materia de rango legal a través de un acto normativo sublegal, sino por contrariar el mandato del artículo 146 del COT de 2014 que prescribe el uso del bolívar como unidad de cuenta y pago de las obligaciones tributarias y con ello, pretender deslegalizar la unidad de cuenta y pago de las obligaciones tributarias, aunque sea para transacciones en moneda extranjera como estableció el finado Decreto 3.719.

En materia financiera el Petro trató de usarse como un medio para valorar estados financieros. Así fue ordenado en el Decreto No. 4.025 del 19 de noviembre de 2019⁷⁷ (el Decreto No. 4.025) y en la Providencia No. 098-2019 de fecha 26 de diciembre de 2019, emanada de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos (SUNACRIP) sobre “*el registro contable de operaciones y hechos económicos expresados con criptoactivos*”⁷⁸ (la Providencia No. 098-2019). Incluso pretendió el uso de criptoactivos (veladamente el Petro) como unidad de medida contable con la intención de una “doble contabilidad” con el bolívar

Tanto el Decreto No 4.025 como la Providencia No. 098-2019 emplean un sofisma de tránsito para atribuir facultades monetarias a los llamados “criptoactivos”, como si se tratara de unidades monetarias. Se trata de un abuso semántico a partir de la homonimia entre los términos criptoactivos, criptomoneda y moneda.

No solo es un despropósito técnico exigir el uso de criptoactivos como unidad de medida contable, sino que, es más absurdo pretender un “reporte contable dual” con el bolívar como moneda de curso legal.

Las razones son obvias y contundentes: (i) Los criptoactivos no cumplen función de unidad de medida porque no tiene la condición económica ni jurídica de moneda. Que los criptoactivos cumplan funciones de medio de cambio y puedan ser valorados económicamente (siempre en términos de alguna moneda), no los convierte, *per se*, en unidad monetaria, ni en unidad de cuenta y mucho menos en moneda. (ii) La pretensión de una “contabilidad dual” es irrazonable y no cumple un fin legítimo, es contrario al interés público asociado a la confianza y utilidad de la información financiera.

⁷⁶ *Gaceta Oficial* No. 6.420 de fecha 28 de diciembre de 2018.

⁷⁷ *Gaceta Oficial* No. 41.763 de fecha 19 de noviembre de 2019.

⁷⁸ *Gaceta Oficial* No. 41.788 de fecha 26 de diciembre de 2019, modifica la Providencia 097-2019 de fecha 23 de diciembre de 2019, *Gaceta Oficial* No. 41.787.

La pretensión de crear la obligación de reportar y presentar una doble contabilidad en criptoactivos (y veladamente el Petros) y bolívares, es considerada una restricción al derecho constitucional a la corrección de la información financiera como expresión los derechos constitucionales a la información veraz, a la libertad económica y la seguridad jurídica. Como toda restricción a un derecho constitucional, solo puede legítimamente operar por vía legal, ser razonable, promover un fin legítimo, el interés general y no ser contraria al orden público.

La pretensión de una “contabilidad dual” constituye una yuxtaposición de conceptos intrínsecamente contrarios, es irrazonable, pues técnicamente solo puede y debe haber una contabilidad, independientemente de que esa misma información pueda reportarse o traducirse en otra moneda o ser objeto de informaciones complementarias.

Esta iniciativa de valorar los estados financieros en Petros fracasó porque la profesión contable inmediatamente se opuso a través de la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela, señalando que esa pretensión no cumplía con principios de contabilidad de aceptación general en Venezuela y el mundo. Los criptoactivos y el Petro no son monedas, razón por la cual no pueden ni deben ser utilizados como unidades de cuenta para fines contables. Lo contrario implicaría que los estados financieros preparados en criptoactivos no cumplirían con principios de contabilidad y en consecuencia la información financiera así preparada no podría ser valorada como razonable y sería inútil.

3. *La aplicación del Petro en materia tributaria municipal*

Según Providencia Administrativa SNAT/2017/28 del SENIAT⁷⁹, sin base legal alguna, se decidió el uso de la UT exclusivamente para los tributos nacionales gestionados por la Administración tributaria, y prohibir su uso “...por otros órganos y entes del poder público para la determinación de beneficios laborales o de tasas y contribuciones especiales derivados de los servicios que prestan”⁸⁰.

Con pretendido rango legal esta prohibición aparece recogida con igual tenor en la norma del segundo aparte del párrafo tercero del artículo 3 de la pretendida reforma del COT de 2020⁸¹.

Es importante destacar el inmenso dislate regresivo que esta medida causó para el sistema tributario y el sistema jurídico en general. Su efecto es la desarmonización y anarquización de los medios de corrección monetaria tributarios y para otros fines para los que se venía utilizando la UT.

En complemento el artículo 346 del COT de 2020 dispuso una suerte de *ultimátum*, según que “...los órganos y entes del Poder Público tendrán un plazo de un (1) año contado a partir de la fecha de publicación de este Decreto Constituyente en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, para sustituir la unidad de medida para la determinación de beneficios laborales o tasas y contribuciones especiales derivadas de los servicios que prestan, en los casos en que se encuentren actualmente establecidas en unidades tributarias”.

⁷⁹ Gaceta Oficial No. 6.356, de fecha 3 de septiembre de 2018.

⁸⁰ Artículo 2°. “El valor de la Unidad Tributaria establecido en esta Providencia Administrativa sólo podrá ser utilizado como Unidad de Medida para la determinación de los Tributos Nacionales cuya recaudación y control sean de la competencia del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, así como de las sanciones impuestas por este Servicio, no pudiendo ser utilizada por otros órganos y entes del poder público para la determinación de beneficios laborales o de tasas y contribuciones especiales derivados de los servicios que prestan”.

⁸¹ Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinaria del 29 de enero de 2020.

Esta medida es un contrasentido al propósito coherentista de la UT. Implosionó la finalidad de establecer un valor uniforme para la corrección de todo tipo de normas que utilicen unidades monetarias fijas, no solo tributarias sino laborales, procesales, administrativas, en general todo un ordenamiento que se acopló a un mecanismo uniforme y a una técnica de aplicación universal para ajustar el valor constante del bolívar en el uso de unidades monetarias en las definiciones normativas.

La exclusión comentada tuvo un inmediato efecto anarquizante del sistema tributario y una licencia a la deslegalización e improvisación en una materia que supone el orden y la coherencia de un diseño técnico objetivo, único y funcional.

Varios municipios reaccionaron estableciendo sus propios criterios de corrección monetaria “...bajo parámetros totalmente arbitrarios y disímiles, de dudoso rigor técnico frente al mismo fenómeno inflacionario”⁸². Algunos municipios se vincularon al (i) salario mínimo nacional⁸³, (ii) el propio INPC publicado por el BCV o “...cualquier criterios técnicos, económicos y sociales necesarios para garantizar los servicios y obras sociales ...”⁸⁴, (iii) el valor del oro según el precio internacional publicado por el BCV⁸⁵ (iii) el “...15% del valor fijado por el sistema de mercado cambiario oficial manejado por el BCV”⁸⁶ o (iv) el valor del llamado “Petro”⁸⁷.

⁸² Cfr. DUPOUY MENDOZA, Elvira, “Consideraciones sobre la constitucionalidad e ilegalidad de actualización de las multas establecidas en el Código Orgánico Tributario y la Ley Orgánica de Aduanas”, en *Libro homenaje a Luis Cova Arria*, Tomo III, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2020, p. 345.

⁸³ El Municipio Bolivariano Chacao del Estado Miranda creó la Unidad de Valor Fiscal Municipal Tributaria, con base en el “0,125% del salario mínimo nacional vigente a raíz de la reconversión monetaria realizada en el mes de agosto de 2018”. Cfr. Ordenanza de creación de las unidades de valor fiscal en Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda, publicada en Gaceta Municipal del Municipio Chacao No. 8.796 Extraordinaria de fecha 5 de febrero de 2018) disponible en: https://atencionalciudadanochacao.blogspot.com/2019/02/gaceta-municipal-nro-extraordinario_5.html

⁸⁴ El Municipio Bolivariano Carirubana del Estado Falcón creó la Unidad de Cálculo Aritmético Municipal (UCAM), con base en el “Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el Banco Central de Venezuela (BVC) o en su defecto con base a criterios técnicos, económicos y sociales necesarios para garantizar los servicios y obras sociales de su competencia...”. Cfr. Ordenanza de creación y aplicación de la Unidad de Cálculo Aritmético Municipal (UCAM) del Municipio Carirubana, publicada en Gaceta Municipal No. 343-2018 Extraordinaria de fecha 31 de mayo de 2018) disponible en: <http://www.alcaldiadecarirubana.com.ve/documentos/ORDENANZA%20DE%20CREACION%20Y%20APLICACION%20DE%20LA%20UNIDAD%20DE%20CALCULO%20ARITMETICO%20MUNICIPAL.pdf>;

⁸⁵ Ver Municipio Carrizal del Estado Miranda: ORDENANZA SOBRE LA UNIDAD TRIBUTARIA MUNICIPAL de fecha 30 de agosto de 2019. Artículo 4.- “Se fija el valor de la “Unidad Tributaria Municipal” (UTM)”, en 0.36% del precio referencial en bolívares de un gramo de oro, según la progresiva cotización internacional del mineral publicada por el Banco Central de Venezuela”. Señala la respectiva exposición de motivos. “...Finalmente la adopción del precio referencial en bolívares del precio del gramos del oro como factor de recuperación y estabilización de los tributos municipales, [] se adopta luego de exhaustivos análisis; el oro como es sabido, es utilizado internacionalmente como un mineral de respaldo de conos monetarios, además quien determina los precios del valor del oro son los mercados mundiales, es decir, que los factores económicos nacionales, no afectan dicho precio; y por el contrario es considerado como una cobertura en caso de procesos inflacionarios como los que actualmente está pasando Venezuela”.

⁸⁶ El Municipio Chacao del Estado Miranda, reformó la Ordenanza sobre el “Unidad de Valor Fiscal Municipal”. Abandonó la referencia al “salario mínimo” y lo vinculó al “valor del dólar publicado en el mercado cambiario regulado por el Banco Central de Venezuela” (Cfr. Ordenanza de creación de la Unidad de Valor Fiscal Municipal, publicada en Gaceta Municipal Extraordinaria No.

En medio de esta tormenta anarquizante se produjo un conjunto de las más insólitas decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su péfido propósito de desconstitucionalizar el Estado de Derecho y particularmente el sistema tributario. Un ejemplo patético de cómo el juez constitucional usurpó los poderes legislativos de la Asamblea Nacional y de los Estados y Municipios, propiciando la concentración del poder y la centralización política de la federación, mutando la Constitución para imponer una solución autoritaria a la pluralidad tributaria.

Por una seguidilla de sentencias de la Sala Constitucional No. 0250, 078, 118, 0161, 0273⁸⁸ en colusión con varios órganos del Estado y con ciertos operadores políticos, se puso en pie una acción para *desconstitucionalizar, deslegalizar, desdemocratizar y centralizar* autoritariamente las reglas sobre tributación municipal, al margen de las facultades armonizadoras de la Asamblea Nacional y en fraude a la autonomía tributaria de los estados y municipios. Para este fin se justificó la aprobación inconstitucional del llamado Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal (ANAT), suscrito por el Consejo Bolivariano de alcaldes de la República Bolivariana de Venezuela (“CBA”).

Pero más allá de esta otra vía de hecho, nos interesa resaltar el contenido referido al uso del llamado “Petro” para el cálculo de tributos y sus accesorios⁸⁹. El ingrediente más nefario del ANAT consistió en *“aprob[ar] el uso del Petro”*, al que define como criptoactivo venezolano *“...para ser utilizado como unidad de cuenta para el cálculo dinámico de los tributos y sanciones, cobrando exclusivamente a partir de su equivalente en bolívares soberanos...”*, indicando que se hace *“...con el firme propósito de avanzar en su uso como criptoactivo para fortalecer este ecosistema”*.

Como denunciemos en su oportunidad, el uso del Petro constituye una forma de *“dolarización”* por *“sustitución de activos”* que tiene su causa en la hiperdevaluación y la hiperdepreciación del bolívar. Sus objetivos son sustituir el bolívar y entronizar el uso indirecto de la moneda extranjera de referencia que usa el Petro, como reserva de valor para la denominación de las obligaciones tributarias y sus accesorios. Independientemente de su ilicitud, económicamente, esa sustitución asegura una medida de equilibrio entre el uso del bolívar y la protección de valor indirectamente en el dólar o alguna moneda dura.

8.824 de fecha 12 de abril de 2019) disponible en: https://atencionalciudadanochacao.blogspot.com/2019/02/gaceta-municipal-nro-extraordinario_5.html. También reformó la Unidad de valor fiscal sancionatoria equivalente a “0,080% del valor de la moneda publicada por el sistema de mercado cambiario oficial regulado por el BCV” artículo 4.

⁸⁷ El Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital creó la “Unidad Tributaria Municipal” equivalente a los “bolívares que correspondan al uno coma siete por ciento (1.7%) del criptoactivo Petro fluctuante creado mediante Decreto No. 3.196 publicado en *Gaceta Oficial* No. 6.346 Extraordinaria de fecha 8 de diciembre de 2017” (*Cfr.* Ordenanza mediante la cual se establece la Unidad Tributaria Municipal en jurisdicción del Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital, publicada en *Gaceta Municipal* No. 4.535 de fecha 27 de febrero de 2020), disponible en: <https://sumat.gob.ve/wp-content/uploads/2020/03/Ordenanza-N%C2%B0-4535-Unidad-Tributaria-Municipal-en-Jurisdiccion%CC%81n-1.pdf>.

⁸⁸ Sentencias de la SC (i) No. 0250 de fecha 08 de agosto de 2019, (ii) No. 078 de fecha 07 de julio de 2020, la (iii) No. 118 de fecha 18 de agosto de 2020 y las (iv) No. 0161 del 20 de noviembre de 2020 y 0273 de fecha 30 de diciembre de 2020, en colusión con otros poderes del Estado y operadores políticos.

⁸⁹ Otros temas abordados en el ANAT fueron: (i) exhortación de cambios normativos en 30 días, (ii) reducción del Clasificador de Actividades Económicas, (iii) aprobación de la tabla de valores catastrales, (iv) creación de un servicio de asesoría, (v) creación de una taquilla única virtual o física, (vi) formalización de instancias de coordinación.

En efecto, el valor del Petro no responde a los cambios del poder de compra del bolívar, ni al entorno económico venezolano, ni al de la prestación del servicio de registros y notarías. El Petro solo pretende medir la especie monetaria a la que se refiere implícitamente (el dólar), la cual no tiene conexión ni causalidad con la medición y recuperación de los costos del servicio de registros y notarías que pretende ajustar. Es simplemente la sustitución indirecta del bolívar por otra moneda de valor estable.

En definitiva, se trata de una forma inadecuada y desproporcionada de agravar la situación fiscal del contribuyente sustituyéndola y sometiénola a las vicisitudes del valor o de quien decida fijar el valor del llamado Petro.

En esta pretendida corrección de valor no hay una finalidad legítima, sino un provecho sobre el daño ilícito causado por el propio Estado con la hiperinflación y la hiperdepreciación del bolívar, de la que no puede ni debe beneficiarse ninguna administración pública.

Como veremos mas adelante la impostura del uso del Petro según la ANAT en 2022 como unidad de cuenta de las obligaciones tributarias, sanciones e intereses moratorios en la tributación municipal pronto perdió vigencia con la aparición en 2023 de la llamada Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios (LOCAPTEM)⁹⁰ impuso el uso de moneda extranjera publicada por el BCV como “...unidad de cuenta <<dinámica>> para el cálculo de los tributos, accesorios y sanciones...”⁹¹. Continúa la intención nefaria de dolarizar y deslegalizar la obligación tributaria y sus accesorios, al menos sin la mascara del llamado Petro.

5. *El uso del Petro para dolarizar las tasas de registro y notarías*

A. *Deslegalización de la base de cálculo de las tasas registrales y notariales*

El pretexto del uso del Petro como unidad de cuenta sirvió también para ocultar otra protuberante deslegalización en la fijación de los tipos tributarios de las tasas de registros y notarías entre límites máximos y mínimos denominados en Petros⁹². Esto ocurrió con la reforma de la Ley de Registros y Notarías de 2021⁹³ (LRYN).

⁹⁰ *Gaceta Oficial* No 6755 de fecha 10 de agosto de 2023.

⁹¹ Artículo 14: “Los estados y municipios solo podrán utilizar como unidad de cuenta dinámica para el cálculo de los tributos, accesorios y sanciones de tipo de cambio de la moneda de mayor valor publicado por el Banco Central de Venezuela, sin perjuicio que las obligaciones deban pagarse exclusivamente en la cantidad equivalente en bolívares, al tipo de cambio vigente para la fecha del pago del tributo, accesorio o sanción”.

⁹² Hemos dicho en otra oportunidad que la pretendida reforma de la LRYN es un pretexto para esconder la *dolarización, la deslegalización y el expolio de las tasas registrales y notariales*. Ver nuestro trabajo en “Dolarización, deslegalización y expolio por el uso del Petro como unidad de cuenta de las tasas en la reforma de Ley de Registros y Notarías”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 167, Enero-Marzo de 2022, Caracas, p. 575. Allí demostramos “...el Petro es una impostura facciosa y usaremos argumentos pragmáticos para justificar que la reforma no promueve fines constitucionales legítimos, particularmente condena a la sociedad venezolana a la inseguridad del tráfico jurídico. Analizamos (i) las antinomias asociadas a la “dolarización” y a la deslegalización por el uso del Petro como unidad de cuenta para denominar las tasas por servicios de notarías y registros, (ii) la violación del principio de equivalencia de costos como especificación del deber de contribuir a la cobertura de lo que por servicios públicos registrales y notariales, (iii) la deslegalización por omitir la regulación de un mecanismo legal de cálculo de la compensación de costes para la fijación del valor de las tasas correspondientes y (iv) los efectos lesivos por el aumento desproporcionado de las tasas registrales y notariales con la introducción del Petro para el ejercicio de otros derechos constitucionales íntimamente vinculados a la fe pública notarial y registral”. Concluimos señalando que: <<La pretendida reforma de la LRYN

Los servicios de registros y notarías comprenden 83 tasas, de las cuales 15 son de nueva creación en la pretendida reforma de la LRYN.

La fijación de las tasas aparece documentada en 4 sendas providencias del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) para cada categoría de servicios registrales y notariales, a saber: los *registros públicos*⁹⁴, los *registros mercantiles*⁹⁵, los *registros principales*⁹⁶ y los servicios del *notariado*⁹⁷.

Concretamente, la descripción de todos los hechos impositivos de las tasas y la fijación de los tipos impositivos fijados en Petros están establecidos en las providencias del SAREN.

Este otro desafuero también desdice de la garantía de la reserva legal porque concede a la administración de registros y notarías un margen de discrecionalidad inaceptable para la concreción de las condiciones de determinación de la tasa aplicable en cada hecho imponible. Semejante desafuero es otra forma de deslegalización prohibida, que infringe el artículo 3, parágrafo segundo del COT 2020.

Por más que el COT 2020 faculte como una práctica legítima la delegación de la fijación de la alícuota entre límites cuantitativos máximos y mínimos, lo cierto es que, esa concreción de alícuotas se produce en un contexto en el que el legislador abdicó en establecer un criterio legal técnico de fijación de la tasa. Esa abdicación de regulación implica una degradación prohibida del rango legal que pretenden esconderse detrás de una delegación para la fijación de alícuotas entre límites, cuando en realidad es una delegación prohibida de la cuantía de las tasas mismas. Semejante abdicación a la regulación de la metodología de cálculo de las tasas de registros y notarías equivale a una deslegalización prohibida en infracción de la reserva legal tributaria que ordena el artículo 317 Constitucional y el artículo 3 del COT 2020.

La fijación de la tasa debe estar justificada empíricamente como un parámetro técnico de recuperación de costes. El precio de una tasa no es un capricho de valor que se fija acomodaticiamente en una taquilla, ni es un cálculo antojadizo “*al-ojo-por-ciento*”. Esta es una racionalidad que es susceptible de control para que opere legítimamente el cambio de valor. Ultimadamente el sistema y método para definir tales costos y la forma de hacer su cálculo para atribuirlo a las prestaciones específicas deben ser fijados por la Ley⁹⁸. Se trata de una

es una clara demostración del desprecio a la certeza del derecho y su predictibilidad. Un enorme daño a la confianza, la efectividad y estabilidad de las instituciones tributarias y sobre todo a la fé pública registral y notarial>>”.

⁹³ *Gaceta Oficial* No. 6.668 de fecha 16 de diciembre de 2021.

⁹⁴ Se encuentra regulada en la Providencia No. 001 de fecha 6 de enero de 2022 emanada del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN); *Gaceta Oficial* No. 42.301 de fecha 20 de enero de 2022.

⁹⁵ Se encuentra regulada en la Providencia No. 002 de fecha 6 de enero de 2022 emanada del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN); *Gaceta Oficial* No. 42.301 de fecha 20 de enero de 2022.

⁹⁶ Se encuentra regulada en la Providencia No. 003 de fecha 6 de enero de 2022 emanada del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN); *Gaceta Oficial* No. 42.301 de fecha 20 de enero de 2022.

⁹⁷ Se encuentra regulada en la Providencia No. 004 de fecha 6 de enero de 2022 emanada del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN); *Gaceta Oficial* No. 42.301 de fecha 20 de enero de 2022.

⁹⁸ Por ejemplo, en Colombia la Corte Constitucional señaló a este respecto que: “El principio de certeza del tributo consagra que la norma que establece el tributo debe ser clara, con el sistema y método para fijar el monto de las tarifas del sistema y método para definir el costo de las tarifas de

determinación objetiva. La estimación de la base de cálculo de la tasa debe cifrarse según módulo de cálculo predeterminado. Esa valoración solo puede ser técnica, nunca una discrecionalidad política. Ese patrón de cálculo debe ser parte del procedimiento legalmente establecido que, el Saren debe seguir para determinar la tasa a pagar en cada situación de hecho tipificada como imponible.

Pero si ya es una infracción insubsanable que el legislador haya omitido un estudio previo de costos del servicio y fijar una fórmula para la determinación de tales costos de las tasas de registros y notarías a través de la prestación del servicio correspondiente, más abyecto es que omita la regulación de un procedimiento que debe ser legalmente establecido y delegue en la administración del servicio de registros y notarías la fijación última del valor de la tasa y que esta proceda a tal fijación de valor sin justificar ni demostrar la debida equivalencia de costos mediante providencia.

Por eso el pretendido proceso legislativo de la LRYN deslegalizó la determinación de las tasas correspondientes, no solo por designar ilegítimamente el Petro como una unidad de cuenta no monetaria y subjetivamente controlada, sino por omitir un módulo objetivo de cálculo de la compensación de costes para la fijación del valor de las tasas correspondientes.

En consecuencia, las Providencias Nos. 1, 2, 3 y 4 todas de fecha 6 de enero de 2022 emanadas del SAREN, son nulas por usurpar la función legislativa tributaria, carecen de validez jurídica y no producen efecto alguno, conforme a los artículos 137 y 138 Constitucionales.

Económicamente la denominación dolarizada de las tasas es un “sobreprecio” que encarece los servicios fedatarios de la administración de registros y notarías. Por más inelástica que sea la demanda del servicio, la desproporción del sobreprecio inhibirá algo de su demanda y con ello devendrán los efectos de sustitución, informalización de la prestación y la corrupción como alternativas racionalizadoras de hecho.

No hay duda de que, el ajuste del precio de las tasas a que se refiere la reforma de la LRYN vuelve a poner sobre el tapete la *vetus quaestio* de la necesidad (quién, cómo y cuánto) del financiamiento de la producción de estos bienes públicos.

Coincidimos con la obvia constatación de que “*todos los derechos tienen costos*”. Por eso la necesidad también obvia de la dotación de recursos públicos para cubrir las responsabilidades de protección institucional para atenderlos. Esa es la racionalidad que preside el principio constitucional según que “*...todos estamos obligados al financiamiento de los gastos públicos*”.

Pero independientemente de los fines de interés general que presiden la atención de los cometidos y funciones públicas en un estado social, no hay duda de que, cuando el costo de cualquier servicio público puede identificarse con relativa precisión, este debe ser cubierto por el usuario correspondiente. Mas aun, hablar de costos, no solo es un problema de presupuesto, sino de transparencia y responsabilidad democrática. La justificación de costos y beneficios nos lleva al corazón de la ética pública, o de cómo se reparten los gastos públicos.

las tasas y contribuciones exigencia que [...] solo admite como excepción, la posibilidad de que la ley permita a las autoridades administrativas fijar la tarifa de las tasas y contribuciones, siempre y cuando en los mismos actos se haya previsto el sistema y método para establecer los costos y los beneficios de los que depende la tarifa. Ver Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-198 del 2012. (M.P. Nilson Pinilla: Marzo 14 del 2012)”. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-198-12.htm>. Ver también ROMERO MOLINA, Cesar Augusto, COLMENARES JACOME, Ligia, MURILLO OLARTE, Andrea, “Sistema y método para fijar las tarifas de tasas y las contribuciones”, en *Derecho y Políticas Públicas* Volumen 15, No. 17, enero-Junio 2013, Universidad Cooperativa de Colombia, Pereira.

Es igualmente entendible que el valor de las tasas por los servicios de registros y notarías requieran de un ajuste para actualizar los valores deformados por la hiperinflación desde la última reforma de 2014, incluso, y muy a pesar de estar cifradas en UT. Lo cierto es que el desajuste de valor por la hiperinflación, la subestimación y los rezagos correctivos de la UT, tienen directa responsabilidad en el fallo del Estado y de la administración tributaria en particular. Si el ajuste de costos se justifica, nada justifica el uso del Petro como unidad de cuenta, ni la desproporción de su actualización. Cualquier ajuste de costos debe tender al equilibrio entre este y el beneficio que obtiene el usuario por su prestación, incluida la eficiencia del servicio. El ajuste debe ser el precio óptimo de equilibrio, esto es, el que reponga el gasto del servicio y proteja y permita el ejercicio de los derechos del ciudadano usuario. Ese es el racero de eficiencia económica que mandan los artículos 141, 299 y 311 Constitucionales, para el ejercicio de la función administrativa, como condición del régimen socioeconómico e imperativo de la gestión fiscal. El sobreprecio de las tasas de registros y notarías se traduce en una externalidad negativa al tráfico jurídico.

Pero, así como ningún ciudadano tiene el derecho de enriquecerse o a aprovecharse de bienes públicos específicos de forma gratuita (*free rider*) tampoco tiene el deber empobrecerse soportando detracciones patrimoniales desproporcionadas y expoliatorias que no representen una equivalencia de valores y exceden el costo del servicio prestado o que menoscaban el ejercicio de sus derechos fundamentales, íntimamente ligados a la prestación del servicio público a los que interesa el orden público y la seguridad jurídica.

B. *Desproporción y expolio por la dolarización de las tasas notariales y registrales*

Las restricciones normativas solo son razonables y, en consecuencia, legítimas, cuando las soluciones jurídicas resultan adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad (idoneidad y necesidad) en sede constitucional.

El objetivo de la pretendida reforma de la LRYN es radicalmente fiscalista.

Ese despropósito aparece confesado en la exposición de motivos: elevar la recaudación del servicio administrativo⁹⁹. Se limita al cambio de la unidad de cuenta, la introducción de 15 nuevos hechos imposables y a organizar la exacción del servicio público de registros y notarías. La pretendida reforma nada añade a la eficiencia del servicio de registros y notarías.

De esta forma se hace obvio, en consecuencia que, con el cambio de unidad de cuenta la administración de los registros y notarías se garantiza (i) un ingreso actualizado por tales servicios vinculados indirectamente al valor de una divisa estable, a la vez que (ii) el valor del Petro puede ser manipulado a voluntad por el régimen, en cualquier momento, sin estar expuesto a los riesgos inflacionarios o por la depreciación externa del bolívar y (iii) patentiza descaradamente un hiper desproporcionado incremento de valor de las tasas correspondientes.

⁹⁹ “En la actualidad, el valor de los trámites no es proporcional a la realidad operativa y económica que ejecutan las oficinas registrales y notariales (arrendamiento, papelería, pago de nómina, equipamiento ofimático y tecnológico, proyectos de innovación, entre otros)”. (...) “vista la afectación de la unidad tributaria actual fijada en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado vigente y la implementación de la nueva unidad monetaria, las tasas por prestación de servicio de las oficinas del Servicio Autónomo de Registros y Notarías quedan exentas en su mayoría, lo que ineludiblemente incide en la disminución de la recaudación, siendo insostenible para este organismo el desarrollo de la capacidad de la prestación del servicio y autonomía financiera que se genera por los servicios prestados a través del cobro de las tasas y aranceles establecidos en el mencionado decreto, sin menoscabo del aporte del mensual que se le realiza al tesoro nacional.” Exposición de motivos de la Ley de reforma del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Registros y del Notariado. http://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/proyectos/informe1_1635353044.pdf-20211027164404.pdf

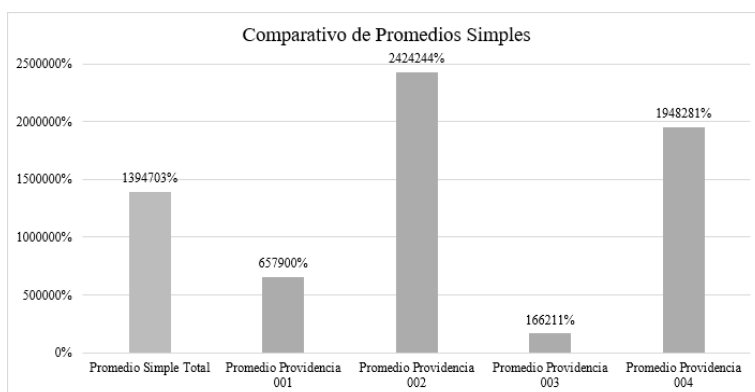
La irracionalidad que preside la pretendida reforma legislativa es indubitable:

El solo cambio de la unidad de cuenta se traduce en un incremento, promedio, del 1.358.250,00 %¹⁰⁰ sobre el mismo valor de la UT a valores actuales.

Con facilidad se advierte la sustitución de la unidad de cuenta UT por el Petro, uno a uno, en cada caso de los 94 hechos imponibles por tasas de registro y notarías que incluye la reforma, de los cuales solo 15 son nuevos como se señaló. La *media aritmética* (\bar{x}) es 1.394.703% y la *mediana* es 449.070%.

Abajo se identifican los promedios aritméticos de los ajustes en cada providencia del SAREN. Se observa que los ajustes a las tasas de registros mercantiles (\bar{x} 2.424.244%) y notarías (\bar{x} 1.948.281%) son los más elevados por encima de la media aritmética total.

Promedio Total	Providencia 001 Registros Públicos y SAREN	Providencia 002 Registros Mercantiles y SAREN	Providencia 003 Registros Principales y SAREN	Providencia 004 Notarías Públicas y SAREN
1.394.703%	657.900%	2.424.244%	166.211%	1.948.281%



Se trata de una imposición no solo desproporcionada económicamente, sino irrazonable, caprichosa, expropiatoria, notoriamente desconectada de los fines institucionales que las tasas tributarias deben cumplir en el contexto del servicio de registros y notarías. La desproporción compromete el goce de la seguridad jurídica empeñada a través de las funciones fedatarias que cumplen los registros y notarías con carácter excluyente. La desproporción inhibe el ejercicio de otros derechos constitucionales de los usuarios íntimamente ligados a la seguridad jurídica que implica la fe pública que otorgan los registros y notarías a los particulares. Este bloqueo se torna en ilegítimo e inconstitucional.

Como se ha dicho certeramente¹⁰¹ que, el aumento de las tasas registrales y notariales afecta, entre otros tantos, (i) el derecho a la justicia consagrado en el artículo 26 constitucional, puesto que los mandatos y poderes judiciales así como las respectivas sustituciones,

¹⁰⁰ Demostración: Valor U.T: Bs. 0,02 (USD 0,0044); Valor Petro: Bs. 272.4 (USD 60). Cociente: 1.358.250%. T/C de Referencia BCV: Bs. 4,52750000 (02/02/22).

¹⁰¹ Cfr. DUQUE CORREDOR, Román José, *Desvirtuación del sistema tributario, la violación de derechos ciudadanos y la inseguridad jurídica de la ley de reforma de la ley de registros y Notariado*, Fundación Alberto Adriani, Caracas 2022, p. 2.

revocatorias, son necesarios para el ejercicio de este derecho ante el sistema de Justicia que se obstaculiza por lo gravoso que resulta para los justiciables el otorgamiento de tales instrumentos; (ii) la transmisión y de uso de propiedad y los derechos de asociación que son determinantes para los estímulos de la iniciativa privada y la libertad económica según el artículo 299, que el Estado debe estimular y no restringir o eliminar e injustificadamente, (iii) los derechos referentes al estado civil, por lo costoso de las tasas que pueden resultar la rectificación de actas de nacimiento, de las declaraciones de voluntad, la legalización de actas de nacimiento y testamentos, las capitulaciones matrimoniales y las particiones hereditarias y conyugales.

No solo el cambio de unidad de cuenta es inidóneo, sino que el diseño de algunos de los hechos imponibles no representa contraprestación por el servicio respectivo, valorándose por criterios ajenos a este. Esta desconexión causal en sí misma desnaturaliza la tasa y la convierte en un impuesto oculto a la prestación del servicio registral y notarial de que se trate.

II. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA “DOLARIZACIÓN” O DEL USO DEL PETRO EN EL CÁLCULO DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS.

La dolarización consiste en el cambio de la unidad de cuenta para denominar la obligación tributaria, sea principales o accesorias. Se sustituye la UT denominada en bolívares por la moneda extranjera o por Petro, denominado en dólares, aunque se diga repetidamente que el pago es en bolívares¹⁰². Esta es la típica sustitución de activos que se da en un expediente de dolarización. La obligación se cuantifica en la moneda extranjera y desplaza el bolívar como unidad de valoración. El efecto práctico de la dolarización es invertir en contra del deudor el riesgo inflacionario y cambiario del bolívar, quien siempre deberá liberarse por el contravalor de la moneda extranjera frente al bolívar a la fecha de pago. Esta es una práctica desleal, que no persigue un fin legítimo, porque los efectos distorsionantes de la inflación y de la depreciación del bolívar son directamente imputables a los fallos de la acción pública. El Estado no debe ni puede beneficiarse de su propio ilícito¹⁰³.

Hemos señalado en varias oportunidades¹⁰⁴ que, la “dolarización” de sanciones en el COT de 2020 así como el uso del Petro como criterio de valoración de obligaciones y sanciones tributarias municipales constituye una protuberante antinomia de los artículos 146 y 3 encabezado del COT 2020, que obligan a la presentación y pago del tributo y sus accesorios en bolívares, con exclusión de cualquier otra moneda y *a fortiori*, de cualquier pretendido sucedáneo monetario de cuantificación como el Petro.

Ello en sí mismo constituye una ilegalidad e inconstitucionalidad por (i) deslegalizar la moneda para denominar obligaciones tributarias y (ii) contradecir el uso del bolívar como moneda de uso forzoso para denominar y pagar las obligaciones tributarias. Semejantes infracciones invalidan cualquier pretendida aplicación de tasas o cualquier otra obligación tributaria medidas en Petros.

1. Infracción de la reserva legal: Deslegalización prohibida de la unidad de cuenta

Efectivamente, el artículo 146 del COT 2020 señala que, los montos de la base imponible y de los créditos y débitos de carácter tributario que determinen los sujetos pasivos o la

¹⁰² Ver artículos 83,85,86 y 87.

¹⁰³ Ya lo hemos comentado en otra oportunidad, ver “La ilegitimidad de la dolarización de las sanciones...”, *op.cit.*, p. 1578.

¹⁰⁴ *Cfr.* ROMERO-MUCI, Humberto, “La metamorfosis kafkiana de la Unidad tributaria y la dolarización de las sanciones tributarias”, en *Libro homenaje a Jesús Caballero Ortiz*, Tomo II, Fundación de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2022, p. 29.

Administración Tributaria, en las declaraciones y planillas de pago de cualquier naturaleza, así como las cantidades que se determinen por concepto de tributos, accesorios o sanciones en actos administrativos o judiciales, *se expresarán y pagarán en bolívares*.

La redacción de este enunciado solo varió con respecto al texto del mismo artículo 146 del COT de 2014 señalando que la determinación solo se haría en “bolívares”, dejando abierto la posibilidad del pago en alguna moneda extranjera, según disposición de la Ley creadora del tributo o por disposición del Ejecutivo Nacional. Obsérvese que el uso del medio de pago se limita a una “*especie monetaria*”, lo que, en principio excluye al Petro por no ser una especie monetaria sino un *token* o a lo más un pretendido criptoactivo.

De otro lado, la única moneda de curso legal en Venezuela es el bolívar¹⁰⁵; corresponde exclusivamente al BCV la facultad de emitir moneda de curso legal, prohibiendo esa acción a cualquier otra institución pública o privada¹⁰⁶. En complemento se atribuye al bolívar el poder liberatorio sin limitación alguna para el pago de obligaciones públicas y privadas, y con una redacción equívoca “... *sin perjuicio de disposiciones especiales, de las leyes que prescriban un pago de impuestos, contribuciones obligaciones en determinada forma y del derecho de estipular modos especiales de pago*”¹⁰⁷.

En todo caso, la redacción del artículo 146 del COT de 2014 es objetable porque la identificación de la moneda de pago del tributo es *indelegable*, en razón que, todo lo relativo a la determinación de la obligación tributaria es materia de reserva legal, incluyendo la unidad monetaria de cuantificación y pago, según confirma el artículo 3 del mismo Código. Todas estas previsiones deben venir determinadas desde el rango legal. Semejante desafuero equivale a una deslegalización prohibida que acarrea la nulidad de la eventual decisión del Ejecutivo de utilizar un medio de pago distinto al bolívar, así como el de cualquier acto de ejecución de aquella.

Por su parte, esta nueva redacción del artículo 146 del COT 2020 establece que, tanto la *expresión* como el *pago* de la obligación tributaria será en bolívares, sin perjuicio de las *excepciones que establezca el Banco Central de Venezuela a requerimiento del Ministerio con competencia en materia de Finanzas*. Por un lado, concreta el principio del carácter pecuniario de la obligación tributaria, esto es, el bolívar está en la denominación como en la solución o pago de la obligación, pero de otro, incurre en el mismo vicio de deslegalización de la unidad monetaria de cuantificación o de pago de la obligación tributaria al establecer una regulación indeterminada sobre las pretendidas “*excepciones que establezca*” el BCV.

Las excepciones que prevé el artículo 116 de la LBCV sobre el carácter liberatorio pleno y exclusivo del bolívar para el pago de obligaciones públicas y privadas, se refiere a las modalidades de “pago” de tributos y de la facultad de aquellas de estipular modalidades de pago. En ningún caso se trata de facultar la denominación de las obligaciones tributarias en monedas extranjeras o en otras unidades de cuenta, no solo porque la LBCV no lo prescribe expresamente, sino porque ello sería contrario a la reserva legal tributaria que exige la identificación de la unidad de cuenta como condición esencial del diseño del tributo.

Pero hay más. La indeterminación del valor del Petro es también una prueba de la deslegalización del pretendido medio de ajuste.

¹⁰⁵ Artículo 106 LBCV.

¹⁰⁶ Artículo 107 LBCV.

¹⁰⁷ Artículo 116 LBCV.

Se ha dicho correctamente que [...*Es humo...*] cualquier aplicación que emplee *blockchain* que no sea universalmente verificable e inmutable con datos internos del propio sistema o que dependa de terceros [...]"¹⁰⁸.

Más del 51% del poder computacional del Petro está en manos del régimen. Los bloques de información son modificables y no son verificables por terceros. La disposición del Petro no la realiza directamente el propietario efectivo a través de un *wallet*, libres del control de la SUNACRIP, sino a través de *exchanges*. Estos intermediarios están excesivamente controlados por la Superintendencia, esto es, mandatarios sin representación autorizados por la administración de criptoactivos. Esto en sí mismo hace presumir una falta de transparencia y descentralización de la verificación de la autenticidad de las transacciones.

El *blockchain* utiliza funciones *hash*, que es una forma matemática de crear huellas digitales únicas de cualquier información, huellas fáciles de verificar. Si se cambia cualquier dato, como un bloque con transacciones, la huella (el *hash*) cambia evidenciando la manipulación. Eso sí, sólo si, todos tenemos la misma cadena y alguien cambia algo¹⁰⁹.

Para hacer evidente que el valor del Petro es artificial y manipulado, basta con revisar la serie estadística del comparativo en dólares del precio del Petro y el barril de Petróleo desde la creación del Petro, tal como lo demostramos en el gráfico abajo. El Petro no tiene un mercado observable. Si el Petro tuviera un mercado propio fluctuaría, particularmente si fuera real la pretendida integración de valor con activos subyacentes con su propio mercado observable como son el petróleo, oro, coltán y otros minerales valiosos como ofreció el *white-paper* que fundamentó su creación.

En efecto, el Petro fue creado en 2018 y desde entonces tiene un valor estable en el rango de los USD 60¹¹⁰ mientras que el petróleo ha oscilado entre los USD 41.47 y los USD 86.94. Incluso en el año 2020 en el umbral del comienzo de la pandemia del COVID 19 el Petróleo descendió a USD 41.47 y los futuros bajaron a valores negativos¹¹¹, sin embargo, el Petro no se inmutó. Todavía a la fecha de la finalización de este artículo 8 de septiembre de 2023, en plena guerra de ocupación de Ucrania por Rusia el Petro tampoco se inmutó del valor de USD 60 cuando el precio del petróleo WTI está en USD 90.70¹¹².

Fuente: OPEP.

Por lo tanto, la medición de la tasa se hace depender de una cotización incierta del Petro a la fecha de su pago. No se trata de un medio de valor determinable y objetivo, sino de un criterio incierto y arbitrario. La medición del Petro depende del valor que la Superintendencia Nacional de Criptoactivos (SUNACRIP) le asigne.

¹⁰⁸ Cfr. ALVARO D. María, *Filosofía de Bitcoin*, Libros.com, Madrid 2022, p. 53.

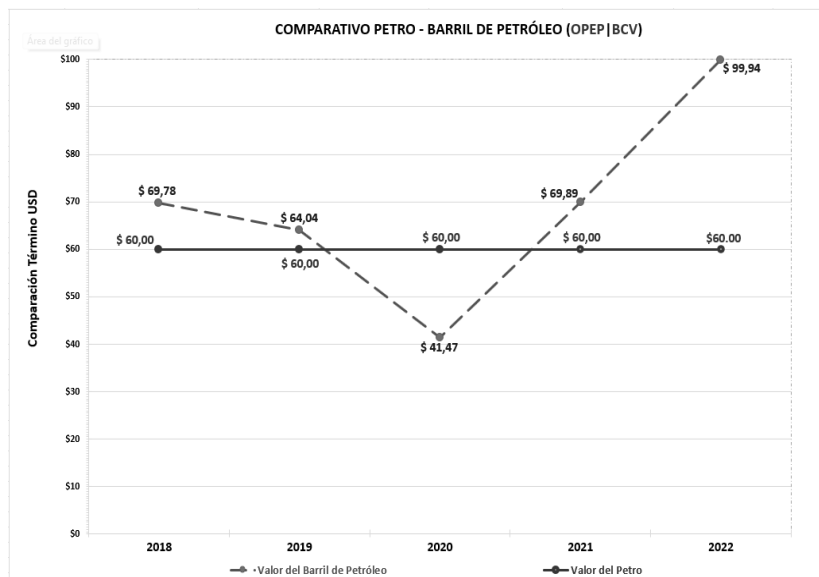
¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 53.

¹¹⁰ Así lo confirma el valor reportado por el BCV (referencia en "otras divisas"): <http://www.bcv.org.ve/estadisticas/graficos/precios-petro>.

¹¹¹ "El precio del barril de petróleo ha caído alrededor de 70%, llegando incluso a mostrar precios negativos en el marcador de crudo del mercado estadounidense, *West Texas Intermediate* (WTI), el 20 de abril (ver figura 1.A). Según cifras de la *Energy Information Administration*, la demanda de petróleo global se ha reducido en al menos 18 millones de barriles diarios (mbd) a causa de la pandemia, una cifra equivalente al 20% de la demanda global (ver figura 1.B). De un promedio de aproximadamente 60 dólares por barril (\$/b), el crudo hoy cotiza en aproximadamente ~20\$/b, llevándolo a niveles no vistos desde finales del siglo XX, en un período caracterizado por presentar un mercado completamente saturado." Ver <https://blogs.iadb.org/energia/es/la-crisis-de-los-precios-de-petroleo-ante-el-covid-19-recomendaciones-de-politica-para-el-sector-energetico/>

¹¹² <https://www.preciopetroleo.net/>, consultado 08-092023.

En definitiva, el uso del Petro implica una deslegalización prohibida de la unidad de cuenta en la base de cálculo de las obligaciones tributarias principales o accesorias.



2. Desnaturalización de la obligación tributaria

Pero adicionalmente la dolarización y el uso del Petro implican una desnaturalización de la obligación tributaria, en bolívares, porque económicamente la sustituye o transforma en esa otra especie monetaria extranjera que se utiliza como factor de corrección, independientemente de que se pague en bolívares. La obligación pecuniaria que nace en bolívares se transforma en una obligación en moneda extranjera. Se altera el objeto de la prestación. El dólar o el Petro se convierte sobrevenidamente, por causa legal, en sustancia de la prestación monetaria, esto es, se usan como un parámetro para fijar un índice de valor adquisitivo en otra moneda de curso legal¹¹³.

La sola transformación a dólares o a Petros de la obligación pecuniaria nacida en bolívares por concepto de impuestos, tasas o por cualquier accesorio de la obligación tributaria, hace de la obligación material o de la sanción una obligación de valor en dólares o en Petros, prohibida por el artículo 146 del COT. Expone al contribuyente a las vicisitudes y riesgos del

¹¹³ Esto es lo que se denomina en materia contractual una “cláusula de valor en moneda extranjera”. La cláusula no cambia la naturaleza del objeto de la obligación. Este sigue siendo una obligación pecuniaria. Su objetivo es proteger al acreedor contra la inflación o la depreciación monetaria respecto de otra moneda. Ver RODNER, James-Otis, *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, Segunda edición concordada con la jurisprudencia venezolana y los principios Unidroit, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, p. 266. Rodner comenta que la obligación expresada en moneda extranjera como moneda de cuenta o como moneda de pago siempre se comporta igual que una obligación pecuniaria. Por lo tanto, se aplica (i) el principio nominalístico (el mismo número de unidades monetarias), (ii) no se puede oponer la pérdida del valor externo de la moneda, (iii) la deuda en moneda extranjera es homogénea (la denominación representa un mismo objeto o valor monetario), (iv) indestructible (la obligación siempre puede ser cumplida porque el objeto dinero no perece por situaciones sobrevenidas) y (v) los intereses aplicables a las deudas de moneda extranjera es la tasa de interés prevaleciente en el derecho interno de la moneda extranjera de que se trate. *Ibid.* p. 269.

dólar o del Petro cuando la obligación tributaria es imperativamente en bolívares. Su fin, como en toda dolarización por sustitución de activos, consiste en evitar e invertir el riesgo cambiario del bolívar. En este caso desplazar el riesgo cambiario deslealmente al contribuyente.

Esto, aparte de prohibido, es discriminatorio con el resto de las mediciones de los elementos de la obligación tributaria que deben determinarse en bolívares y no en otra especie monetaria o pseudo monetaria. Incluso es desleal al entorno institucional y económico en el que la moneda de curso legal es el bolívar, a la vez que, moneda funcional de los agentes económicos cuyo entorno económico se verifica fundamentalmente en bolívares. Los ingresos, costos y gastos son sustancialmente medidos en bolívares, aunque puedan ser transados en otras monedas. El bolívar sigue siendo preponderante sustancia monetaria de la actividad económica en Venezuela.

En efecto, todos los documentos que se presentan ante los registros y notarías deben estar expresados en bolívares, incluidos los que contengan valores en moneda extranjera. Así lo ordena el artículo 130 de la LBCV. Peor aún, todos los costos de las administraciones públicas son en bolívares, pues el entorno económico de la administración es en bolívares¹¹⁴.

Es más, llama profundamente la atención la decisión, por contradictoria, del mismo legislador de la reciente reforma de la “*Ley de impuesto a las grandes transacciones financieras*” (LIGTF)¹¹⁵ de justificar el gravamen de las transacciones en moneda extranjera con un tipo agravado con el pretexto del fomento del uso del bolívar¹¹⁶.

Si la política pública es incentivar el uso del bolívar como moneda y curso legal, por qué entonces las obligaciones tributarias principales o accesorias se denomina en Petros (*recticus*: dólar) o en la moneda extranjera de mayor valor publicada por el BCV?

Otro desaguasado que hace protuberante la incoherencia de dolarizar la obligación tributaria y sus accesorios es la previsión del artículo 14 de la LOCAPTEM según la cual los intereses de mora tributarios también se dolarizan y se someten a la tasa de interés prevista en el COT como límite máximo. La inconsistencia técnica y la incoherencia valorativa de esta previsión consiste en que está pensada para obligaciones pecuniarias denominadas en bolívares y no en dólares¹¹⁷. Permitir un interés de mora en bolívares para una obligación dolarizada no solo es desproporcionado por excesivo, sino que equivale a desfigurar la naturaleza indemnizatoria del interés de mora por un propósito lucrativo y usurario inconsistentes con la mora y la función recaudatoria del tributo.

¹¹⁴ En el caso de los registros y notarías es patético: ¿Por qué si las escrituras registrales y notariales deben expresarse en bolívares, la tasa que grava el registro o la inscripción del documento debe denominarse en Petros (*recticus*: dólares), ¿aunque se pague en bolívares?; ¿Por qué si los costos del SAREN son en bolívares, los ingresos por tasas deben denominarse en Petros?

¹¹⁵ *Gaceta Oficial* No. 6.687 del 25 de febrero de 2022.

¹¹⁶ Ver exposición de motivos de la LIGTF: “incentivar en términos tributarios el uso del bolívar, haciendo más barato su uso respecto de las divisas, apoyando así al fortalecimiento gradual de nuestra moneda nacional”. p. 2.

¹¹⁷ No pudiendo exceder 1.2 veces la tasa activa promedio interbancaria fijada por el BCV, esto es, la tasa promedio de los 6 bancos comerciales y universales del país con mayor volumen de depósitos, excluidas carteras con intereses preferenciales. Artículo 66 del COT 2022. Ver serie estadística de la tasa de interés activa interbancaria <https://www.bcv.org.ve/estadisticas/tasas-de-interes>

Basta contrastar la diferencia entre el interés de mora tributaria del 66.94 % respecto de la tasa activa del dólar en su mercado de legal (según la Reserva Federal de USA¹¹⁸) que está en el 5.25% al cierre del mes de julio de 2023, esto es, una diferencia de 12.7 veces.

Por lo tanto, con la dolarización de los tributos (incluido el Petro) se hace evidente (i) un trato incoherente, desigual y el despropósito de tomar ventaja del contribuyente, (ii) implica una deslegalización prohibida de la unidad de medida de los tributos y sus accesorios y (iii) persigue un fin ilegítimo y particularmente inmoral.

6. *Inconstitucionalidad por infracción de los principios de taxatividad penal, la prohibición de retroactividad normativa y de razonabilidad de la Ley*

En ambos casos, la dolarización de las multas, incluido el uso de Petro, son mediciones inidóneas contrarias a la previsibilidad y certeza de la sanción penal. Son paradigmas de la deslegalización y subjetividad del aplicador. Infringen los principios de taxatividad penal, la prohibición de retroactividad normativa y de razonabilidad de la Ley

Al igual que el ajuste de las sanciones al valor de la UT a la fecha del pago, en el supuesto negado que fuera válido el ajuste por la dolarización de las sanciones o por un sucedáneo como el Petro, cualquier ajuste posterior a la fecha de la comisión del ilícito desvirtúa la actualización de la sanción, implica la aplicación retroactiva de un valor que no representaba el valor real del dólar o del Petro al momento de la infracción y la convierte en un mecanismo reñido con el mismo propósito sancionatorio (sea represivo o disuasivo) de la multa, aparte de un obstáculo al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva como evidenciaremos más adelante.

En su caso, lo que, *ex hipótesis* podría ajustarse es el valor original de la sanción expresada en dólares al momento de la comisión del ilícito. Esta es la única circunstancia en la que se conoce y puede determinarse con certeza el valor de la sanción y por lo tanto sus consecuencias previsibles. El conocimiento previo se reduce al contenido *in obligationem* de la obligación pecuniaria por la multa, no al contenido material *in solutionem* de la misma, pues su conocimiento previo a la comisión del ilícito fiscal imposible¹¹⁹. Es contrario a la legalidad penal, ajustar la sanción sea al momento del pago voluntario o previa determinación de la Administración, pues se trata de momentos *ex post facto* desconocidos en el tiempo. Un ajuste en estas circunstancias constituye una situación incierta que implica una corrección indeterminada.

En nuestra opinión no es aceptable el pretexto de la finalidad disuasiva de la multa indeterminada para justificar la corrección de su valor a la fecha de su pago. Esa explicación solo encubre el despropósito de la aplicación arbitraria de la misma.

Que la finalidad de la pena pueda ser preventiva o disuasiva, no justifica ni se asegura con la incerteza o la indeterminación de su valor. La creación de una multa de cuantía incierta por indeterminada es un sinsentido que, la desnaturaliza inconstitucionalmente y la convierte en un medio arbitrario que depende de la voluntad del aplicador, esto es, *lex incerta*¹²⁰.

Al igual que el ajuste de las sanciones al valor de la UT a la fecha del pago, la dolarización de las sanciones o su pago en Petros, constituyen un obstáculo para el acceso a la justicia

¹¹⁸ <https://datosmacro.expansion.com/tipo-interes/usa>

¹¹⁹ Cfr. WEFTE E., Carlos H., "Inflación y derecho penal tributario <las sanciones tributarias como obligaciones de valor>", en *Revista de Derecho Tributario* No. 150, Abril-Junio. 2016, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, p. 32.

¹²⁰ Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Fundamentos. *La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid 1997, p. 141

y a una tutela judicial efectiva, ya que (i) inhiben a los contribuyentes a recurrir el acto administrativo por temor a la mayor onerosidad que pueda repercutir sobre la deuda tributaria, la incertidumbre de las resultas del pleito y el prolongado transcurso del tiempo hasta la decisión final y se (ii) traduce en el despropósito de pretender perpetuar la ineficiencia de la Administración Tributaria en la recaudación de los tributos.

7. *Inconstitucional pretensión de provecho de daños por hecho ilícito*

Como hemos dicho, es ilegítimo que alguna administración pública pueda beneficiarse de su propio acto ilícito o del ilícito y los daños causados por el Estado a los ciudadanos (*Ex turpi causa*).

Pretender un ajuste de la sanción tributaria según el valor del dólar o del llamado Petro a la fecha del pago constituye un aprovechamiento ilegítimo del acreedor tributario sobre el daño antijurídico imputable directamente al funcionamiento ilegal del BCV, al ser causa eficiente, directa y absoluta de la hiperinflación y de la hiperdepreciación del bolívar.

La pretendida dolarización de las sanciones tributarias constituye una intención de provecho por causa ilícita de la Administración Pública que debe y puede ser rechazado por el afectado por vía de excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad, en caso de fiscalización y consecuente liquidación de alguna presunta infracción cifrada en “dólares” o su eufemística enunciación como “...el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicada por el BCV...”.

Ahora bien, la prohibición de aprovechamiento de un ilícito tiene su propia racionalidad. Así como el ciudadano tiene derecho y acción para exigir indemnización por los daños causados por la prestación de la actividad administrativa *ex* artículo 140 Constitucional, con mayor razón, *a fortiori*, tiene derecho a oponerse y excepcionarse de cualquier pretendido provecho, compensación o lucro de alguna administración pública que tenga fundamento en un hecho ilícito imputable al Estado, como una pretensión ilegítima *ex turpi causa*, tal como es el caso de los daños al poder adquisitivo del bolívar causado a la población por la hiperinflación o la hiperdepreciación del bolívar.

Ya hemos demostrado que la pérdida de poder adquisitivo por hiperinflación y la hiperdepreciación del bolívar es un daño directa e inmediatamente imputable al funcionamiento ilegal e inconstitucional del BCV.

Ante esta situación, en cada caso que se reclame a algún contribuyente una infracción a la legalidad tributaria y pretenda determinarse el ajuste dolarizado de la sanción, la Administración tributaria estaría individualizando un aprovechamiento injusto del daño monetario. Si bien todos nos perjudicamos por la hiperinflación y la hiperdepreciación del bolívar imputable a la acción ilícita del BCV, es inaceptable pretender lucrarse o aprovecharse individualmente del deudor de la sanción pecuniaria, reclamándole la pérdida de valor de la moneda envilecida por el propio Estado, esto es, aparte de infligir el daño general (la pérdida del poder adquisitivo del bolívar), beneficiarse también del mismo daño (el ajuste del poder adquisitivo del bolívar) en situaciones particulares. El contribuyente no tiene deber de soportar el daño antijurídico individualizable.

El aprovechamiento injusto evaluable económicamente será la medida de la depreciación del bolívar frente a la moneda de mayor valor que pretenda aplicarse para ajustar la multa entre la fecha de la comisión de la infracción y su liquidación o pago.

Ese aprovechamiento injusto compromete claramente los derechos fundamentales de propiedad, igualdad, tutela judicial efectiva y razonabilidad de la Ley.

Ese importe representa el daño antijurídico y efectivo al poder adquisitivo de bolívar cuyo resarcimiento se pretende ilícitamente.

Ahora bien, solo si verifica efectivamente el ingreso de la sanción ajustada según el valor de la UT, del dólar o del llamado Petro a la fecha del pago, semejante ingreso constituiría un supuesto de “*enriquecimiento injusto o sin causa lícita*” a favor de la Hacienda Pública. En este caso particular, el enriquecimiento injusto tiene causa en el daño antijurídico individualizado por la depreciación del bolívar directamente imputable al funcionamiento inconstitucional e ilegal del BCV y responsabilidad del Estado.

Así las cosas, el ciudadano contribuyente tiene derecho y acción para reclamar la *devolución* de lo ingresado inconstitucionalmente *ex* artículo 67 del COT de 2021 y acumular una pretensión indemnizatoria o de condena para reintegrar los mayores daños que implique el pago indebido o el enriquecimiento injusto¹²¹, que en hiperinflación excede con creces la tasa activa promedio incrementada en 1.2 veces. Todo ello para producir un pleno restablecimiento de la situación jurídica lesionada como acoge nuestro ordenamiento en el artículo 140 Constitucional, no solo para asegurar una reparación integral, sino evitar el desequilibrio patrimonial entre las partes de la relación jurídico-tributaria¹²².

8. *Otras lesiones constitucionales por la dolarización de las sanciones tributarias*

Cifrar las multas según el tipo de cambio vigente de la moneda de mayor valor al momento del pago o en función de un pretendido sucedáneo monetario como el Petro, también implica una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹²³.

Ese pretendido ajuste supone un bloqueo ilegítimo al acceso a la justicia por la desproporción causada por la mayor onerosidad que puede significar el ejercicio de su derecho de impugnación frente al reclamo administrativo y la pendencia del proceso y el efecto inhibitorio que semejante amenaza económica implica (el ajuste permanente de la tasa de cambio de la divisa utilizada como medio de corrección hasta el momento incierto del pago) frente a la incerteza de las resultas y la prolongación del lance judicial. Tal situación, en la práctica, constituye un subterfugio legal para enervar parcialmente la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva y que puede obligar a los contribuyentes a allanarse al viciado reclamo fiscal. Esto es lo que en otras jurisdicciones del derecho comparado se identifica como el “*efecto congelamiento*” (*chilling effect*) en el ejercicio de derechos constitucionalmente protegidos, como aquellas prácticas violatorias del principio constitucional de proporcionalidad¹²⁴.

En definitiva, los mandatos consagrados en artículo 91 y 92 del COT de 2020, así como, los criterios sobre el ajuste de sanciones tributarias por la UT mantenidos por la jurisprudencia

¹²¹ Ver sentencia del Tribunal Primero Contencioso Tributario de fecha 4 de diciembre de 2003, caso *Sociedad de Fabricación y Venta de Automóviles, S.A. (SOFAVEN) vs. SENIAT* “además de acogerse al criterio del legislador tributario respecto al *quantum* indemnizatorio, resulta plenamente compatible con los principios generales del Derecho y también derechos constitucionales categóricamente formalizados (en los artículos 2, 26, 30, 49, 115, 140, 257 y 259) de tutela judicial efectiva, responsabilidad del Estado y reparación justa e integral de los daños imputables al Estado, a los cuales se suman los principios del Código Civil (art. 1178), de donde es claro que el daño (y el enriquecimiento injusto) ocurre desde el momento mismo del pago indebido, daño que puede ser resarcido por medio de intereses moratorios”. Consultada en original, p. 53.

¹²² Sobre la posibilidad de la acumulación de una pretensión de devolución y una indemnizatoria, *Cfr. CASANA MERINO, Fernando, La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de actos tributarios*, Comares, Granada 2016, p. 11.

¹²³ Artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

¹²⁴ *Vid., GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2015, p. 45.

cia del Tribunal Supremo de Justicia¹²⁵ (aplicables a la dolarización de las sanciones tributarias), constituyen un obstáculo para el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, ya que inhiben a los contribuyentes a recurrir el acto administrativo por temor a la mayor onerosidad que pueda repercutir sobre la deuda tributaria, la incertidumbre de las resultas del pleito y el prolongado transcurso del tiempo hasta la decisión final.

Finalmente, el absurdo que plantea la dolarización de las sanciones según el tipo de cambio de otra moneda o el uso de llamado Petro, también se traduce en el despropósito de pretender perpetuar la ineficiencia de la Administración Tributaria en la recaudación de los tributos a través de un sistema que garantiza una automática y desproporcionada “indemnización”¹²⁶, premiándosela por su desidia en total contradicción con los derechos y garantías de los ciudadanos, consagrados en la Constitución y en la Ley.

Epilogo: El colapso del Petro.

En Venezuela estos últimos 23 años la mentira domina como política de estado todos los ámbitos de la acción pública¹²⁷. Se trata de algo más turbio que la simple ilegalidad¹²⁸. El engaño ha sido sistemático¹²⁹, progresivo¹³⁰, acumulativo¹³¹ y totalmente destructivo de la institucionalidad estatal.

Se practicó una indeterminación radical del derecho, se corrompió el lenguaje y hasta se falsificó la historia para convertirlos en instrumentos de dominación impúdica y delirante.

La racionalidad del derecho se redujo a la simple “voluntad del más fuerte”. Privan las falacias, el decisionismo y la arbitrariedad. “Verdad” y “justicia” perdieron todo contenido y se convirtieron en simples mascaradas ideológicas de la “voluntad del poder”.

¹²⁵ Ver Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 4 de junio de 2014, con ponencia del Magistrado Emilio Ramos González, caso *Tamayo & CIA., S.A. vs. República de Venezuela (Fisco Nacional)*, publicada en *Gaceta Oficial* No. 40.468 de fecha 5 de agosto de 2014, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165176-00815-4614-2014-2012-1813.HTML>. Ver ROMERO-MUCI, Humberto, *Uso, abuso y perversión de la Unidad Tributaria*, Serie Estudios No. 111, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2015, pp. 89; también “La metamorfosis kafkiana de la UT y la dolarización de las sanciones tributarias”, en Libro homenaje a Jesús Caballero Ortiz, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2021 (inédito).

¹²⁶ Vid. OCTAVIO LEAL, José Andrés “El ajuste por inflación de las sanciones pecuniarias en el Código Orgánico Tributario de 2001”, en *Revista de Derecho Tributario* No. 115, Julio-Septiembre de 2007, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, p. 68.

¹²⁷ Vid. BREWER CARÍAS, Allan, *La mentira como política de estado <crónica de una crisis política permanente: 1999-2015>*, Colección de estudios políticos, No. 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, p. 10.

¹²⁸ Paráfrasis del comentario de Piero Calamandrei en su del libro sobre “*El fascismo como régimen de mentiras*” (*Il facismo come regime della menzogna*) (Editorial Laterza, Roma 2014). “...fue algo más profundo y complicado que una turbia ilegalidad: Fue la simulación de la legalidad, el fraude legalmente organizado a la legalidad. A la tradicional clasificación de las formas de gobierno cabía agregar, ahora, una palabra que lograrse darle significado a este nuevo y distinto régimen: El gobierno de la indisciplina autoritaria, de la legalidad adulterada, de la ilegalidad legalizada, del fraude constitucional.”, citado por Allan Brewer Carías, *idem*.

¹²⁹ Todo tipo de mentiras en todos los ámbitos de la acción pública.

¹³⁰ Mentira tras mentira.

¹³¹ Mentiras sobre mentiras.

Se impuso una neolengua al servicio de la manipulación y la dominación ideológica, así como para la incomunicación, la exclusión y la discriminación entre los venezolanos. Incluso, se falsificó la historia patria para instrumentalizar el pasado con fines políticos.

El ocultamiento y la manipulación de la información económica y sus derivados institucionales no son excepción. Particularmente, se fijaron artificialmente los precios de bienes y servicios (que se llamaron eufemísticamente “precios justos”¹³²) y los márgenes máximos de ganancia por producto, se controlaron las tasas de interés bancarias, incluida la manipulación del precio de la moneda extranjera, los salarios y demás costos laborales, se ocultaron y manipularon las estadísticas sobre inflación (INPC), crecimiento económico, deuda pública y otros datos macroeconómicos sobre el desempeño de la economía.

En este contexto de engaño apareció el Petro aparentando modernidad e innovación. Pero el Petro como toda engañifa ideológica nunca pudo ocultar la realidad. La sospecha de su intención nefaria siempre fue evidente y hoy está más que confirmada. En la vorágine de improvisaciones y regulaciones, fracasos de implementación hoy el Petro queda reducido a un nombre vacío, que sirve como artilugio para dolarizar la economía.

Las más recientes noticias en los medios de comunicación especializados¹³³ refieren la posible desaparición del Petro por motivos técnicos, la ineficiencia de su gestión y vínculos en una trama de corrupción con la estatal Petróleos de Venezuela (PDVSA).

CONCLUSIONES

1. El Petro no es una moneda, ni siquiera una unidad monetaria de cuenta, porque no está designado, ni se le atribuye función monetaria de curso legal por el ordenamiento jurídico venezolano. Tampoco es un “criptoactivo”. Es solo un nombre vacío. Un eufemismo ideológico para esconder la ruina económica, opacar el leguaje y la información económica en el país.
2. El Petro siempre estará referido a otra unidad monetaria que significa el valor efectivo de intercambio (el dólar), lo cual evidencia su precariedad e impostura monetaria.
3. Independientemente de la ilegitimidad de origen del Petro, su objetivo es sustituir al bolívar y entronizar el uso indirecto de la moneda extranjera de referencia que usa el Petro, como reserva de valor para la denominación de las obligaciones tributarias y sus accesorios. Económicamente, esa sustitución (i) evita los riesgos cambiarios del bolívar, (ii) el valor del Petro puede ser manipulado a voluntad por el régimen, en cualquier momento, sin estar expuesto a los riesgos inflacionarios o por la depreciación externa del bolívar.
4. Ello en sí mismo constituye una ilegalidad e inconstitucionalidad por (i) deslegalizar la moneda para denominar y pagar obligaciones tributarias y sanciones y (ii) contradecir el uso del bolívar como moneda de uso forzoso para denominar y pagar las obligaciones tributarias.

¹³² Ver ALFONSO P., Juan D., GALLOTTI, Alejandro y SOTELDO, Carolina, *Análisis jurídico económico y financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos y de la normativa que lo complementaria*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2015, HERNÁNDEZ, José I., *Comentarios a la nueva Ley del régimen cambiario y sus ilícitos <en el contexto de la nueva Ley Orgánica de Precios Justos>*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2014. Autores varios, NIKKEN, Claudia (coordinadora), *Ley de costos y precios justos*, Colección de Textos Legislativos, No. 53, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

¹³³ Ver <https://www.bloomberglinea.com/latinoamerica/venezuela/se-acerca-el-fin-del-petro-la-criptomonedavenezolana-tras-reajuste-interno-y-deudas-por-pagar/>

5. Particularmente, es inconstitucional e ilegal la dolarización de las sanciones tributarias, sea el uso del (i) "... tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicada por el BCV..." o (ii) el Petro vigente a la fecha del pago para dimensionar las multas expresadas normativamente en términos de dicha unidad de valor y no según la vigente a la fecha de la comisión del ilícito.
6. La "dolarización" de sanciones en el COT de 2020 constituye una protuberante antinomia de los artículos 146 y 3 encabezado del COT 2020, que obligan a la presentación y pago del tributo y sus accesorios en bolívares, con exclusión de cualquier otra moneda y *a fortiori*, de cualquier pretendido sucedáneo monetario de cuantificación como el Petro
7. Esa salida es una frontal antinomia de los artículos 318 constitucional, 3 y 146 del COT de 2020 y 116 de la LBCV que imponen el bolívar como moneda de determinación, presentación y pago excluyente de la obligación tributaria y sus accesorios, por ser materia de la exclusiva reserva legal tributaria.
8. Con la dolarización de los tributos se hace evidente un trato incoherente, desigual y el despropósito de tomar ventaja del contribuyente.
9. Pretender un ajuste de la sanción tributaria según el valor del dólar o del llamado Petro a la fecha del pago constituye un aprovechamiento ilegítimo del acreedor tributario sobre el daño antijurídico imputable directamente al funcionamiento ilegal del BCV, al ser causa eficiente, directa y absoluta de la hiperinflación y de la hiperdepreciación del bolívar.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Abadi M, Anabella, "15 años de violaciones a la autonomía del BCV <Proceso constante, resultado fulminante>", en *Transparencia Venezuela*, Caracas 2018, <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2018/07/Violaciones-Autonomi%CC%81a-BCV-2018-Anabella-Abadi-M-.pdf>

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, Pronunciamiento en rechazo a los "Decretos Constitucionales" que pretenden modificar el Código Orgánico Tributario, la Ley Orgánica de Aduanas y la Ley de impuesto al valor agregado dictadas por la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente, de fecha 2 de febrero de 2020, en <https://derysoc.com/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales/>

ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS, Pronunciamiento de la Academia Nacional de Ciencias económicas ante la situación económica de fecha 9 de marzo de 2021, en <https://ancevenezuela.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/20210309-PronunciamientoANCE.pdf>

Brennan, Geoffrey y Buchanan, James, *El poder fiscal <fundamentos analíticos>*, Unión Editorial, Madrid 1987.

Brewer-Carías, Allan. "El secreto y la mentira como política de Estado y el fin de la Obligación de Transparencia", en <http://allanbrewercarias.com/documentos/el-secreto-y-la-mentira-como-politica-de-estado-y-el-fin-de-la-obligacion-de-transparencia-de-como-el-tribunal-supremo-de-justicia-libero-inconstitucionalmente-al-banco-central-de-venezuela-de-cumplir/>, 2015.

_____, *La mentira como política de estado <crónica de una crisis política permanente: 1999-2015>*, Colección de estudios políticos, No. 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

Carmona Borjas, Juan Cristóbal, *Mundo jurídico de las criptomonedas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2019.

_____, *Pago de pasaportes en Petros*, en <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/04/CU%C3%81NTO-VALE-EL-PETRO-.pdf>

Casana Merino, Fernando, *La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de actos tributarios*, Comares, Granada 2016.

Castellano Montiel, Alberto Gregorio, “La demanda de dinero y la sustitución de monedas y de activos en Venezuela: 1997-2008”, en *Economía*, XXXVII, 34 Julio-diciembre, Caracas 2012.

Duque Corredor, Román José, *Desvirtuación del sistema tributario, la violación de derechos ciudadanos y la inseguridad jurídica de la ley de reforma de la ley de registros y Notariado*, Fundación Alberto Adriani, Caracas 2022.

Dupouy Mendoza, Elvira, “Consideraciones sobre la constitucionalidad e ilegalidad de actualización de las multas establecidas en el Código Orgánico Tributario y la Ley Orgánica de Aduanas”, en *Libro homenaje a Luis Cova Arria*, Tomo III, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2020.

Fraga Lo Curto, Luis, “Las soluciones institucionales a la crisis inflacionaria”, consultado en https://www.academia.edu/32884364/SOLUCIONES_INSTITUCIONALES_A_LA_CRISIS_INFLACIONARIA_Por_Luis_Fraga_Lo_Curto_Abogado_UCAB

Fraga Pittaluga, Luis Jesús, *Algunos comentarios sobre la reforma del Código Orgánico Tributario de 2020*, en <https://fragapittaluga.com.ve/fraga/index.php/e-learning/item/9-algunos-comentarios-sobre-la-reforma-del-codigo-organo-tributario-de-2020>

García Larralde, Humberto, “Algunas implicaciones de la dolarización transaccional en Venezuela”, en <http://cronicadesdewashington.blogspot.com/2021/01/humberto-garcia-larralde-algunas.html>

_____, “Lineamientos de una política cambiaria para la competitividad en Venezuela”, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales-Friedrich Elbert Stiftung (Observatorio de Economía), consultado en https://www.academia.edu/36643330/Lineamientos_de_una_pol%C3%ADtica_cambiaria_para_la_competitividad_en_Venezuela

García Gómez DE Mercado, Francisco, *Responsabilidad patrimonial de la Administración*, 2da Edición, Colección Derecho Administrativo Práctico, Editorial Comares, Granada 2020.

González Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2015.

González Pérez, Jesús, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 8va Edición, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona 2016.

Hernández González, José Ignacio, “Comentarios a la reforma de 2015 de la Ley del Banco Central de Venezuela y su defensa por la Sala Constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, No. 145-146, Enero-Junio de 2016, Caracas.

_____, “Aspectos jurídicos de la dolarización en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, No. 153-154, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2018.

_____, *Control de cambio y de precios en Venezuela. Auge y colapso institucional 2003 2020. Del modelo socialista a la dolarización de facto*, Colección Estudios Jurídicos, No. 146, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2021.

_____, "Estado fallido y recaudación tributaria en Venezuela", en *Derecho Tributario contemporáneo (libro homenaje a los 50 años de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario)*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021.

María, Álvaro D., *Filosofía de Bitcoin*, Libros.com, Madrid 2022.

Mejía Betancourt, José Amando, "El sistema tributario venezolano ante un estado fallido", en *Derecho Tributario contemporáneo (libro homenaje a los 50 años del Asociación Venezolana de Derecho Tributario)*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2019.

Octavio Leal, José Andrés "El ajuste por inflación de las sanciones pecuniarias en el Código Orgánico Tributario de 2001", en *Revista de Derecho Tributario* No. 115, Julio-septiembre de 2007, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas.

Palma Carrillo, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela (más de cien años de historia)*, Editorial Jurídica Venezolana, Ediciones IESA, Caracas 2020.

Rodner, James-Otis, *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, Segunda edición concordada con la jurisprudencia venezolana y los principios Unidroit, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005.

Romero-Muci, Humberto, "La mentira contable: crónica de incomunicación y engaño. <aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre de 2019>", en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* No. 13 (Homenaje al académico Prof. James-Otis Rodner S.), Caracas, 2019.

_____, Discurso de recepción académica del profesor Juan Cristobal Carmona Borjas como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (sillón No. 30), el día 6 de noviembre de 2018 en el Paraninfo del Palacio de las Academias, sobre "Múltiples caras de los criptoactivos. Especial referencia al caso del PETRO".

_____, "El Petroengaño contable (análisis jurídico del Decreto No. 4025, de la Provisión 097-2019 de SUNACRIP y del proyecto de BA VEN NIF No. 12 de la FCCPV sobre tratamiento contable de la tenencia de los criptoactivos en los EEEF preparados de acuerdo con VEN NIF y la presentación de los EEEF medidos en criptoactivos)", en *Libro homenaje a Allan Brewer Carías en sus 80 años de evolución del derecho público*, (Caterina Balaso Tejera Coordinadora), Editorial Jurídica Venezolana, CIDEP, Caracas 2020.

_____, "Ilegitimidad de la dolarización de las sanciones tributarias", en *Libro Homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, Tomo I, (Rafael Badell Madrid Coordinador), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2021.

_____, "La metamorfosis kafkiana de la Unidad tributaria y la dolarización de las sanciones tributarias", en *Libro homenaje a Jesús Caballero Ortiz*, Tomo II, Fundación de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2022.

_____, "Dolarización, deslegalización y expolio por el uso del Petro como unidad de cuenta de las tasas en la reforma de Ley de Registros y Notarías", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 167, Enero-Marzo de 2022, Caracas.

Oxin, Claus, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Civitas, Madrid 1997.

Saez Francisco y Zambrano Sequin, Luis, *De la inflación crónica a la hiperinflación: el equilibrio al borde del abismo*, en https://www.academia.edu/41521655/De_la_inflaci%C3%B3n_cr%C3%B3nica_a_la_hiperinflaci%C3%B3n_El_equilibrio_al_borde_del_abismo

Vera Azaf, Leonardo, ¿Hacia dónde avanza el desorden monetario venezolano?, en <https://ancevenezuela.org.ve/hacia-donde-avanza-el-desorden-monetario-venezolano/>

Weffe E., Carlos H, “Inflación y derecho penal tributario <las sanciones tributarias como obligaciones de valor>”, en *Revista de Derecho Tributario* No. 150, Abril-Junio. 2016, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas.

Zambrano Sequin, Luis, “Notas con relación a las reformas a la Ley del Banco Central de Venezuela”, consultado en https://www.academia.edu/334101/Nota_con_relaci%C3%B3n_a_las_reformas_a_la_ley_del_Banco_Central_de_Venezuela

Legislación

República Bolivariana de Venezuela. Código Orgánico Tributario: *Gaceta Oficial* No. 6.507 *Extraordinaria* del 29 de enero de 2020.

República Bolivariana de Venezuela. Ley Orgánica de Aduanas; *Gaceta Oficial* N° 6.507 *Extraordinario* del 29 de enero de 2020.

República Bolivariana de Venezuela. Decreto Constituyente derogatorio del régimen cambiario y sus ilícitos; *Gaceta Oficial* No. 41.452 del 2 de agosto de 2018.

República Bolivariana de Venezuela. Convenio Cambiario No.1, *Gaceta Oficial* No. 6.405 de fecha 07 de septiembre de 2018.

República Bolivariana de Venezuela. Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela *Gaceta Oficial* No. 37.296 de fecha 03 de octubre de 2001.

República Bolivariana de Venezuela. Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela *Gaceta Oficial* Extraordinario No. 5.606 de fecha 18 de octubre de 2002.

República Bolivariana de Venezuela. Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela *Gaceta Oficial* No. 38.232 de fecha 20 de julio de 2005.

República Bolivariana de Venezuela. Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela *Gaceta Oficial* No. 39.301 de fecha 06 de noviembre de 2009.

República Bolivariana de Venezuela. Ley del Banco Central de Venezuela *Gaceta Oficial* No. 39.419 de fecha 07 de mayo de 2010.

República Bolivariana de Venezuela. Ley del Banco Central de Venezuela *Gaceta Oficial* No. 39.419 de fecha 07 de mayo de 2010.

República Bolivariana de Venezuela. Ley del Banco Central de Venezuela. *Gaceta Oficial* Extraordinario No. 6.155 de fecha 19 de noviembre de 2014.

República Bolivariana de Venezuela. Decreto No. 2.179, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela. *Gaceta Oficial* Extraordinario No. 6.211 de fecha 30 de diciembre de 2015.

República Bolivariana de Venezuela. Decreto 3.196 de fecha 8 de diciembre de 2017. *Gaceta Oficial* No. 6.346 de fecha 8 de diciembre de 2017.

República Bolivariana de Venezuela. Decreto Constituyente No. 6.370 de fecha 9 de abril de 2018, sobre “Cripotoactivos y la Cripotomoneda soberana Petro”. *Gaceta Oficial* No. 6370 de fecha 9 de abril de 2018.

República Bolivariana de Venezuela. Ley de Registros y Notarias. *Gaceta Oficial* N° 6.668 Extraordinario del 16 de diciembre de 2021.

Sentencias

Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 0250 de fecha 08 de agosto de 2019.

Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 078 de fecha 07 de julio de 2020.

Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No. 118 de fecha 18 de agosto de 2020.

Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No. 0161 del 20 de noviembre de 2020.

Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No. 0273 de fecha 30 de diciembre de 2020.

Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 4 de junio de 2014, caso *Tamayo & CIA., S.A. vs. República de Venezuela (Fisco Nacional)*, publicada en *Gaceta Oficial* No. 40.468 de fecha 5 de agosto de 2014, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165176-00815-4614-2014-2012-1813.HTML>.

Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 935 de 4 de agosto de 2015 caso *Asociación Civil Transparencia Venezuela contra el Presidente del Banco Central de Venezuela* <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/180378-00935-5815-2015-2015-0732.HTML>

Documentos electrónicos

<https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>

<https://www.hrw.org/es/report/2019/04/04/la-emergencia-humanitaria-en-venezuela/se-requiere-una-respuesta-gran-escala-de#>; ver también

<https://news.un.org/es/story/2019/11/1464991>

<http://www.bcv.org.ve/estadisticas/otras-monedas>.

<https://www.bloomberglinea.com/latinoamerica/venezuela/se-acerca-el-fin-del-petro-la-criptomoneda-venezolana-tras-reajuste-interno-y-deudas-por-pagar/>

Discurso de Recepción como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia del Jurista Humberto Romero-Muci

Mauricio A. Plazas Vega

Miembro Academia Colombiana de Jurisprudencia

“El totalitarismo es hoy el dragón apocalíptico de las siete cabezas que amenaza sumergir al mundo en una ola de sangre y de terror. Hay quienes se estremecen al oírlo nombrar con el horror instintivo que inspiran a los niños los seres creados por la imaginación para personificar la maldad, y quienes explotan ese miedo para lanzar el descrédito sobre determinadas ideologías o para crear un ambiente de alarma y hacerse los héroes de la democracia en peligro.”

Vicente Andrade

Prólogo al Totalitarismo, de Hernando de la Rosa

Resumen: *Este texto contiene comentarios al trabajo de incorporación a la Academia Colombiana de Jurisprudencia del Académico Dr. Humberto Romero-Muci, como como académico correspondiente extranjero por Venezuela, intitulado “El Petro Venezolano”. El nuevo académico lo califica como una forma velada de presentar una ostensible dolarización de la economía venezolana, pero en condiciones de incertidumbre ante la potestad de las autoridades de fijar su valor. Nos dice que el llamado cryptoactivo soberano no es una moneda, no es una unidad monetaria de cuenta, no es un cripto activo es, al decir de nuestro nuevo Académico, un eufemismo ideológico para esconder la ruina económica, opacar el lenguaje y la información económica de ese país.*

Palabras Clave: *Petro, cryptoactivo, unidad de cuenta, neolengua.*

Abstract: *This text contains comments on the work of incorporation into the Colombian Academy of Jurisprudence of Academic Dr. Humberto Romero-Muci, as a corresponding foreign academic for Venezuela, titled “El Petro Venezolano”. The new academic describes it as a veiled way of presenting an obvious dollarization of the Venezuelan economy, but in conditions of uncertainty regarding the power of the authorities to set its value. He tells us that the so-called sovereign crypto asset is not a currency, it is not a monetary unit of account, it is not a crypto as-set, it is, according to our new Academic, an ideological euphemism to hide economic ruin, overshadow the language and economic information of that country.*

Key words: *Petro, cryptoactive, unit of account, Newspeak.*

El fantasma siempre está ahí, se elude pero se presiente, se avizora de lejos y de cerca en medio de la incertidumbre y el caos, es amenazante, desafiante, se aprovecha de la ingenuidad y la desesperanza, se afirma a nombre de la democracia, pero es el primer enemigo de la democracia, circula audazmente en medio del engaño y la mentira, se alimenta de mitos tergiversados para servir a sus fines, se nutre con la ambición y el interés de círculos tenebrosos que vislumbran el poder como el bártulo de sus acciones, divide, corrompe, defrauda, destruye, desorienta, manipula, hiere, con el apoyo de discursos mesiánicos que anuncian

metas irrealizables, se oculta tras las más variadas facetas en la izquierda o la derecha y se vanagloria en lo extremo con coros de alabanceros y cobistas que esperan ser recompensados cuando ya no sea un fantasma: Es el fantasma del autoritarismo, un género que identifica la arbitrariedad en el ejercicio del poder y alberga como unas de sus más temibles expresiones a las dictaduras y los totalitarismos. Cuando el fantasma autoritario cobra realidad, las sociedades que lo sufren transitan sin atenuantes al abismo ante la mirada indolente, cómplice y copartícipe de un líder que no es líder y una cohorte de seguidores que no lo siguen a él ni a la causa que no es causa, sino a los intereses oscuros que inspiran su abyección; las gentes de bien, en contraste, sufren día a día, con la esperanza de que la noche termine, los más inimaginables vejámenes en sus vidas y en sus derechos.

El totalitarismo de base populista, en todos los lugares en que se ha impuesto, solo ha dejado desgracias y dolor. No hace falta recordar tantas y tan conmovedoras experiencias como las que conoce la historia de la humanidad, la biografía del espíritu universal.

Sobre ese totalitarismo, ese autoritarismo de base populista, en su versión venezolana, versa el profundo, valiente, agudo y reflexivo trabajo intitulado *El PETRO* venezolano: Reflexiones sobre una falacia monetaria y pretendida unidad de cuenta, con que el ilustre profesor y jurista del vecino país, Humberto ROMERO-MUCI, ingresa, como Miembro Correspondiente, a nuestra querida ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA. Humberto ROMERO-MUCI, a quien tengo el honor de presentar, es abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, de Venezuela, realizó estudios de maestría (LL.M.) en la Universidad de Harvard, es doctor en derecho de la Universidad Central de Venezuela, Individuo de Número y ex Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Miembro de Número de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, profesor de las Universidades Católica Andrés Bello y Central, tratadista, autor de varios libros, prestigioso especialista en derecho tributario y Derecho de la hacienda pública y, ante todo, un ser humano íntegro y auténtico, caracterizado por una luminosa sensibilidad humanística.

El trabajo que ha elaborado y he tenido el gusto y la perplejidad de leer es, sin la menor duda, un excepcional testimonio sobre el horror totalitario y autoritario que agobia a Venezuela y su expresión visible en la moneda, elemento fundamental de la Hacienda Pública y la vida misma de un Estado Constitucional y de Derecho. Un gusto, porque está escrito con un castellano impecable y una claridad a toda prueba, solo posible para quien verdaderamente domina la materia; y una perplejidad, porque jamás había imaginado ni dimensionado los perversos alcances de destrucción y desolación que ha tenido, y desafortunadamente tiene, el régimen de facto que hoy regenta NICOLÁS MADURO en medio de una crisis de proporciones inmensurables en todos los aspectos de la vida económica y social. Confirmar, con su lectura y con la realidad, que cerca de ocho millones de venezolanos han emigrado, por no decir “huido” de su país, que otrora tenía 33 millones de habitantes y hoy tiene 25 millones, que los padres ven, sin remedio, cómo sus hijos se establecen y organizan su vida en otros países, que las reconversiones monetarias dispuestas por el régimen en tres ocasiones le han quitado catorce dígitos al bolívar, que en la Venezuela atropellada por el autoritarismo ha habido años de hiperinflación del 130.000 por ciento, que la devaluación de la moneda nacional en los últimos treinta años frente al dólar ha llegado a cerca de 2.9 billones por ciento, que la inflación acumulada en el mismo período ha arribado a 51.2 billones por ciento, estremece mi sensibilidad humana y de jurista, mi amor de tantos años por esa bella Nación con la que me unen vínculos de amistad muy sólidos como la que le profeso a HUMBERTO.

Todo lo que él relata y ha tenido que vivir y afrontar es el resultado de las actuaciones ocultas y sin control que son propias de los regímenes autoritarios; regímenes que solo indagación y desprecio generan cuando, amparados en un cinismo sin límites, se presentan como

auténticos demócratas y misioneros de la voluntad popular. Así ocurrió con el gasto secreto del fascismo, de MUSSOLINI, y con el gasto igualmente secreto de nacional socialismo, de HITLER y así ha acontecido con funestas dictaduras militares en América Latina.

En los regímenes totalitarios y autoritarios, como el que agobia a la gran Venezuela, no interesa la Hacienda Pública en absoluto, ninguna relevancia tiene los principios y las garantías de los derechos fundamentales de las personas; solo importa lo que se proponen el líder carismático, o pseudo líder carismático, afirmado como tal sobre la base del terror y la violencia y el decidido “apoyo” de sus secuaces.

Cuando el Estado se confunde con los mandatos inapelables del supuesto líder o del partido de cobistas que lo secundan, la Hacienda Pública, el gasto público y los tributos no pasan de ser instrumentos estratégicos para el gran ilícito que protagonizan. Principios tan caros a la democracia liberal como los de legalidad o reserva de ley de los tributos y del gasto público no tienen vigencia ni aplicación de ninguna naturaleza. Solo imperan el caos y la arbitrariedad, en todos los espacios de la vida pública. El derecho y la Constitución quedan a merced de lo que determine la insólita voluntad de los protagonistas del autoritarismo.

Cuando a finales de 2017 el régimen decidió crear la que denomina “*moneda digital venezolana*” (el PETRO), con miras a facilitar el acceso a recursos internacionales y contrarrestar las sanciones que le impusieron en Estados Unidos y Europa, y anunció y publicitó, por las más variadas vías, la recuperación de Venezuela, lo que en realidad nació fue un nuevo engaño, como lo confirman hoy los hechos y como brillantemente lo pone de presente el profesor ROMERO.

El PETRO se entronizó en Venezuela, porque así lo dispusieron las autoridades, como un cripto activo soberano ilusoriamente respaldado en las reservas de petróleo y la riqueza del país representada en bienes como el diamante o el oro. La idea era que fuera adquirido no solo nacional sino internacionalmente, pero no ha sido así. El valor del PETRO lo establecen las autoridades del régimen, no el mercado, y, en tal virtud, no representa seguridad ni garantía alguna para nadie.

Su utilización como “*moneda digital*” o “*unidad de cuenta*”, como lo puntualiza el profesor ROMERO-MUCI, se ha traducido en la ostensible violación de principios fundamentales de la Hacienda pública, el Derecho tributario y el Derecho administrativo sancionador: de la primera, porque la moneda de curso legal en Venezuela es el bolívar soberano, no un cripto activo con las características mencionadas; del segundo, porque, ante la constante depreciación de la moneda nacional, se viene utilizando para el dimensionamientos de bases gravables, como ocurre ya con las tasas de notaría y los derecho de registro; y del tercero, porque se viene utilizando para actualizar el importe de las sanciones de orden tributario, particularmente a nivel subnacional, pese al principio IUS PUNIENDI y a que en el país rige la Unidad Tributaria para mantener los valores absolutos en forma acorde con lo que acontezca con la inflación.

En realidad, denuncia ROMERO-MUCI, la apelación al PETRO venezolano, por parte del régimen, no es más que una forma velada de presentar una ostensible dolarización de la economía, pero en condiciones de incertidumbre ante la potestad de las autoridades de fijar su valor. No es una moneda, no es una unidad monetaria de cuenta, no es un cripto activo es, al decir de nuestro nuevo Académico, el fruto de “*un eufemismo ideológico para esconder la ruina económica, opacar el lenguaje y la información económica en el país.*”

Entronizado en el poder el totalitarismo no hay nada que no corresponda a lo que digan las autoridades: la realidad pasa a ser la que ellas describan, el derecho es el que ellas dispongan, la lealtad consiste en prohijar sin reservas lo que ellas hagan o dejen de hacer, el pasado ocurrió como ellas lo digan, el futuro depende de sus designios, el desastre económico no existe si ellas así lo manifiestan, el PETRO es la colosal e inspirada creación de la moneda nacional.

No resisto la tentación de recordar a CORTÁZAR con una parodia que procura exaltar la vida meritoria de ROMERO-MUCI y la de los venezolanos de bien que, de lejos, son los más y verán con su esfuerzo, un maravilloso amanecer: Ese régimen, el que aquí se cuestiona, *“tiene razón en odiar y temer la cultura popular y su verdadera conciencia sobre las instituciones: ella es la bala de plata que en las antiguas leyendas mata al vampiro, bebedor de sangre, y vuelve más hermosa la salida del Sol”*.

*Una mirada retrospectiva al debido proceso en el procedimiento administrativo venezolano: Del proyecto de 1965 a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981**

Miguel Ángel Torrealba Sánchez**

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Estudio comparativo del Proyecto de 1965 y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana en la regulación del Debido Proceso.*

Palabras Clave: *Procedimiento Administrativo - Debido Proceso - Ley de Procedimiento Administrativo - Actividad administrativa - Acto administrativo - Recursos administrativos.*

Abstract: *Comparative study of the 1965 Project and the Venezuelan Administrative Procedures Act in the regulation of due process of law.*

Key words: *Administrative procedure - Due process of law - Administrative Procedure Act - Administrative activity - Administrative act - Administrative appeals.*

SUMARIO

PRELIMINAR

- I. EL PROYECTO BREWER-CARÍAS-MARTÍN-RETORTILLO-RUBIO LLORENTE DE LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE 1965 Y SU INFLUENCIA EN EL TEXTO QUE SE CONVIRTIÓ EN LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (LOPA) EN 1981
- II. ALGUNAS DIFERENCIAS EN LA REGULACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN EL PROYECTO DE 1965 CON RESPECTO A LA LOPA

* Una primera versión de este trabajo fue presentada al XXII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA): “Derechos Humanos y Derecho Administrativo”, que tuvo lugar el 2 y 3 de octubre de 2023 en Santiago de Chile, cuyas ponencias serán publicadas en: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., DELPIAZZO RODRÍGUEZ, C., RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M.C., CAMACHO CÉPEDA, G., MORAGA KLENNER, C. y MUÑOZ CHIU, N.M: Derechos Humanos y Derecho Administrativo. Tirant Lo Blanch-Universidad de Chile, 2023.

** Universidad Central de Venezuela: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Abogado y Especialista en Derecho Administrativo - Universidad de la Coruña, España: Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano - Universidad Carlos III de Madrid, España: Máster en Política Territorial y Urbanística - Universidad Monteávila, Caracas: Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO) - Universidad Católica “Andrés Bello”, Caracas: Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo - Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

1. *Interdicción de la arbitrariedad* (artículo 5 del Proyecto). 2. *Discrecionalidad* (artículo 14 del Proyecto y 12 de la LOPA). 3. *Publicidad de la organización administrativa* (artículo 33 del Proyecto y 33 de la LOPA). 4. *Garantía de imparcialidad (objetividad) del funcionario: inhibición y recusación vs. Inhibición* (Título II, Capítulo II del Proyecto y Título II, Capítulo II de la LOPA). 5. *Acceso al expediente y confidencialidad* (artículo 65 del Proyecto y 59 de la LOPA). 6. *Mandato de representación* (artículo 26 del Proyecto y 26 de la LOPA). 7. *Procedimiento ordinario y procedimiento sumario: supuestos de procedencia y caracteres* (artículos 51 y 77 al 80 del Proyecto y 47 y 67 al 69 de la LOPA). 8. *Informe jurídico obligatorio* (artículo 63 del Proyecto). 9. *Lapso probatorio como regla expresa* (artículo 64, primer y segundo apartes, del Proyecto). 10. *Vicios de forma y causales de anulabilidad del acto administrativo* (artículos 15 y 17 del Proyecto y 20 de la LOPA). 11. *Límites de la potestad revocatoria de los actos administrativos* (artículo 94 del Proyecto y 82 de la LOPA). 12. *Efectos de la notificación defectuosa* (artículos 85 y 86 del Proyecto y 74 y 77 de la LOPA). 13. *Garantía frente a la inactividad administrativa formal: el silencio administrativo negativo en procedimientos constitutivos y de revisión* (artículos 70, 106 y 110 del Proyecto y 4 y 92 al 93 de la LOPA). 14. *Configuración de la vía administrativa: recurso de reconsideración o recurso jerárquico vs. Recurso de reconsideración y recurso jerárquico* (artículos 101 y 107 del Proyecto y 92 al 96 de la LOPA). Consideraciones finales.

PRELIMINAR

En el marco de la temática relativa a los Derechos Humanos y el Derecho Administrativo, específicamente del Debido Proceso en el procedimiento administrativo, en las siguientes páginas se estudiará de forma breve este último asunto desde una perspectiva particular; a saber: el Derecho Positivo. Pero no en una visión prospectiva, partiendo del marco general que en Venezuela sería la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981, en lo sucesivo LOPA en adelante, sino más bien de lo que es su antecedente inmediato, esto es: el Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de 1965¹. Antecedente que servirá de punto de comparación con el texto que terminó convirtiéndose en el aún vigente régimen general y común del procedimiento administrativo en el ordenamiento nacional.

De tal forma que el propósito de esta aproximación comparativa será, en primer término, evidenciar la presencia, así como los caracteres fundamentales, de las manifestaciones del Debido Proceso en la regulación general del procedimiento administrativo desde sus albores en nuestro medio. Y, en segundo lugar, comparar los cambios que se produjeron entre el que puede considerarse el antecedente directo con la versión final que se convirtió en Derecho vigente.

Con ello se pretende, primero, exponer ejemplos de la concepción del Debido Proceso imperante en una etapa del Derecho Administrativo venezolano, lo que ya sería de utilidad en sí. Pero, además, mostrar los que podrían considerarse avances o retrocesos en el tratamiento de ese instituto en la evolución de lo que terminaría siendo su régimen legal general. Evolución que, por supuesto, en modo alguno concluyó con la entrada en vigencia de la LOPA. Al contrario, fue la jurisprudencia, y también la doctrina, la que continuó tal senda, partiendo del Derecho positivo. Pero de esas etapas más próximas a la actual han dado buena cuenta diver-

¹ Afirma Allan R. BREWER-CARÍAS que el texto llegó a ser presentado por el Ejecutivo al Congreso, por lo que se trata entonces formalmente de un Proyecto. *Cfr.* el evento virtual: *40 años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, que tuvo lugar el 08/11/22: https://www.youtube.com/watch?v=3ZpoRi8Q_6c. Para este trabajo se ha empleado el texto contenido en: BREWER-CARÍAS, Allan R.: *El procedimiento administrativo en Venezuela. El Proyecto de Ley de 1965 y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2022.

sas investigaciones², por lo que remontarse a fases más remotas intenta también contribuir a colmar la exploración de terrenos menos estudiados en los correspondientes estudios teóricos.

² Cfr. antes de la LOPA: BREWER-CARÍAS, Allan R. y Mary RAMOS FERNÁNDEZ: “Evolución jurisprudencial del Derecho a la defensa en el procedimiento administrativo”. *Revista de Derecho Público* Núm. 7. EJV. Caracas, 1981, pp. 197-203. Y luego, entre otros: BREWER-CARÍAS, Allan R.: “El sentido del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. *Revista de Derecho Público* Núm. 8. EJV. Caracas, 1981, pp. 27-34; GORDILLO, Agustín: “Algunos aspectos del procedimiento administrativo en Venezuela”. *Revista de Derecho Público* Núm. 9. EJV. Caracas, 1982, pp. 29-39; RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: “Problemas fundamentales que plantea la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en las materias en las cuales rigen procedimientos especiales. Con particular referencia a la Ley de Propiedad Industrial”. *Revista de Derecho Público* Núm. 10. EJV, Caracas, 1982, pp. 119-128; RUAN SANTOS, Gabriel: “La Administración y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. *Revista de Derecho Público* Núm. 18. EJV. Caracas, 1984, pp. 57-83; BREWER-CARÍAS, Allan R.: “El Derecho Administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas”. *Revista de Derecho Público* Núm. 22. EJV. Caracas, 1985, pp. 5-31; BÓVEDA Z. Mery: “Evolución jurisprudencial en relación a la revocación de los actos administrativos”. *Revista de Derecho Público* Núm. 31. EJV. Caracas, 1987, pp. 165-179; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: “Los vicios intrascendentes en el Derecho Administrativo formal”. *Revista de Derecho Público* Núm. 51. EJV. Caracas, 1992, pp. 15-24; URDANETA SANDOVAL, Carlos: “Acercas del “Debido Proceso” en los procedimientos desplegados para el ejercicio de las funciones administrativa y legislativa”. *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*. EJV. Caracas, 2006, pp. 247- 265; MATA MARCANO, Gladys del V. y Marilena C. ASPRINO SALAS: “Algunas consideraciones sobre la función de los recursos administrativos”. *Revista de Derecho Público* Núm. 120. EJV. Caracas, 2009, pp. 49-65; BREWER-CARÍAS, Allan R.: “Régimen general del procedimiento administrativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo venezolano* Núm. 11. 35 años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. La Buena Administración. UMA. Caracas, 2017, pp. 21-74; RUAN SANTOS, Gabriel: “La Administración y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo venezolano* Núm. 11. 35 años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. La Buena Administración. UMA. Caracas, 2017, pp. 75-128; PESCI FELTRI, Flavia: “Los principios rectores del procedimiento administrativo en Venezuela”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo venezolano* Núm. 14. El rol de la mujer en la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela. UMA. Caracas, 2018, pp. 259-296; PESCI FELTRI, Flavia: “Antecedentes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo venezolano* Núm. 23. CIDEP. Caracas, 2021, pp. 9-24; ROJAS PÉREZ, Manuel: “Principios de procedimiento administrativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo venezolano* Núm. 23. CIDEP. Caracas, 2021, pp. 25-41; ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis: “El privilegio de autotutela y el principio del efecto no suspensivo de los recursos (Reflexiones históricas y de tutela judicial efectiva)”. *Revista de Derecho Administrativo* Núm. 1. Editorial Sherwood. Caracas, 1997, pp. 71-138; ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis: “¿Hacia una mejora de los trámites administrativos? Breves consideraciones sobre algunas innovaciones constitucionales y sobre la nueva Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999”. *Revista de Derecho Administrativo* Núm. 7. Editorial Sherwood. Caracas, 1999, pp. 341-357; RACHADELL, Manuel: “Las garantías de los administrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. En: INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO: *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración: El procedimiento administrativo*. Vol. VII. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1983, pp. 83-106; RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: “Estudio preliminar”. En: *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Colección textos legislativos N° 1. Quinta edición. EJV. Caracas, 1989, pp. 87-95; MEIER E., Henrique: *El procedimiento administrativo ordinario*. Editorial Jurídica Alva, S.R.L. Caracas, 1992; LEAL WILHELM, Salvador: *Teoría del procedimiento administrativo*. Vadell Hermanos Editores. Caracas-Valencia, Venezuela. 2001; UROSA MAGGI, Daniela: “Inicio y sustanciación del procedimiento administrativo ordinario. Las garantías de los particulares durante estas fases”. En: *Actualización en procedimiento administrativo*. FUNEDA. Caracas, 2007, pp. 5-39; ARAU-

Expuesto lo anterior, el trabajo iniciará con una sucinta referencia al origen y perfil general del Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de 1965, para luego confirmar su influencia en la LOPA de 1981. Seguidamente, se contrastarán regulaciones concretas del Debido Proceso en cada texto normativo, así como algunas implicaciones de estas en etapas posteriores de lo que se conoce como el Derecho Administrativo Formal venezolano. Por último, se expondrán algunas consideraciones finales basadas en los resultados de tal comparación.

Antes de dar inicio, no obstante, se considera necesario señalar que con este ejercicio no pretenden emitirse juicios de valor acerca de las opciones asumidas por los proyectistas de los textos. Ello no podría hacerse sin tomar en cuenta el contexto jurídico-histórico en que se plantearon, el cual data de más de medio siglo, por lo que sería poco menos que injusto pretender mirar con ojos actuales un trabajo efectuado en otro tiempo.

Por el contrario, desde ahora creo que puede adelantarse que asombra el grado de desarrollo que ya entonces mostraron muchos enfoques. Producto probable, además del nivel de formación de quienes participaron en la redacción de los textos, del manejo de los aportes con que la jurisprudencia venezolana había ido colmando los vacíos normativos en esta área del Derecho Administrativo venezolano, como en tantas otras áreas sustantivas y adjetivas afines.

Pero de eso último se alude con mayor detalle en el siguiente epígrafe, por lo que conviene pasar a este seguidamente.

I. EL PROYECTO BREWER-CARÍAS-MARTÍN-RETORTILLO-RUBIO LLORENTE DE LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE 1965 Y SU INFLUENCIA EN EL TEXTO QUE SE CONVIRTIÓ EN LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (LOPA) EN 1981

Aunque no es el primero, el Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos elaborado en 1965 en el seno del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela constituyó en sí un hito en la evolución del procedimiento administrativo venezolano. Texto redactado por Allan Randolph Brewer-Carías con la participación de Sebastián Martín-Retortillo Baquer y Francisco Rubio Llorente. El segundo, en una estancia académica en Caracas y, el tercero, a la sazón miembro del personal de investigación de la entonces Facultad de Derecho de la UCV, en el Instituto de Estudios Políticos³.

Como afirma Brewer-Carías⁴, y puede comprobarse de la comparación de ambos textos, es ese Proyecto el antecedente directo de la LOPA, al punto de que puede sostenerse que los

JO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo General. Procedimiento y recurso administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: "Tendencias de los procedimientos administrativos en Venezuela". En: Aberastury, P. y H.-J. BLANKE (Coords.): *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Eudeba-Konrad Adenauer Stiftung. Buenos Aires, 2012. pp. 553-568; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: "Los procedimientos administrativos en Venezuela". En: CANÓNICO SARABIA, A.: *Visión actual de los procedimientos administrativos. III Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana-CAJO. Caracas, 2011, pp. 97-155; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Lecciones de Procedimiento Administrativo*. FUNEDA. Caracas, 2012; BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. El procedimiento administrativo*. Volumen IV. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013.

³ Cfr. BREWER-CARÍAS, *El procedimiento...*, pp. 9-11; BREWER-CARÍAS, *40 años...*

⁴ BREWER-CARÍAS, *El procedimiento...*, pp. 9-13.

proyectos posteriores solo se apartan de su texto con cambios puntuales en el articulado. Incluyendo el Proyecto presentado al Parlamento por el Ministerio de Justicia al inicio del período legislativo en el que se sancionó y promulgó lo que terminó siendo el instrumento legal vigente⁵.

En tal razón, y, además, porque luce difícil intentar siquiera determinar el origen de los sucesivos cambios concretos que se fueron dando en el lustro y medio que pasó entre la elaboración del Proyecto y la entrada en vigencia de la Ley, se impone entonces centrar la comparación entre el texto del Proyecto de 1965 y el que fue sancionado en 1981, entrando en vigencia en 1982.

En efecto, ya se señaló que fue determinante la influencia del Proyecto de 1965 en lo que resultó la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981. Tanto en la concepción, estructura y articulado, es claro que la segunda tiene como base el texto del primero⁶. De ello se sigue que su comparación íntegra se justifica, mas ameritaría de un estudio que excede de los límites del planteado en esta oportunidad.

Por otra parte, afirma su coautor que el Proyecto de 1965 no adopta como modelo un texto previo, sino que parte de los lineamientos asentados a la fecha por la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana. No obstante, acota que se tomó en cuenta la hasta entonces única ley procedimental vigente para la fecha en el mundo hispano, a saber, la Ley de Procedimiento Administrativo española de 1958, así como la Ley sobre el Régimen Jurídico de la Administración del Estado, del mismo país. En ese sentido, destaca que los límites impuestos en el Proyecto a la potestad revocatoria de la Administración Pública se basan en el Derecho positivo español⁷. Y lo cierto es que, como se verá, esa regulación permaneció en la Ley venezolana vigente, con ligeros cambios, como casi todo el texto del Proyecto en cuestión.

De tal forma que basta un vistazo panorámico al Proyecto para constatar la similitud del esquema de la Ley vigente con el del primero. En efecto, el texto del Proyecto contiene, en su primer Título de Disposiciones Fundamentales, unas reglas generales sobre el ámbito de aplicación de la Ley, el principio de legalidad en materia de procedimiento, la responsabilidad de los funcionarios en la tramitación de los asuntos y los derechos de los administrados. El capítulo siguiente regula a los actos administrativos en cuanto a su aplicación, límites, clasificaciones, publicidad, régimen de nulidades y alcance general de la autotutela revisora. El capítulo tercero regula los derechos y deberes de los interesados en el procedimiento administrativo.

⁵ Probablemente por ello, en el evento virtual: *40 años...*, frente a un señalamiento doctrinario, Brewer-Carías expresa que, materialmente, los proyectos posteriores son el mismo de 1965. En efecto, la referencia se corresponde con la aseveración atinente a que el texto de la LOPA <<...corresponde a un proyecto presentado a la consideración del Congreso Nacional, por el Ministro de Justicia de Justicia en el año 1978, en el cual se recogieron las ideas generales de los diferentes Proyectos que se habían venido elaborando en ese Ministerio y en la hoy extinguida Comisión de Administración Pública (CAP)>> (RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *Estudio preliminar...*, p. 55). Solo formalmente la afirmación transcrita es cierta, pues requiere de complemento para darle precisión. Todos esos proyectos, como afirma Brewer-Carías y se constata de su lectura, no fueron otra cosa que ligeras variantes que se fueron apartando sucesivamente (a veces para luego volver a aproximarse) en asuntos puntuales, del texto del Proyecto 1965, y tienen su base en ese último. Al respecto: Cfr. INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO: *El procedimiento administrativo*. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. 1980-1981. UCV. Caracas, 1983, pp. 331-436.

⁶ Cfr. BREWER-CARÍAS, *El procedimiento...*, p. 9.

⁷ *Ibidem*, p. 12.

El Título Segundo regula la actividad administrativa, comenzando con unas disposiciones generales principistas. Seguidamente, el capítulo segundo se refiere a la inhibición y recusación como mecanismos de garantía de la objetividad e imparcialidad de los funcionarios administrativos. El capítulo tercero regula los términos y plazos y el cuarto la recepción de documentos por parte de la Administración Pública.

Luego, el Título Tercero establece las pautas de los procedimientos administrativos, comenzando por el procedimiento ordinario, con sus fases de inicio, sustanciación y terminación, en el capítulo primero, y en el segundo, el procedimiento sumario. Seguidamente, el capítulo tercero prevé con detalle el régimen de publicidad de los actos administrativos y, el cuarto, la ejecución de estos.

El Título Cuarto establece la regulación del ejercicio de la potestad de autotutela revisora con detalle (declaración de nulidad de oficio, límites de la potestad revocatoria y corrección de errores materiales y de cálculo), tanto de oficio -capítulo primero- como a solicitud de parte -capítulos segundo-, mediante los recursos administrativos (de reconsideración, jerárquico y de revisión).

Concluye el Proyecto con el Título Cuarto, sobre Disposiciones Transitorias y Finales. Y lo cierto es que, salvo la reubicación de algunos capítulos o secciones, la LOPA de 1981 sigue el mismo esquema⁸.

Dado lo anterior, estas páginas se centrarán en la descripción, no tanto de las semejanzas entre ambos textos, que son innumerables -incluso hay abundantes identidades- sino más en bien en las diferencias. Pero no en todas, sino en algunas que conciernen a la regulación de la garantía del Debido Proceso en diversos aspectos de la actividad administrativa, y, sobre todo, del procedimiento administrativo

Acotado el ámbito de este estudio -quedando claro que no hay pretensiones de exhaustividad- a continuación, se pasa a describir esa regulación que difiere en ambos textos, en lo atinente al tratamiento de diversas manifestaciones de los derechos constitucionales procesales en el régimen general del procedimiento administrativo

II. ALGUNAS DIFERENCIAS EN LA REGULACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN EL PROYECTO DE 1965 CON RESPECTO A LA LOPA

1. *Interdicción de la arbitrariedad (artículo 5 del Proyecto)*

El artículo 5 del Proyecto de 1965 pautaba la sujeción de los actos administrativos a las normas y principios constitucionales, legales y reglamentarios (la referencia a los principios evidencia lo avanzado de la redacción para el estado del Derecho venezolano en la época, entonces apegado al positivismo más clásico). Es decir, además del principio de jerarquía normativa, consagraba el de inderogabilidad singular de los preceptos generales. Este último encontraba mayor desarrollo en el artículo 6, precepto que se mantuvo hasta el texto de la Ley vigente.

Pero, además, el artículo 5 agregaba que, al interpretar y aplicar tales instrumentos normativos, la Administración Pública no podía hacerlo arbitrariamente, sino de acuerdo con los fines señalados en los primeros. Se consagraba así, expresamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad de la actividad administrativa, tanto en la interpretación legal como en la aplicación del ordenamiento jurídico. Desafortunadamente, este precepto no se recogió en el texto legal vigente, lo cual hubiera sido deseable, sobre todo en lo que se refiere a su última parte.

⁸ Véase la obra colectiva ya citada: *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, 5° edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989.

2. *Discrecionalidad (artículo 14 del Proyecto y 12 de la LOPA)*

Los artículos 14 del Proyecto de 1965 y 12 de la LOPA regulan de manera similar el ejercicio de potestades discrecionales de la Administración Pública, en una redacción acorde con el estado de la cuestión en el Derecho Administrativo venezolano de ese entonces⁹. No obstante, en el texto vigente no se mantuvo una frase de la redacción original del artículo 14. A saber, la referencia a que el ejercicio de la potestad discrecional debe estar fundada en normas, principios o apreciaciones de carácter técnico (además de basarse en el resto de las variables que sí se mantuvieron en el texto final del que resultó el artículo 12)¹⁰.

Llama la atención esa supresión, porque la frase contribuía a delimitar mejor el margen de apreciación de la Administración Pública ante una relativa habilitación legal. Hoy en día podría pensarse quizá que la intención fue la de distinguir las variables técnicas, que no son propiamente discrecionalidad, y de allí el rechazo de la mayoría de la doctrina a la “discrecionalidad técnica”. Pero hay dos obstáculos para sostener esa tesis interpretativa. El primero, el contexto histórico, en el sentido de que la depuración de los elementos reglados de la actividad administrativa, incluyendo la variable técnica, no estaba tan consolidada en la doctrina nacional de entonces¹¹.

El segundo, de mayor peso a mi modo de ver, estriba en el hecho de que el precepto se mantuvo bastante similar en lo que se refiere al resto de la redacción original. Esta última alude, tanto a la adecuación al supuesto de hecho como a los fines de la norma, en tanto variables que delimitan el ejercicio de potestades discrecionales. Y hoy en día la doctrina mayoritaria acota que, en estricto rigor, tales elementos no se integran en la discrecionalidad. Antes, al contrario, constituyen parte de los elementos reglados de la actividad administrativa, que requieren de ser desbrozados en el caso concreto para determinar si realmente existe ese verdadero núcleo de libertad de elección para la Administración Pública, entre varias opciones¹². Que es lo que constituye la verdadera discrecionalidad, en términos simples.

⁹ La redacción de la norma tiene su origen en el artículo 2° del Reglamento General de Alimentos de 1959 (G.O. 25.864 del 16/01/59), según señala BREWER-CARÍAS, *40 años...*, lo que se comprueba al leer el trabajo del mismo autor: “Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas”. *Revista de la Facultad de Derecho Núm. 2*. UCAB, Caracas, 1965-66, p. 29. Disponible en línea: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/30.-II.4.30-LOS-LIMITES-AL-PODER-DISC.pdf>.

¹⁰ La norma vigente, a saber, el artículo 12 de la LOPA, tiene la siguiente redacción: <<Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia>>.

¹¹ Véanse, por ejemplo: HERNÁNDEZ RON, José Manuel: “La potestad administrativa discrecional y su ejercicio en el campo del derecho público venezolano”. Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”. En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Vol. 7, No. 1-2. Caracas, 1942, pp. 2-37. Disponible en línea: <https://aveda.org.ve/la-potestad-administrativa-discrecional-y-su-ejercicio-en-el-campo-del-derecho-publico-venezolano/>. Este autor incluye en la discrecionalidad a lo que hoy se consideraría “discrecionalidad técnica” (*Ibidem*, p. 15). Por su parte, BREWER-CARÍAS, *Los límites del poder discrecional...*, pp. 29-30, entendía que la discrecionalidad técnica era judicialmente incontrolable, invocando al efecto la jurisprudencia venezolana y un sector de la doctrina española de la época. Por último, Eloy LARES MARTÍNEZ no aborda el asunto de la discrecionalidad técnica en las diversas ediciones de su *Manual de Derecho Administrativo*.

¹² Véanse, por ejemplo: PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen I. CI-DEP. Caracas, 2021, pp. 610-623; ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo. Parte general*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 114-119; TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel:

Por tanto, no parece que haya sido un manejo más depurado de los conceptos dogmáticos en ese tema la causa de la ya mencionada supresión de lo que contenía el texto de 1965 respecto al de 1981. De hecho, esto parece corroborarse si se considera, además, el añadido posterior. A saber, la alusión al cumplimiento de los trámites, formalidades y requisitos necesarios para que el acto administrativo adquiriera validez y eficacia, que fue el agregado que tiene la redacción en el precepto vigente respecto al texto que le sirvió de base. Frase que poco tiene que ver con la discrecionalidad, puesto que se refiere claramente a elementos reglados del acto administrativo. De hecho, esa parte final del precepto luce superflua y quizá incluso innecesaria, por cuanto cualquier acto administrativo, con elementos discrecionales o no, debe cumplir tales exigencias. Por ende, lo anterior permite sostener que la inclusión de esa parte parece, además, restarle precisión a la redacción original.

En conclusión, no parecen encontrarse razones de peso para justificar el cambio de redacción del precepto, tanto en lo que concierne a la supresión como a la adición de frases.

3. *Publicidad de la organización administrativa (artículo 33 del Proyecto y 33 de la LOPA)*

El artículo 33 del Proyecto regulaba el principio de publicidad de la organización administrativa en lo concerniente a la información al público sobre los fines, competencia y funcionamiento de los diversos órganos y dependencias de la organización administrativa a través de diversos medios de publicidad. El precepto tiene su equivalente en el también artículo 33 de la LOPA, pero hay algunas diferencias. El primero se refiere a la existencia de oficinas de información, publicaciones ilustrativas sobre tramitación de expedientes, diagramas de procedimientos, organigramas, indicación sobre localización de dependencias y horarios de trabajo, entre otros medios adecuados.

La redacción del texto vigente, en cambio, resulta más escueta. Pauta la publicación en la Gaceta Oficial de las normas contentivas de las estructuras, funciones, comunicaciones y jerarquías de las dependencias, para luego referir que se debe informar al público sobre los fines, competencias y funcionamiento de los distintos órganos y servicios. Culmina señalando que se hará saber a los interesados sobre los métodos y procedimientos para la tramitación y consideración del caso.

A primera vista, la regulación es similar. Pero sus consecuencias prácticas no. Y ello se debe, al menos en parte, al hecho de que la LOPA hace énfasis en la publicación de esa información en el medio de divulgación oficial, lo que conlleva a que se haya entendido que basta la publicación de los respectivos reglamentos internos (Reglamentos Orgánicos los llama la legislación venezolana¹³) de los Ministerios y entes públicos, para entenderse cumplida la norma. El deber de informar de manera concreta, y no en un texto legal que solo es consultado por abogados, sino por medios adecuados para el público en general, es inobservado en la mayoría de los casos.

La redacción original en el Proyecto luce pues mucho más detallada, y diremos que necesaria, conociendo la realidad de la Administración Pública de un país subdesarrollado. Por ello, explicita la necesaria existencia de oficinas de información, de avisos con diagramas y organigramas de funcionamiento y organización, de localización de dependencias y horarios

“Las potestades discrecionales de la Administración y su control judicial. Panorama actual en la doctrina Hispanoamericana”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 7-II, homenaje a José Peña Solís. Caracas, 2016, pp. 335-371. <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2016/12/pp.-335-372-TORREALBA-SANCHEZ.pdf>, así como la bibliografía allí citada.

¹³ Artículos 47, 51, 54.7, 64, 67, 78.1, 84 y 84 del Decreto Núm. 1424 del 17/11/14 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. *G.O.* Ext. 6.147 del 17/11/14.

de trabajo. Detalles que, aunque implícitos como deber sobre la base de los principios de publicidad y transparencia administrativas, lucen necesarios para que las paquidérmicas estructuras administrativas de la burocracia venezolana conocieran en detalle a lo que estaban obligadas en este aspecto.

Basta la experiencia de haber tenido que acudir a la sede de algún órgano o ente administrativo para comprobar que, hasta la simple ubicación de la dependencia específicamente competente, suele no resultar fácil. Ni hablar de acceder a la información sobre los trámites y procedimientos a seguir, a las cuales el usuario con suerte solo se entera al lograr acceder a las taquillas de las dependencias correspondientes, o luego de preguntar a algún funcionario o portero que haya tenido la gentil disposición de responder, si es que tiene el mínimo conocimiento.

La parte final del texto del artículo 33 de la Ley vigente, que señala que se informará igualmente a los interesados sobre los métodos y procedimientos en uso en la tramitación o consideración de su caso pudiera entenderse que en parte completa las frases iniciales. No obstante, hay que tomar en cuenta que se refiere solamente a los interesados en sentido estricto, lo que parece indicar que a la información sobre métodos y procedimientos se limitaría a quienes ostentan tal condición legitimadora, y no a cualquier usuario o visitante.

Por supuesto, lo anterior no pretende atribuir al cambio de redacción del artículo 33 las prácticas omisivas *contra legem* de la Administración Pública venezolana, vulneradoras de los principios de publicidad y transparencia administrativas, vicios arraigados en ella por décadas y que, en un régimen como el actual, se han incrementado exponencialmente. No damos valor taumatúrgico a las leyes, mucho menos en el contexto latinoamericano de escasa conciencia cívica de la mayoría de sus habitantes y de aún menor formación para el servicio de casi todos sus funcionarios públicos.

De hecho, las omisiones del texto de la LOPA respecto a su antecedente podría haberse debido a que el redactor final entendió que tales detalles eran innecesarios en un precepto de rango legal, y que, en todo caso, bien podían desarrollarse en normas reglamentarias o incluso en instructivos o circulares. Ello es aceptable técnicamente¹⁴.

¹⁴ Así ocurrió, de hecho. Existe un Reglamento parcial de la LOPA sobre Servicios de Información al Público y Recepción y Entrega de documentos (*G.O.* 36.199 del 06/05/97), cuya inaplicación es generalizada (ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo General...*, p. 177). A los efectos ilustrativos, se transcriben sus artículos 1 y 3: Artículo 1. Los organismos de la Administración Pública Nacional establecerán y mantendrán sistemas de información al público, a los fines de suministrar a los interesados toda la información relacionada con los procedimientos para las tramitaciones administrativas de sus respectivas solicitudes, así como sobre las competencias de sus respectivas dependencias y funcionamiento de sus distintos órganos y servicios. Dichos sistemas de información estarán a la disposición de la ciudadanía a través de una o varias Oficinas de Información al Público en todos los organismos de la Administración Pública Nacional, e igualmente podrán prestarse en cualesquiera otras dependencias de dichos organismos, según lo consideren conveniente. En este último caso, las Oficinas de Información al Público mantendrán un registro de las dependencias que prestarán los diferentes servicios, las materias o trámites que les correspondan y su ubicación. En las respectivas Oficinas de Información al Público o en las dependencias que determinen los organismos, se prestarán igualmente, servicios de recepción y entrega de solicitudes y recaudos, a los fines de su tramitación ante las unidades competentes de cada organismo. Artículo 3. Los organismos de la Administración Pública Nacional suministrarán los servicios de información mediante instrumentos escritos, tales como folletos, guías, trípticos, carteleros, etc., así como podrán difundirla, en la medida de las disponibilidades de cada organismo, a través de los sistemas de información telefónicos u otros servicios de telecomunicaciones de moderna tecnología que puedan tener a su disposición (...).

Y, en todo caso, las insuficiencias legales fueron complementadas en otros instrumentos posteriores, sin que haya habido mayor cambio en la realidad¹⁵.

Pero, en el caso concreto, al menos durante los primeros 20 años de vigencia de la LOPA, cuando había un mínimo de apego a las exigencias del Estado de Derecho por parte de la Administración Pública venezolana -así fuera a regañadientes o como consecuencia de reclamos de la ciudadanía-, quizá el carácter explícito de las normas en este asunto hubieran contribuido a mejorar la situación. Esto es, a promover en alguna oportunidad la corrección de las malas prácticas administrativas en lo que concierne a algo tan básico como dar la información adecuada y oportuna a cualquier usuario, respecto a lo exigido en la práctica para plantear asuntos o requerimientos a los órganos y entes públicos.

4. *Garantía de imparcialidad (objetividad) del funcionario: inhibición y recusación vs. Inhibición (Título II, Capítulo II del Proyecto y Título II, Capítulo II de la LOPA)*

Probablemente, la inhibición y recusación de los funcionarios administrativos constituyen los principales medios con que cuenta el particular para el resguardo de la garantía de la imparcialidad de los funcionarios administrativos. Con más precisión, de la objetividad de estos, dado que la imparcialidad, entendida como la absoluta ausencia de posición de la Administración Pública frente a una relación jurídico-administrativa, es de improbable acaecimiento. Ello, en razón de que -incluso teóricamente- el propio carácter vicarial de la organización administrativa al servicio del interés general de la ciudadanía (consagrada en el caso venezolano en el artículo 141 constitucional)¹⁶, obliga al funcionario a perseguir la solución más acorde con tal cometido.

De tal suerte que, más que la búsqueda de la imparcialidad, lo que debe garantizarse es que los funcionarios administrativos actúen conforme a la finalidad que el ordenamiento jurídico les asigna para el ejercicio de sus potestades. No con propósitos distintos, sean en interés propio o incluso de carácter altruista¹⁷.

Ahora bien, la diferencia sustancial entre la regulación de Proyecto de 1965 y la LOPA en este asunto estriba en que en el primero se contemplaban tanto la inhibición como la recusación del funcionario público como instrumentos para lograr esa objetividad. Esto es, en lo atinente a impedir que los servidores públicos intervengan e influyan en la sustanciación o decisión de asuntos en los que tengan un interés personal.

¹⁵ Véanse por ejemplo los artículos 36 al 43 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, Capítulo III del Título III, significativamente intitulado: La Administración Pública al servicio de los ciudadanos (G.O. Núm. 6.149 Ext. del 18/11/14).

¹⁶ Cfr. sobre este precepto, entre otros: HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 89-94 y 125-135; ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo Constitucional*. Centro para la Integración y el Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, pp. 160-161; GARCÍA SOTO, Carlos: "El carácter servicial de la Administración Pública: el artículo 141 de la Constitución". *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano Núm. 11*. UMA. Caracas, pp. 191-219. <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2018/02/El-caracter-servicial-de-la-administracion-publica-CGS.pdf>; PEÑA SOLÍS, José: "Hacia una definición de Administración Pública desde la perspectiva constitucional, con especial énfasis en su carácter de organización servicial que actúa objetivamente, bajo la dirección del Gobierno". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Núm. 16. Homenaje a Jesús Caballero Ortiz*. Caracas, 2021, pp. 755-781. <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2021/06/RVLJ-16-755-781.pdf>.

¹⁷ La objetividad persigue que el funcionario decida sin favoritismos (ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo General*..., p. 131).

Interés cuya presencia cabe inferir ante el encuadramiento de situaciones fácticas en supuestos jurídicos en los que el conflicto de intereses respecto al caso sometido a conocimiento suele ser ineludible.

En contraste, en la LOPA no se contempla la figura de la recusación, sino solamente de la inhibición¹⁸. Lo que implica que tan importante mecanismo garante de la objetividad del funcionario quedaría solamente para ser invocado por este, quien, precisamente, se encuentra sumido en el dilema surgido del conflicto de intereses entre su situación personal -que, de una u otra manera tiende a predisponerlo- y la búsqueda de la objetividad en la resolución del caso concreto. No hay que dudar de que la inhibición en tales casos es una solución adecuada, pero no suficiente. Y no lo es, porque es solo una de las caras de la moneda.

La recusación es la otra, y, en atención, no solo al principio de objetividad administrativa, sino a la garantía del Debido Proceso, tiene que estar a disposición del interesado. Bien sea porque el funcionario público, incluso de buena fe, no advierte la existencia de la causal de inhibición o no considera que ella sea relevante en la situación particular, o bien se trate de un servidor público que, maliciosamente, no duda en intentar favorecer indebidamente a alguna de las partes involucradas.

Bajo esas premisas conceptuales, la eliminación del artículo 43 del Proyecto, que consagraba el derecho del particular a recusar al funcionario a quien correspondiera decidir un asunto, luce como un injustificado retroceso en la protección de las garantías del particular¹⁹. En todo caso, a nuestro modo de ver, tal eliminación no podía interpretarse como la imposibilidad de ejercer tal derecho, en atención a la existencia de la garantía del Debido Proceso, instituto consustancial a la evolución moderna del Estado de Derecho.

Mucho más si se considera -en el caso venezolano- la cláusula enunciativa de los derechos constitucionales que impide entender que su falta de previsión en la Constitución implica su negación. Y, en todo caso, si ya esa cláusula estaba presente en el artículo 50 de la Constitución de 1961, su reiteración en el artículo 22 de la Carta Magna vigente, así como la explícita consagración de la garantía del Debido Proceso en sede administrativa en el artículo 49 de esta última, determina una interpretación de la LOPA más allá de su literalidad y conforme a la Constitución.

De allí se sigue que -incluso sin entrar en el tema del correspondiente marco convencional, que apuntalaría en el mismo sentido- no puede sino concluirse que la recusación también es procedente en el procedimiento administrativo. Y entendemos que lo era también durante la vigencia de la Constitución de 1961, a pesar de la injustificada omisión legal²⁰.

¹⁸ Olvidando así la "simetría" entre ambos institutos, anverso y reverso de un derecho, el de contar con funcionarios que procedan con objetividad, como señala la exposición de motivos del Proyecto de 1965 (Cfr. BREWER-CARÍAS, *El procedimiento...*, p. 24).

¹⁹ La eliminación no parece fortuita, toda vez que el otro precepto eliminado del Proyecto de 1965 en este capítulo, que por lo demás quedó con muy pocas variaciones, consagraba expresamente la responsabilidad del funcionario que -debiendo haberlo hecho- no se hubiera inhibido (artículo 40). Así pues, a pesar de que tal consecuencia puede derivarse de una interpretación sistemática de las bases constitucionales de la responsabilidad de los funcionarios públicos, da la impresión de que, al menos en este capítulo, los cambios en el texto que terminó siendo la LOPA parecen perseguir la protección de los funcionarios públicos antes que la salvaguarda de los derechos de los interesados. Aunque, se insiste, si esa fue la intención, lo cierto es que una interpretación acorde con los postulados constitucionales permite remontar las supresiones del texto legal vigente y llegar a las mismas soluciones expresamente previstas en el Proyecto en cuestión.

²⁰ En contra: ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo General...*, pp. 218-219. Previamente: RACHADELL, *op. cit.*, p. 105. Disentimos de tales opiniones, pues entendemos que acudir a la

5. *Acceso al expediente y confidencialidad (artículo 65 del Proyecto y 59 de la LOPA)*

El artículo 65 del Proyecto de 1965 regulaba lo relativo al derecho de acceso al expediente administrativo y sus limitaciones, norma que se mantuvo, con algunos cambios en el artículo 59 del texto legal vigente. Comparando ambos, puede decirse que la versión actual precisa la redacción original. En efecto, la primera establece la premisa general que se mantiene, a saber: el derecho de acceso al expediente administrativo, así como a copiar el mismo y a pedir certificación de tales copias.

Luego, el Proyecto de 1965 estableció tres excepciones: 1) Los documentos calificados -motivadamente- como confidenciales; 2) Los documentos cuyo conocimiento confiera al interesado una ventaja ilegítima en perjuicio de tercero; y 3) Los proyectos de resolución y los informes de órganos consultivos y técnicos.

En cambio, en el texto de la LOPA solo persistió la primera excepción, es decir, los documentos confidenciales, los cuales, agrega, serán archivados en cuerpo separado, mientras que el texto del proyecto se refería a que estos se desglosarían y la decisión denegatoria sería motivada.

De tal modo que la redacción el texto vigente parece dar a entender que esa calificación de confidencial y la consiguiente separación física del expediente de tales recaudos son previas o simultáneas a la configuración del expediente, y no reacciones ante la petición de acceso del interesado. De ser así, luce más idónea la solución de la LOPA, en el sentido de que la decisión administrativa se produce luego de una consideración más objetiva y abstracta, y no como consecuencia de la actividad de las partes.

Adicionalmente, la supresión de los otros dos supuestos parece acertada, habida cuenta de que tales limitaciones al derecho de acceso al expediente lucen de discutible justificación. El primero, toda vez que la referencia al surgimiento de “una ventaja ilegítima” es un término jurídico indeterminado, por lo que su inclusión en una norma excepcional es de por sí contraria a una adecuada técnica legislativa. En efecto, se trata de una noción imprecisa y que puede prestarse a excesos interpretativos indeseables. Y, además, por cuanto resulta difícil entender que tal supuesto fáctico configure una justificación para limitar el ejercicio de una manifestación tan trascendente de la garantía del Debido Proceso en sede administrativa.

El segundo, dado que los proyectos de resolución, en tanto sean proyectos, no suelen agregarse al expediente administrativo, ya que no configuran aún la manifestación de voluntad administrativa expresada a través de su órgano-persona u órgano-titular. Y, en el caso de los informes técnicos, no se encuentra razón para que el interesado no pueda tener acceso a ellos. Antes, al contrario, se trata de documentos que pueden influir de forma determinante en la resolución del caso. Por tanto, más bien debe garantizarse su acceso al particular interesado a los efectos de permitirle el cabal ejercicio de sus derechos constitucionales procedimentales.

queja o reclamo del artículo 3° de la LOPA no reemplaza idóneamente el derecho a recusar a un funcionario que se niegue a inhibirse y cuyo rango haga inaplicable la posibilidad de acudir al superior jerárquico solicitando que se ordene su inhibición. Además, respecto a la invocación del principio de celeridad -con independencia de que la aplicación de tal principio no puede hacer automáticamente nugatorias las garantías del particular- cabe señalar que la recusación no era óbice para que el funcionario recusado realizara las actuaciones que no pudieran demorarse por razones de servicio (artículo 44 del Proyecto, frase suprimida en el artículo 40 de la LOPA), como acotaba la Exposición de Motivos del texto de 1965 (*Cfr. BREWER-CARÍAS, El procedimiento...*, p. 24).

6. *Mandato de representación (artículo 26 del Proyecto y 26 de la LOPA)*

Mientras que el artículo 26 del Proyecto de 1965 exigía que el poder para representar en el procedimiento administrativo se otorgase mediante documento público o autenticado, es decir, su presentación ante la autoridad competente para dar fe pública, su equivalente en la LOPA permite también su constitución <<...por simple designación en la petición o recurso...>> ante la propia Administración Pública. Es decir, el mandato de representación puede conferirse directamente, y sin mayor formalidad, conjuntamente con la presentación del escrito contentivo de la petición o recurso correspondiente. Cabe entender, en virtud de los principios de formalismo moderado, celeridad y eficacia, que ello puede acaecer con posterioridad al inicio del procedimiento, en cuyo caso bastará también la consignación de la correspondiente actuación ante la dependencia en la que se está sustanciando el mismo.

Sin duda que, en este asunto, la solución de la LOPA va en mayor consonancia con las características y principios (economía, celeridad, simplicidad, formalismo moderado) del procedimiento administrativo, así como con la facilitación del ejercicio de la garantía del Debido Proceso en sus diversas modalidades. En este caso, el derecho de petición y a ser representado.

7. *Procedimiento ordinario y procedimiento sumario: supuestos de procedencia y caracteres (artículos 51 y 77 al 80 del Proyecto y 47 y 67 al 69 de la LOPA)*

Uno de los aspectos en que más diverge la LOPA de su antecedente es en la diferenciación en los regímenes del procedimiento ordinario y del sumario. No tanto en lo que se refiere a los detalles en la sustanciación del primero, sino más bien en los supuestos de procedencia y caracteres fundamentales de cada uno.

En efecto, el Proyecto de 1965 establecía hipótesis de procedencia distintos para cada procedimiento. Mientras que, en el caso del ordinario, estaba concebido para su aplicación ante el supuesto de que el acto definitivo que lo concluyera pudiera lesionar derechos subjetivos o intereses legítimos (artículo 51), no existe precepto equivalente en la LOPA en cuanto a establecer hipótesis de aplicación del mismo. En su reemplazo, el artículo 47 de la ley vigente solo establece que los procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales se aplicarán con preferencia en las materias que constituyan, precisamente, esa especialidad. Lo que implica que el procedimiento ordinario es, justamente, el ordinario, el usual, en el sentido de que es el que se aplica en todos los supuestos en que no existe procedimiento especial a seguir²¹.

Regresando a la regulación del Proyecto de 1965, su artículo 77 disponía que se emplearía el procedimiento sumario en hipótesis distintas a las reguladas para el ordinario. Por lo que, por argumento a contrario, este último sería el aplicable en el caso de que el asunto a decidir no implicara afectación de derechos o intereses legítimos. Mientras que el artículo 67 de la LOPA, también en correspondencia con la diversa concepción del ámbito del procedi-

²¹ De acuerdo con FARÍAS MATA, Luis Enrique: "El proceso de elaboración de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos". En: *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*. Vol. IV-1980-1981. Instituto de Derecho Público. UCV, Caracas, 1983, p. 293, la explicación del cambio en cuanto al ámbito de procedencia del procedimiento ordinario, en cuanto a cómo estaba concebido en el Proyecto de 1965 y a la forma en que quedó regulado en la LOPA, se habría debido a su iniciativa. Y se justificaría en la dificultad para prever en qué casos un acto administrativo va a afectar derechos o intereses.

miento ordinario en esta, establece que el sumario -por su parte- se aplica ante una hipótesis abierta, esto es: <<...cuando la Administración lo estime conveniente>>²².

Iba más allá la regulación del procedimiento sumario en el Proyecto de 1965. En efecto, su artículo 79 preveía que en él no habría alegaciones ni pruebas por las partes, sin comparecencia ni audiencia de los interesados, sino que esta dependería exclusivamente de la actividad oficiosa de la Administración. La participación de estos solo tendría lugar luego de la sustanciación y antes de la resolución conclusiva del procedimiento, con el fin de que expusieran alegatos y observaciones (artículo 81).

De tal panorama, queda claro que tanto la concepción como los caracteres del procedimiento sumario en el Proyecto de 1965 -salvo si se considera que en el solo se sustanciaran decisiones con efectos estrictamente internos de la organización- resultan de difícil acomodo con la visión contemporánea del procedimiento administrativo a la luz del Debido Proceso. Pero hay que tener en cuenta su contexto temporal dentro del desarrollo del Derecho Administrativo venezolano. En todo caso, esa regulación se abandonó en el texto que terminó siendo la LOPA.

No obstante, a nuestro modo de ver, el régimen vigente del procedimiento sumario -quizá en parte por apartarse del modelo original- no deja de suscitar problemas interpretativos y de aplicación.

En efecto, la referencia a que a ese último procedimiento la Administración Pública acudirá <<cuando lo estime conveniente>>, determina una habilitación genérica y en extremo abierta, otorgando una discrecionalidad quizá innecesaria²³. De hecho, la doctrina ha tenido que precisar que este régimen no es aplicable, entre otros asuntos, ni a los procedimientos iniciados de oficio que requieran sustanciación ni a la materia sancionadora²⁴. Y, aunado a ello, la única regulación adicional en el procedimiento sumario se refiere a la iniciativa probatoria oficiosa de la Administración Pública. Precepto que parece innecesario en tanto tal iniciativa no es exclusiva de este, sino común a todos los procedimientos administrativos. De allí que pudiera considerarse la hipótesis atinente a que la redacción y ubicación del artículo 69 de la LOPA se explica porque la norma quedó como remanente de la supresión parcial del texto del artículo 79 del Proyecto de 1965²⁵.

²² No obstante, en ambas regulaciones se prevé la posibilidad de que la Administración Pública sustanciadora decida -sobrevinidamente y con autorización del superior jerárquico- aplicar el procedimiento ordinario luego de iniciado un procedimiento administrativo sumario, si la complejidad del asunto así lo requiere y previa audiencia de los interesados. Lo que evidencia que el texto del artículo 78 del Proyecto quedó prácticamente inalterado en el artículo 68 de la LOPA.

²³ En similar sentido, FARÍAS MATA, *op. cit.*, pp. 293-294.

²⁴ Cfr. BREWER-CARÍAS, *Tratado...*, p. 604 (aunque parece afirmar lo contrario respecto a la materia sancionadora en: *Ibidem*, pp. 614 y 619).

²⁵ El texto de los preceptos en cuestión permite verlo. Artículo 79 del Proyecto de 1965: En el procedimiento sumario no habrá debates, defensas ni pruebas ofrecidas por las partes, *pero la Administración deberá comprobar de oficio la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento del asunto*. Las pruebas se tramitarán sin señalamiento, comparecencia ni audiencia de los interesados, salvo aquellos a quienes se convocare especialmente, a juicio de la autoridad administrativa (resaltado añadido). Artículo 69 de la LOPA: En el procedimiento sumario la administración deberá comprobar de oficio la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento del asunto.

En todo caso, esa redacción, que otorga un amplio poder discrecional al órgano administrativo para optar entre el procedimiento ordinario o el sumario, parece haber conducido al escaso uso del último²⁶. Ello, si nos atenemos a la poca atención que tanto la doctrina como la jurisprudencia, hasta donde tenemos conocimiento, le ha dispensado al procedimiento administrativo sumario. La primera, desde el punto de vista teórico y dogmático, y la segunda, al pronunciarse sobre controversias surgidas como consecuencia de la aplicación de este²⁷.

8. *Informe jurídico obligatorio (artículo 63 del Proyecto)*

El artículo 63 del Proyecto de 1965 establecía una regla que no pasó a la LOPA vigente. En la sustanciación de todo procedimiento administrativo, de formación del acto o de revisión de este, se requería de la elaboración de un informe por parte de la oficina de asesoría o consultoría jurídica respectiva. Informe que debía presentarse antes de que se dictara el acto administrativo definitivo, solamente dispensado para aquellos procedimientos que consistieran en la simple verificación de datos.

Se trata de lo que entendemos como una sana previsión procedimental, tanto en lo que se refiere a la revisión de la juridicidad del actuar administrativo, en la faceta objetiva del procedimiento, como en lo atinente a la garantía del respeto a los derechos e intereses de los particulares que pudieran resultar afectados, en cuanto al aspecto subjetivo. Y, en eso último, esa garantía se destinaría, entre otros asuntos, a la verificación de que a los interesados que intervinieron en el procedimiento se les respetaron las diversas manifestaciones del debido proceso. No obstante, inexplicablemente hasta donde sabemos, el precepto no se mantuvo en el texto que terminó convirtiéndose en ley.

Lo anterior viene el caso, por cuanto, si bien las dependencias consultivas jurídicas suelen intervenir protagónicamente en la resolución de los recursos administrativos (sobre todo del jerárquico), en ocasiones no son requeridas de forma oportuna en la sustanciación y decisión de otro tipo de procedimientos. Por lo que, en esas oportunidades, la necesidad de un dictamen jurídico previo a la emisión del acto administrativo definitivo luce una previsión normativa conveniente.

9. *Lapso probatorio como regla expresa (artículo 64, primer y segundo apartes, del Proyecto)*

El primer aparte del artículo 64 del Proyecto de 1965 establece una previsión que no se mantuvo en el texto final que se convirtió en Ley. De acuerdo con el precepto, el funcionario sustanciador abriría el correspondiente lapso probatorio a solicitud de parte o de oficio, salvo que ello fuere manifiestamente innecesario. Y, seguidamente, el último aparte regulaba la duración máxima tanto del plazo original como de su eventual prórroga.

La inexistencia de tal precepto o de uno con una redacción equivalente o similar en la LOPA, evidentemente, no implica que ese instrumento legal disponga que en el procedimiento administrativo no ha de tener lugar un lapso probatorio. Máxime, dado que la primera parte del artículo sí se mantuvo, en cuanto al reenvío a las leyes vigente en materia de medios

²⁶ Quizá contribuya a su escasa incidencia práctica su breve lapso, pues debe culminar en 30 días hábiles, plazo que, si se trata de pronunciarse luego una sustanciación en que haya tenido que comprobarse algún hecho o circunstancia distinta a lo que conste en el expediente al inicio del procedimiento, resulta muchas veces irrealizable en los tiempos en que se suele tardar la Administración Pública venezolana.

²⁷ Cfr. ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo general...*, pp. 336-338, quien apenas le dedica un par de páginas en el volumen correspondiente al procedimiento administrativo en su Tratado, al igual que BREWER-CARÍAS, *Tratado...*, pp. 614-615. A su vez, HERNÁNDEZ G., *Lecciones...* y LEAL WILHELM, *op. cit.*, ni siquiera lo refieren.

de prueba a emplear en la sustanciación del procedimiento administrativo ordinario (artículo 64, encabezamiento, del Proyecto y 58 de la LOPA). Esto último permite inferir la aceptación de actividad probatoria oficiosa o a instancia de parte en el procedimiento administrativo. Conclusión obligada-además- a la luz del Debido Proceso y de una de sus manifestaciones básicas, el derecho a probar lo alegado²⁸.

No obstante, la previsión expresa de la obligatoria apertura de lapso probatorio, salvo por manifiesta falta de necesidad, bien porque no haya nada que probar en razón de que se trate de un asunto de mero derecho o bien porque no haya habido controversia sobre los hechos alegados y el funcionario considere que no se requiere inquirir sobre nuevos hechos por no considerarlo relevante o pertinente, parece una sana regla de Buena Administración. Además, como ya se señaló, de resultar lo más acorde con las garantías procesales constitucionales de los interesados, en lugar de dejar innecesariamente -como lo hace la LOPA- un mayor margen de discrecionalidad a la Administración Pública en un asunto de tanta relevancia en la sustanciación del procedimiento.

10. *Vicios de forma y causales de anulabilidad del acto administrativo (artículos 15 y 17 del Proyecto y 20 de la LOPA)*

El régimen de las nulidades absolutas o de pleno derecho y de las relativas o anulabilidades del acto administrativo, delineado en los artículos 15 y 16 del Proyecto de 1965, se mantuvo casi inalterado en los artículos 19 y 20 del texto que terminó convirtiéndose en la LOPA²⁹.

²⁸ Cfr. entre otros: BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph: “La carga de la prueba en el Derecho Administrativo”. *Cuaderno de Trabajo Número 23*. Instituto de Filosofía del Derecho. Universidad del Zulia. Venezuela, 1978, pp. 30-32. Disponible en línea: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.4.100.pdf> y del mismo autor en su *Tratado...*, pp. 320, 408, 447, 472, 616-623, 808-815 y 899; ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo General...*, pp. 191-192 y 277-287; UROSA MAGGI, *op. cit.*, pp. 27-33.

²⁹ Sobre el punto puede verse en la doctrina nacional, además de la bibliografía ya citada, entre otros: MEIER, Henrique: *Teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo*. Segunda edición. Editorial Jurídica Alva, S.R.L. Caracas, 2001; ARAUJO-JUÁREZ, José: *La nulidad del acto administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, s/f; ARAUJO-JUÁREZ, José: “Teoría de las nulidades del acto administrativo”. *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo Núm. 6*. México, 2009, pp. 13-42. Disponible en línea: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/article/view/1409/1310>; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: *Estudio jurisprudencial de las nulidades, potestades de la Administración y poderes del juez en el Derecho Administrativo (1930-2011)*. FUNEDA. Caracas, 2012; AA.VV.: *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Los requisitos y vicios de los actos administrativos*. Caracas, 2000; LEAL WILHELM, Salvador: *Teoría del acto administrativo*. Editores Vadell Hermanos. Caracas-Valencia, 1997; PELLEGRINO PACERA, Cosimina G.: *Motivos de impugnación de los actos administrativos y la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa (Una revisión jurisprudencial a la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2018; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: “Algunas notas sobre los requisitos de validez de los actos administrativos”. En: *Actualización en procedimiento administrativo*. FUNEDA. Caracas, pp. 41-93; URDANETA TROCONIS, Gustavo: “Los motivos de impugnación en la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana en las últimas tres décadas”. En: *Libro Homenaje al Profesor Luis Enrique Fariás Mata*. Colegio de Abogados del Estado Lara. Librería J. Rincón. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, 2006, pp. 109-216; BALASSO TEJERA, Caterina: *Jurisprudencia sobre los actos administrativos (1980-1993)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1998; LINARES BENZO, Gustavo: “¿Incluso por desviación de poder? Los elementos del acto administrativo y sus mitos”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo venezolano Núm. 15*. UMA. Caracas, 2018, pp. 345-380.

Régimen que, como señala el coautor del Proyecto, se inspiró parcialmente en la regulación española entonces vigente, es decir, en la Ley de Procedimientos Administrativos de 1958³⁰.

La regla en ambos textos (Proyecto de 1965 y LOPA) es la siguiente: Las causales de nulidad absoluta o de pleno derecho están expresamente previstas en una enumeración taxativa. Los restantes vicios del acto administrativo, producto de las ausencias o fallas de los otros elementos del acto administrativo, así como los defectos procedimentales en su configuración, solo dan lugar a la nulidad relativa o anulabilidad.

No obstante, hay una disposición que contenía dos preceptos que no quedó en el texto que alcanzó vigencia cuya supresión luce relevante. Se trata del artículo 17 del Proyecto, que consagraba expresamente dos causales de nulidad relativa del acto administrativo como consecuencia de vicios de forma, y no de ausencia o defecto en los elementos esenciales del acto administrativo. A saber: la carencia total de motivación (salvo disposición legal que eximiera del deber de motivar para el caso concreto) y el vicio de forma que produjera indefensión del interesado, afectando su derecho subjetivo o interés legítimo.

El segundo supuesto es similar al contenido en el artículo 48.2 de la Ley española de 1958, aunque esta última lo regulaba en forma más completa, pues estableció la anulabilidad por vulneraciones a las formas procedimentales también en la hipótesis de que tal defecto de forma impidiera que el acto ostentara los elementos formales necesarios para alcanzar su propósito. Es decir, consagró el principio del logro del fin como determinante de una posible anulabilidad del acto administrativo por vulneraciones a requisitos formales³¹. Regla que puede afirmarse que ya forma parte del acervo conceptual de las orientaciones del procedimiento administrativo iberoamericano, y que está recogida además en múltiples ordenamientos³².

En todo caso, la simplificación en que incurre el texto de la LOPA, al omitir cualquier referencia al vicio de forma, puede que facilite la interpretación de su régimen de nulidades. Absolutas, las taxativamente pautadas en las diversas hipótesis del artículo 19, y relativas, todas las demás, producto de los otros vicios de los actos administrativos. Pero prescinde de un importante lineamiento orientador para determinar en qué supuestos un vicio formal determina la anulabilidad de un acto administrativo, y en qué casos no. Omisión que fue suplida por la jurisprudencia y doctrina que analizaron el texto legal en lo relacionado con los vicios o defectos procedimentales en el procedimiento administrativo, postulando la misma solución que aportaba el Proyecto de 1965 complementada con la de la Ley española de 1958.

No sucedió lo mismo con la ausencia de motivación como expresa causal determinante de la nulidad relativa del acto administrativo. Precepto que, además de ostentar originalidad, a mi modo de ver, resulta más satisfactorio como premisa para matizar algunas de las solu-

³⁰ BREWER-CARÍAS, *El procedimiento...*, p. 13.

³¹ Sobre ello puede verse en la doctrina nacional, entre otros: ARAUJO-JUÁREZ, José: "La teoría de la forma y el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública". En: PARRA ARANGUREN, F. y A. RODRÍGUEZ GARCÍA (Edits.): *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela. 20 años de Especialización en Derecho Administrativo* Vol. I. UCV. Caracas, 2001, pp. 53-67; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Estudio jurisprudencial...*, pp. 97-99; MEIER, *Teoría de las nulidades...*, p. 439; URDANETA TROCONIS, *op. cit.*, pp. 183-189.

³² Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan R.: "El procedimiento administrativo en el derecho administrativo comparado Iberoamericano (Estudio de las leyes de procedimiento administrativo)". En: RODRÍGUEZ-ARANA, J. y J. A. MORENO MOLINA (Dirs.): *Código de Leyes de Procedimiento Administrativo en Iberoamérica*. Segunda edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2021, pp. 77-81 y 257-259.

ciones de la teoría de las nulidades del acto administrativo aportadas por la doctrina y jurisprudencia venezolanas, proclives a la tolerancia ante la omisión de la motivación, así como a su convalidación³³. Ello, a pesar de que la exteriorización de los motivos o fundamentos del acto administrativo se conecta íntimamente, entre otras, con la garantía del Debido Proceso³⁴.

Pero no es esta la ocasión para profundizar en ese punto, abordado profusamente además por la doctrina iberoamericana, sino más bien la de destacar que el mantenimiento del artículo en cuestión del Proyecto de 1965 hubiera dado mayor basamento en el Derecho positivo venezolano al tratamiento de los vicios de forma como causales de anulabilidad del acto administrativo. Asunto que tuvo que seguir siendo abordado a partir de las soluciones de la jurisprudencia y doctrina, hilvanadas y desarrolladas aún más a partir de la vigencia de la LOPA³⁵.

11. *Límites de la potestad revocatoria de los actos administrativos (artículo 94 del Proyecto y 82 de la LOPA)*³⁶

En cuanto a la potestad revisora de los actos administrativos por parte de la Administración Pública, sea de oficio o a instancia de los interesados, el Título VI, Capítulo I de la LOPA, intitulado “De la revisión de oficio”, establece las pautas para el ejercicio de la competencia de convalidación de actos anulables (artículo 81), la potestad revocatoria de los actos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos (artículo 82), el reconocimiento de la nulidad absoluta (artículo 83) y la corrección de errores materiales o numéricos (artículo 84).

Esa regulación encuentra su antecedente en el mismo Título y Capítulo del Proyecto de 1965, por lo que resulta evidente que, como en casi todo su articulado, el instrumento legal actual tiene su base en ese antecedente. No obstante, la equivalencia de los textos no es total. En ese sentido, aparte de que el régimen general de la potestad de convalidación no se encontraba expresamente previsto en el texto de 1965 -y pareciera tener su antecedente más bien en la redacción del artículo 53.1 de la Ley española de 1958-, hay otra discrepancia menos notoria pero también importante.

En efecto, en la redacción de los límites de la potestad de revisión oficiosa de los actos administrativos hay discrepancias entre ambos textos. El de 1965 dispone que la Administración Pública, salvo el supuesto de actos administrativos viciados de nulidad absoluta, no podrá anular de oficio sus actos, en la hipótesis de que fuesen declarativos o constitutivos de derechos a favor de particulares y hubieren quedado definitivamente firmes (artículo 94).

³³ Véase, por ejemplo, URDANETA TROCONIS, *op. cit.*, pp. 195-200.

³⁴ Cabe tener en cuenta que: <<...son los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad, legalidad y juridicidad, y tutela judicial efectiva los que exigen la motivación de los actos administrativos, no como simple requisito de forma, sino como expresión de la causa del acto que permite controlarlo en relación con su fin>> (RIVERO YSERN, Enrique: “Prólogo”. En: FERNANDO PABLO, Marcos M.: *La motivación del acto administrativo*. Tecnos. Madrid, 1993, p. 13. Sobre los fines actuales de la motivación en el Derecho Administrativo, pueden verse las consideraciones de ese último en: *Ibidem*, pp. 29-36).

³⁵ Para el caso de la jurisprudencia, pueden verse los precedentes citados en BALASSO TEJERA, *op. cit.*, pp. 738-750 y 791-795 y URDANETA TROCONIS, *op. cit.*, pp. 183-190.

³⁶ Antes de la entrada en vigencia de la LOPA, puede verse: BREWER-CARÍAS, Allan R.: “Comentarios sobre la revocación de los actos administrativos”. *Revista de Derecho Público Núm. 4*. EJV. Caracas, 1980, pp. 27-30.

En cambio, su equivalente parcial, que es el artículo 82 de la LOPA, establece que los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos podrán ser revocados en cualquier momento, de oficio o a solicitud de parte, por la Administración Pública.

El primer cambio entre la redacción original y la que resultó plasmada en la norma vigente es en cuanto a los términos, en el sentido de que la Ley se refiere a revocación y no anulación, lo que quizá contribuyó a que la jurisprudencia nacional, al referirse a los poderes de autotutela, suela limitar el primer verbo (revocar) a la actividad administrativa, mientras que la potestad anulatoria se atribuye al orden judicial³⁷. Lo anterior, a pesar de que hay opiniones doctrinarias en contra que proponen distinguir entre revocación y anulación sobre la base de parámetros similares a los de otros ordenamientos³⁸.

La segunda divergencia estriba en que la LOPA extendió la limitación a tal potestad no solo en caso de afectación de derechos subjetivos sino también de intereses legítimos, conceptos que la doctrina y la jurisprudencia se encargó de esclarecer. El precepto en cuestión es un avance al dotar de mayor uniformidad el régimen jurídico aplicable a los titulares tanto de derechos como de intereses legítimos, tanto en lo que respecta al Proyecto de 1965 como en lo concerniente a la otra fuente, aunque más indirecta, de nuestra legislación procedimental administrativa, a saber: la Ley española de 1958. Aunque esa última había regulado de forma diversa varios aspectos procedimentales del asunto.

La última modificación de fondo se refiere a que el Proyecto aclaraba que tal limitación a la potestad de autotutela revisora solo se configuraba una vez que el acto administrativo adquiriera firmeza. Es decir, solo un acto válido o anulable (no así el nulo, que no genera efecto alguno, al menos en la teoría general del procedimiento administrativo) que no hubiera sido impugnado o cuya impugnación hubiera sido desestimada en sede administrativa o judicial, o en ambas, se convertía en intangible. Y, además, siempre que el mismo no reconociera o generara derechos subjetivos.

Esa referencia a la firmeza del acto administrativo como requisito determinante de la potestad de autotutela revisora era especialmente trascendente, en el sentido de que limitaba - a su vez - el límite, pues el acto generador de situaciones jurídicas favorables a los particulares debía de tener la condición de inimpugnable para ser irrevocable de oficio.

En ese sentido, la supresión de tal exigencia determina entonces que, de acuerdo con el artículo 82 de la LOPA, podría sostenerse la tesis que afirma que bastaría que se dicte un acto administrativo que incida en una relación jurídico-administrativa generando derechos o intereses legítimos en una de las partes, para que, notificado este, sea inmediatamente irrevocable de oficio, salvo que está afectado de algún vicio de nulidad absoluta³⁹. La ventaja para el particular es evidente en cuanto a la ampliación de sus garantías jurídicas frente al proceder de la Administración Pública. Ello, de darse primacía al elemento literal del precepto, mas no ha sido así en la respectiva interpretación jurisprudencial, que ha entendido la firmeza⁴⁰ como

³⁷ Cfr. BALASSO TEJERA, *op. cit.*, pp. 811-819.

³⁸ Cfr. entre otros: ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo General...*, pp. 372-374; RONDÓN DE SANSÓ, *Estudio preliminar...*, pp. 101-102; RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *El procedimiento administrativo y sus actuales tendencias legislativas*. FUNEDA. Caracas, 2011, pp. 90-91.

³⁹ Sobre los lineamientos jurisprudenciales de la potestad revocatoria de la Administración Pública a la luz de este precepto, puede verse: BALASSO TEJERA, *op. cit.* pp. 813-842.

⁴⁰ Inimpugnabilidad tanto en vía administrativa como judicial, por haber transcurrido los plazos legales de caducidad o por no haber prosperado los recursos administrativos ni las pretensiones judiciales. Sobre esa definición en la jurisprudencia (Cfr. *Ibidem*, p. 228).

una condición ínsita e implícita del acto administrativo para que opere su irrevocabilidad en la hipótesis de que haya generado situaciones jurídicas favorables al particular⁴¹. Y también la tendencia doctrinal parece apuntar a una conclusión similar⁴².

12. *Efectos de la notificación defectuosa (artículos 85 y 86 del Proyecto y 74 y 77 de la LOPA)*

También en el tema de las notificaciones de los actos administrativos se evidencia que el régimen vigente (Capítulo IV del Título III) se basa en el Proyecto de 1965 (Capítulo III del Título III). Así, por ejemplo, las notificaciones defectuosas por incompletas. Ello en el sentido de que, de no cumplir con las exigencias del caso -texto íntegro de la resolución y recursos administrativos y judiciales disponibles, con indicación expresa de órganos competentes y plazos de interposición- (artículo 84 del Proyecto y 73 de la LOPA), no producen efecto, en el sentido de no otorgarle eficacia al acto.

No obstante, en ambas regulaciones hay diferencias. La principal, que en el Proyecto de 1965 la notificación defectuosa resulta convalidada con el transcurso del tiempo, a saber, 15 días luego del recibo por el interesado. Mientras que, en el artículo 74 de la Ley vigente, la notificación defectuosa no producirá nunca efecto alguno en cuanto a darle eficacia al acto, pues, en principio, no hay manera de convalidarla. Esta última solución nos parece más proclive a garantizar el derecho a ser notificado que tienen los interesados, como manifestación de la garantía del Debido Proceso⁴³. Y, además, obliga a los funcionarios públicos a ser más cuidadosos al momento de redactar las notificaciones⁴⁴.

Además de ello, hay otra consecuencia de la notificación defectuosa que, aunque regulada de manera similar, en el texto de la LOPA resulta de mayor diafanidad. Ello, en cuanto a que la errada información en la notificación que haya traído como consecuencia una igualmente errónea interposición de los recursos administrativos o de las demandas judiciales en

⁴¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 815-816, 822, 825, 827-828, 831, 838, 841 y 849. No obstante, en ocasiones se ha entendido que para que opere la irrevocabilidad basta que el acto haya causado estado (*Ibidem*, pp. 812-813). Por nuestra parte, pensamos que no es descabellado sostener la tesis atinente a que, habiendo surgido la relación jurídico-administrativa con la vigencia del acto administrativo creador de derechos o intereses, cumplidas las exigencias del respectivo régimen de publicidad, simultánea y correlativamente surgen esos derechos o intereses del particular derivados de tal acto. En tal sentido parece pronunciarse en al menos una oportunidad el máximo tribunal de la República, como puede verse en: *ibidem*, p. 829, Y es que, como se señala en el Derecho Administrativo español, afirmación plenamente aplicable al venezolano: <<...generalmente, la eficacia de un acto administrativo no depende de su firmeza, o de su falta, ni de que agote, o no, la vía administrativa...>> (BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *Lecciones sobre el acto administrativo*. Civitas Ediciones S.L. Madrid, 2002, p. 115). Por consiguiente, se produce desde ya esa situación jurídica favorable que limita la potestad oficiosa de autotutela administrativa revisora, y solo quedaría su potencial ejercicio a instancia de parte ante la interposición de recursos administrativos. Sobre este punto, puede verse, entre otros: ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo General...*, pp. 382-384.

⁴² Cfr. BREWER-CARÍAS, *Comentarios...*, p. 27; BREWER-CARÍAS, *El procedimiento administrativo en el derecho administrativo comparado...*, pp. 242-243; LEAL WILHELM, Salvador: *Teoría del acto administrativo*. Editores Vadell Hermanos. Valencia-Caracas, 1997, p. 95.

⁴³ Cfr. entre otros: BREWER-CARÍAS, Allan R.: *El procedimiento administrativo en el derecho administrativo comparado...*, pp. 165-167; ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo General. Acto y contrato administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, pp. 237-238.

⁴⁴ No es nada inusual encontrar notificaciones administrativas defectuosas en la práctica forense venezolana. En muchos casos, por la omisión de la referencia a las vías judiciales pertinentes, con indicación del órgano competente y de los lapsos correspondientes para interponer la demanda. Asunto cuya complejidad no suele ser dominada por el funcionario, quien se limitará a señalar genéricamente que la vía judicial está disponible, incurriendo así en una notificación defectuosa.

cuanto a órgano competente o plazo, no debe perjudicar al interesado. Lo cual, como se destacó décadas después en pronunciamientos judiciales, se relaciona también con el principio de confianza legítima⁴⁵.

En ese sentido, el artículo 86 del Proyecto de 1965 señalaba que, ante una notificación defectuosa en la indicación de la vía o plazo correspondiente, el interesado podrá interponer el recurso pertinente, cuyo lapso para presentarlo se contará a partir de la resolución o sentencia del recurso erróneamente planteado, en caso de declararse la incompetencia del órgano o la extemporaneidad del recurso.

En cambio, el artículo 77 de la LOPA establece una solución que luce más efectiva. Si sobre la base de información errónea contenida en una notificación defectuosa se hubiere incoado algún procedimiento improcedente, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta para determinar la caducidad de los plazos correspondientes para interponer la vía administrativa o judicial adecuada. Con lo cual, el interesado no tiene que esperar a que se dicte una resolución o sentencia definitiva desestimando su impugnación para volver a plantearla, esta vez, ante los órganos competentes y dentro de los plazos legalmente aplicables. Esa última era la solución aportada por el Proyecto.

No obstante, hay una norma del Proyecto de 1965 en este tema que consideramos que debió mantenerse. A saber, el artículo 82 *in fine*, que expresamente señala que la publicidad (notificación o publicación según el caso) del acto administrativo es requisito necesario para su eficacia. Premisa expresa que, dada su ausencia en la LOPA, debe el intérprete derivarla de una interpretación concatenada y sistemática de sus preceptos⁴⁶.

Pero, además, el referido aparte único señalaba que el conocimiento del interesado suple la falta de notificación. Conclusión lógica, dado que produce el mismo efecto que la publicidad, que no es otro que informar al interesado del acto administrativo, permitiendo el avance a las subsecuentes fases del procedimiento administrativo sobre la base de los principios de celeridad y del logro del fin. Se trata, pues, de las llamadas “notificaciones tácitas”, que consisten en entender que el acto administrativo ha adquirido eficacia si el interesado ejerce adecuada y oportunamente las correspondientes defensas en sede administrativa o judicial, dado que se trata de la convalidación por actividad de parte de una omisión formal que debe interpretarse a favor del particular, y no en su contra⁴⁷.

13. *Garantía frente a la inactividad administrativa formal: el silencio administrativo negativo en procedimientos constitutivos y de revisión (artículos 70, 106 y 110 del Proyecto y 4 y 92 al 93 de la LOPA)*

También la regulación del silencio administrativo negativo en la legislación actual encuentra su antecedente en el Proyecto de 1965. Este lo regula, en lo que se refiere a las solicitudes que se tramitan en procedimientos administrativos de primer grado, en el artículo 70. Y, en lo que respecta a los procedimientos administrativos de segundo grado, específicamente los recursos administrativos, en los artículos 106 y 110.

Los equivalentes de tales preceptos se encuentran en la LOPA en los artículos 4, 92 y 93. En el caso del silencio administrativo negativo en la sustanciación de los recursos de

⁴⁵ Sentencia de la Sala Electoral del TSJ Núm. 98 del 08/01/01. Véanse los comentarios de: COLMAN, Edward: *La protección de la confianza legítima en el Derecho español y venezolano: Rasgos generales y aplicación a dos supuestos de la actividad administrativa*. FUNEDA. Caracas, 2011, pp. 55-60.

⁴⁶ En la jurisprudencia puede verse: BALASSO TEJERA, *op. cit.*, pp. 555-580.

⁴⁷ En la jurisprudencia venezolana, de nuevo puede verse: *Ibidem*, pp. 587-589 y 596-597.

reconsideración y jerárquico, aunque la redacción de los preceptos no es la misma, los efectos son relativamente similares. Interpuestos los recursos y habiendo transcurrido los correspondientes plazos para decidir sin que haya pronunciamiento, se entienden denegados y queda abierta la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

No obstante, el Proyecto de 1965 explicitaba que al dictarse una resolución definitiva debía ir acompañada de la correspondiente notificación al interesado dentro del lapso legal, en el caso del recurso jerárquico, en su artículo 106. Lo mismo hacía el artículo 110 *eiusdem* respecto al recurso de reconsideración.

En cambio, los artículos 92 y 93 de la LOPA no resultan tan explícitos, pues se limitan a señalar, dentro de las hipótesis para poder acudir a la vía judicial, que haya transcurrido el plazo para decidir (artículo 92) o que no se haya producido la decisión respecto a los recursos administrativos en los correspondientes plazos (artículo 93), lo que en realidad es la misma hipótesis redactada de forma distinta. Y, además, no aluden a la notificación del acto como requisito que debe cumplirse en los plazos para decidir.

La redacción de las normas actuales podría dar a entender que bastaría con que el acto se dicte oportunamente para que no opere el silencio administrativo negativo, más allá de que la decisión expresa solo producirá los otros efectos que correspondan una vez sea notificada o publicada según el caso. Ello, en atención a la regla de que es el cumplimiento de la exigencia de publicidad la que da eficacia al acto administrativo⁴⁸. Es un punto que podría haber generado controversia.

La otra diferenciación en este asunto entre el Proyecto de 1965 y la LOPA se encuentra en la regulación general del silencio administrativo.

En efecto, el artículo 70 del Proyecto, ubicado en la sección cuarta: terminación del procedimiento, del Capítulo I del Título III, del procedimiento administrativo ordinario, dispone que si la Administración Pública no resuelve las solicitudes formuladas por los particulares dentro de los plazos y prórrogas legales, tales peticiones se entenderán negadas y el interesado podrá ejercer los recursos pertinentes.

El equivalente a esta norma se encuentra en el artículo 4 de la LOPA, que establece que, en la hipótesis de que la Administración Pública no resuelva un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario.

Aunque la redacción no es idéntica, a nuestro modo de ver el sentido de ambos preceptos es similar. A saber, ante la inactividad administrativa formal, se considera, únicamente en lo que se refiere a que se puedan intentar las vías impugnatorias administrativas o judiciales, que el órgano administrativo que incurre en ella al dejar de pronunciarse respecto a una solicitud dentro de los plazos legales dio una respuesta negativa. Pero, se insiste, estrictamente a los efectos procedimentales y procesales, por lo que el silencio administrativo se concibe como una ficción a tales fines, y debe ser entendido como una garantía para el particular. Así lo ha entendido la jurisprudencia y la doctrina⁴⁹, aunque siempre hay asuntos que generan controversia o que son susceptibles de replanteamiento y revisión.

⁴⁸ Para el caso español, se señala que la demora en la notificación de una decisión expresa produciría -en puridad y más allá de las matizaciones jurisprudenciales- la producción de los efectos propios del silencio administrativo negativo (Cfr. BOCANEGRA SIERRA, *op. cit.*, p. 114).

⁴⁹ Véase TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General)*. Segunda edición. Editorial Texto. Caracas, 2007, pp. 186-194, así como la bibliografía allí citada. También: ARAUJO JUÁREZ, *Derecho Administrativo General. Procedimiento...*, pp. 454-467.

La discrepancia entre ambos textos es que la ubicación de la norma en el Proyecto de 1965, sobre la base del elemento topográfico, da a entender que ese silencio administrativo negativo solo es aplicable en el ámbito del procedimiento administrativo ordinario, mientras que el silencio administrativo en la LOPA, al estar el artículo 4 situado en el Capítulo I del Título I (Disposiciones generales), apunta a que tiene un ámbito de aplicación más extenso. Así, por ejemplo, en el caso de las solicitudes que no requieren sustanciación a que se refiere el artículo 5 *eiusdem*, precepto que no encuentra antecedente en el Proyecto. Y quizá ese ámbito de aplicación más extenso ha originado en parte las discusiones respecto a la utilidad del silencio administrativo en algunos tipos de procedimientos administrativos⁵⁰.

14. *Configuración de la vía administrativa: recurso de reconsideración o recurso jerárquico vs. Recurso de reconsideración y recurso jerárquico (artículos 101 y 107 del Proyecto y 92 al 96 de la LOPA)*

El artículo 101 del proyecto de 1965 dispuso, como regla general, la procedencia de la interposición del recurso administrativo jerárquico frente a todo acto administrativo dictado por un órgano administrativo subalterno que no pusiera fin a la vía administrativa, en caso de que el interesado optara por su impugnación. Y esos órganos subalternos eran, según la redacción del precepto, los Directores Generales de los ministerios, así como los titulares de los órganos a su vez subalternos de estos. Recurso que se interpondría ante el mismo órgano que hubiera dictado el acto o ante su superior, pero que sería sustanciado y decidido por el superior inmediato (artículo 104 *eiusdem*).

El ejercicio de ese recurso y su resolución, de forma expresa o mediante la invocación de los efectos del silencio administrativo negativo en caso de que no fuera resuelto oportunamente, agotaba la vía administrativa. Es decir, permitía obtener un acto que “causara estado” a los fines de su cuestionamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 102 y 106 *eiusdem*).

A su vez, el artículo 107 preveía el recurso de reconsideración. Este podía intentarse (según la exposición de motivos era optativo y así parece indicarlo la redacción del precepto)⁵¹ frente a los actos respecto a los que no procediera el recurso jerárquico. Es decir, por exclusión, tenía por objeto toda resolución administrativa que no fuera dictada por un órgano subalterno de los mencionados en el artículo 101, o bien, que pusiera fin a la vía administrativa.

⁵⁰ Véanse, entre otros: ORTIZ ÁLVAREZ, Luis A.: *El silencio administrativo en el Derecho Venezolano*. Editorial Sherwood. Caracas, 2000, pp. 82-95; UROSA MAGGI, Daniela y José Ignacio Hernández G.: “*Vicisitudes del silencio administrativo de efectos negativos en el Derecho venezolano*”. En: *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo. Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. FUNEDA. Caracas, 2010, pp. 719-746; UROSA MAGGI, Daniela: “Propuestas para la reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: replanteamiento de las normas reguladoras del llamado silencio administrativo”. *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Número Especial II Jornadas de Derecho Administrativo “José Araujo Juárez”*. Caracas, 2017, pp. 119-124. http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/Publicaciones/Boletin%20Derecho%20Administrativo/009%20-%20Silencio%20administrativo...%20Urosa%20BEDA%20ESPECIAL%20JAJ.pdf.

⁵¹ Señala la exposición de motivos que el recurso de reconsideración, además de ser optativo, procede respecto a decisiones que pongan fin a la vía administrativa (BREWER-CARIAS, *El procedimiento...*, pp. 32-33)

Por argumento a contrario, el recurso de reconsideración básicamente procedía frente a los actos dictados por los Ministros en el caso del nivel nacional de la Administración Central, o por otros órganos administrativos que no tuvieran superior jerárquico o cuya decisión agotara la vía administrativa por mandato legal expreso⁵².

Agotado el recurso de reconsideración o el jerárquico, según los supuestos de procedencia de cada uno, quedaba abierta la vía contencioso-administrativa (artículo 106 y 110 *eiusdem*).

En contraste, la LOPA establece la *necesaria interposición sucesiva de los dos recursos*, reconsideración y jerárquico (artículos 92 y 93), como regla general, salvo que el acto a recurrir hubiera sido dictado por un Ministro o no resulte susceptible de revisión en vía administrativa por así disponerlo norma legal expresa. En la primera hipótesis, el recurso de reconsideración se considera optativo.

Por tanto, en el sistema legal instaurado a partir de la entrada en vigencia de ese instrumento legal en 1982, la vía administrativa estaba integrada, en caso de que las peticiones del particular no fueran acogidas, por *la preceptiva y sucesiva tramitación de dos recursos administrativos que debían ser interpuestos y resueltos*, bien expresamente o bien mediante la consumación de la ficción del silencio administrativo negativo. Solo luego de ello podía acudir a las instancias judiciales

De tal forma, que, hasta la eliminación de la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa como requisito previo al acceso a la vía judicial -que se produjo de forma por demás discutible mediante decisiones judiciales, y luego por un medio usual, a saber, a través de norma legal expresa⁵³, para poder ejercer el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva ante la Justicia Administrativa, como regla general, había que interponer:

Primero, el recurso de reconsideración ante el mismo órgano que había dictado el acto definitivo en el procedimiento administrativo de primer grado (artículo 94 de la LOPA), así como esperar su resolución.

En caso de que esta fuera desestimatoria o no se dictara oportunamente, decidir si invocar o no los efectos de la figura del silencio administrativo negativo. Y segundo: hacer lo propio pero esta vez respecto al recurso jerárquico ante la instancia administrativa superior del órgano (artículo 95 *eiusdem*)⁵⁴.

⁵² Cabe inferir que, de acuerdo con la evolución de las estructuras organizativas de los diversos niveles de las Administraciones Públicas, la norma comentada, concebida en 1965 para su aplicación directa a la Administración Pública Nacional Central y supletoria respecto la descentralizada funcionalmente, con posterioridad habría tenido que sufrir cambios para mantener su adecuación y precisión.

⁵³ La derogación de la condición suspensiva originalmente establecida en una disposición transitoria para la entrada en vigencia del artículo 7.9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que se produjo con la reforma de tal ley (Decreto Núm. 6.217 del 15/07/08 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, *G.O.* Extraordinaria Núm. 5.890 del 31/07/08).

⁵⁴ *Cfr.* sobre este tema, entre otros: ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo General. Procedimiento...*, pp. 400-448; TROCONIS TORRES, Andrés: “Los recursos administrativos (LOPA). Tratamiento legislativo y jurisprudencial”. En: *Actualización en procedimiento administrativo*. FUNEDA. Caracas, 2007, pp. 151-154.

Lo anterior, además, obviando la posibilidad de tener que agotar, en ciertos supuestos, un tercer recurso, el conocido como “jerárquico impropio”⁵⁵, en la hipótesis de actos administrativos dictados por los entes públicos con la personificación más usual empleada en la descentralización funcional (los Institutos Autónomos, artículo 96 *eiusdem*)⁵⁶.

Esas eran, pues, las reglas generales. A saber, verse obligado a interponer acumulativamente dos recursos -y a veces tres-, en caso de que la Administración Pública decidiera no modificar su previa decisión dictada en el procedimiento de primer grado o de formación del acto administrativo, salvo disposición en contrario en alguna norma especial.

Por tanto, la polémica surgida en su momento respecto a la constitucionalidad de tal diseño legal, a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, que imponía preceptivamente que el acto administrativo hubiera “causado estado” antes de poder hacer uso de los medios de defensa judiciales ordinarios frente a él, se planteó con especial necesidad en el caso del Derecho Administrativo venezolano⁵⁷.

Cabe preguntarse entonces cómo hubiera tenido lugar la evolución doctrinal y legal de esa polémica, de haberse mantenido el diseño legal alterno que contenía el Proyecto de 1965. Diseño que imponía menos requisitos al particular para agotar la vía administrativa, al establecer el necesario agotamiento únicamente del recurso jerárquico si este procedía, así como permitir la interposición facultativa del recurso de reconsideración -no de dos recursos, y mucho menos de tres en algunas hipótesis, como regula la LOPA-. Y que, por tanto, permitía un más fácil y menos engorroso acceso a las instancias jurisdiccionales por su mayor sencillez y celeridad⁵⁸. Pero ya es un asunto superado.

⁵⁵ Denominación polémica en la doctrina (Cfr. por ejemplo: ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo General. Procedimiento...*, p. 448).

⁵⁶ Sobre este asunto puede verse, entre otros: CABALLERO ORTIZ, Jesús: “El recurso jerárquico impropio en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. En: *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Vol. IV-1980-1981*. Instituto de Derecho Público. UCV. Caracas, 1983, pp. 157-177; CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: “El redimensionamiento del recurso jerárquico impropio en Venezuela”. En: PARRA ARANGUREN, F. (Edit.): *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002, pp. 413-436, FARÍAS MATA, *op. cit.*, p. 295.

⁵⁷ Cfr. entre otros: TORREALBA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 222-233, así como la bibliografía allí citada. Más recientemente: TROCONIS TORRES, *op. cit.*, pp. 95-131; PELLEGRINO PACERA, Cosimina G.: “La regulación general de los recursos administrativos en el sistema venezolano”. En: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. (Coord.): *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. Tomo II. Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 1.046-1.050; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Los procedimientos...*, 122-124; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Tendencias...*, pp. 566-567; HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso: “¿Se justifican los recursos administrativos previstos en la legislación venezolana? Una aproximación al problema desde la metodología de costos y beneficios”. En: HERNÁNDEZ, J.I. (Coord.): *Libro Homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 291-308.

⁵⁸ Incluso, hay propuestas doctrinales que plantean, de *lege ferenda*, como medio de simplificar la vía administrativa recursiva, el establecimiento de uno, y no dos, recursos administrativos (ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo General. Procedimiento...*, p. 415), de forma similar a las previsiones del Proyecto de 1965. Véase también: CANÓNICO SARABIA, Alejandro: “Propuesta de modificación de la Ley de procedimientos administrativos con relación a la revisión de los actos administrativos”. *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Número Especial II Jornadas de Derecho Administrativo “José Araujo Juárez”*. Caracas, 2017, pp. 100-116. http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/Publicaciones/

CONSIDERACIONES FINALES

Al contrario de lo que parece apuntar un sector de la doctrina⁵⁹, el ejercicio comparativo realizado en estas páginas evidencia la evolución y tendencia del Derecho Administrativo, y dentro de él, del Derecho Administrativo Formal, desde hace más de medio siglo en nuestro país. Disciplina destinada a encauzar el ejercicio de la función administrativa y de la relación jurídico-administrativa en el principio de juridicidad, así como a facilitar mayores cotas de eficacia y eficiencia por parte del actuar de la Administración. Pero, también, a dotar a la persona de medios de más y mejores garantías de sus derechos e intereses frente a esa misma Administración Pública. En ese sentido, la iniciativa de elaborar un texto que llegó a ser un Proyecto de ley procedimental administrativa, y que, ulteriormente, sirvió de base a la aún vigente Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, comprueba el estadio de desarrollo alcanzado desde una época no tan reciente por nuestro objeto de estudio.

Tal propuesta se nutrió, en primer término, de la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana del siglo pasado, como señala uno de sus coautores. Pero también se enmarcó en las mejores concepciones doctrinales de la época, así como tomó en cuenta el para entonces único instrumento legal que regulaba la materia en el contexto iberoamericano, a saber, la Ley de Procedimientos Administrativos española de 1958. De allí que su resultado no podía ser otro que el de combinar de forma adecuada -tomando en cuenta su marco histórico- el régimen formal de la actividad administrativa procedimental con la salvaguarda de la esfera jurídica del particular que interviene o resulta afectado en esta⁶⁰.

Muestra de ello, los resultados obtenidos en esta comparación del texto original del Proyecto de 1965 con la ley vigente desde 1982, en lo que se refiere a la regulación de diversas manifestaciones de la garantía del Debido Proceso en sede administrativa. En algunos casos, luciendo más idóneo el modelo original que su resultado evolutivo, y en otros, al contrario, sin que ello implique un juicio de valor abstracto y conclusivo. Y no podía ser de otra manera, pues, tanto las posiciones doctrinarias, como las propuestas normativas y los criterios jurisprudenciales, deben verse bajo el prisma del contexto en que surgieron.

Contrasta, en todo caso, tanto la iniciativa originaria como su producto final, en lo que concierne al régimen general del procedimiento administrativo venezolano. Ello, si se le compara con la desafortunada involución que ha sufrido nuestro Derecho Administrativo en su aplicación práctica en las últimas dos décadas, no así en sus concepciones teóricas ni en sus estudios doctrinales.

Por ende, quedará, tanto el texto de la propuesta de 1965 como el de la Ley vigente, entre los muchos testimonios del avance que alcanzó el Derecho Administrativo Venezolano en la segunda mitad del siglo XX. Y, a su vez, como insumo a tomar en cuenta cuando llegue el momento de recuperar y proseguir la senda de mejora y puesta al día del ordenamiento jurídico-administrativo en nuestro medio, para lo cual habrá de contarse con un Estado de Derecho. Ojalá que la reseña de estos textos en clave comparativa que se intentó realizar en estas páginas pueda contribuir, siquiera mínimamente, con tales propósitos.

Boletín%20Derecho%20Administrativo/008%20-%20Revision%20de%20los%20Actos%20Administrativos...%20Canónico%20BEDA%20ESPECIAL.pdf.

⁵⁹ HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso: “Bases filosóficas del estudio y la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela (1909-2009)”. En: AA.VV.: *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela*. Universidad Central de Venezuela-Centro de Estudios de Derecho Público de la UMA-FUNEDA. Caracas, 2011, pp. 55-96.

⁶⁰ Pueden verse, además, las referencias en la exposición de motivos del Proyecto de 1965 en BREWER-CARÍAS, *El procedimiento...*, pp. 18-19. Curiosamente, ese texto es precursor en emplear el término: “buena administración”.

Bicentenario del Discurso de Angostura de Simón Bolívar. Un análisis histórico, jurídico y político. Lección magistral

Hermann Petzold-Pernía**

Profesor de la Universidad del Zulia

“...una ley fundamental no debe ser sospechada siquiera, como la mujer de César; la integridad debe ser su primer atributo; sin esto es un espantajo ridículo, o más bien el símbolo del odio”.

(Simón Bolívar)

Resumen: *En el presente trabajo se hace un análisis tanto del llamado, en la historiografía patria, Discurso de Angostura, como de la organización de los Poderes Públicos establecida en el proyecto de Constitución presentado por el Libertador Simón Bolívar a consideración del “Segundo Congreso Nacional de Venezuela”, reunido en Angostura (1819), poniendo especial énfasis en el estudio del Senado hereditario y el Poder Moral propuestos por Bolívar en dicho proyecto constitucional.*

Palabras Clave: *Constitución, Poderes Públicos, Senado hereditario, Poder Moral.*

Abstract: *In this work, an analysis is made of both the so-called “” Discurso de Angostura in the national historiography, as well as the organization of the Public Powers established in the draft Constitution presented by the Liberator Simón Bolívar for consideration by the “Second National Congress of Venezuela”, meeting in Angostura (1819), placing special emphasis on the study of the hereditary Senate and the Moral Power proposed by Bolívar in said constitutional project.*

Key words: *Constitution; Public Powers; Hereditary Senate; Moral Power.*

INTRODUCCIÓN

Hace más de cuatro décadas iniciaba una ponencia, presentada en el *X Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política* (Edimburgo, 16-21 de agosto de 1976), diciendo que: “El hecho de que Venezuela haya tenido hasta hoy -...-, desde 1830, veintitrés constituciones, casi todas con una vigencia breve o efímera, revela la grave ausencia de una tradición constitucional firme y dilatada”¹.

* Lección Magistral pronunciada en su condición de Individuo de Número tanto de la Academia de Historia como de la Academia de Ciencias Jurídicas, ambas del estado Zulia (Venezuela), el día 15 de febrero de 2019, en una sala anexa del Aula Magna de la Universidad Rafael Urdaneta, en Maracaibo (Venezuela).

** Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela. 15 de febrero de 2019.

¹ PETZOLD PERNÍA, Hermann; *Constitución y Ciencia Política*. Cuaderno de trabajo N° 17. Maracaibo, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho-LUZ-Facultad de Derecho, 1976; p. 7.

Posteriormente, habiendo transcurrido 17 años, y acaecido hechos tales como el cruento conato de insurrección popular del 27 y 28 de febrero de 1989 y los dos frustrados golpes de Estado del 4 de febrero y del 27 de noviembre de 1992 (siendo uno de los líderes del primero, quien luego fuera Presidente de la República), en marzo de 1993, afirmé: “Estoy convencido que, como el sistema político está irremediablemente colapsado, pues han fracasado estrepitosamente los diversos intentos de reactivarlo, mediante la frustrada revisión constitucional (...), y algunos cambios políticos, jurídicos y económicos de menor importancia, estamos frente a un cadáver insepulto que, si no es inhumado rápidamente, contaminará la sociedad civil, provocando la *septicemia* del cuerpo social, es decir, la guerra civil”.²

Luego, en noviembre de ese mismo año, volví sobre el tema y escribí “que la crisis nacional -que no es simple y llanamente la crisis de legitimidad de un gobierno determinado... -, es la crisis de todo el sistema político, jurídico, económico y social nacido a raíz de los acontecimientos que culminaron el 23 de enero de 1958, pero cuyos antecedentes histórico-sociales se remontan, aproximadamente, a más de un siglo atrás, a las postrimerías de la llamada *guerra o revolución federal*”³. Y, más adelante, agregaba que “dicho sistema, próximo a desaparecer se ha caracterizado: 1° por sustituir la vigencia de los derechos económicos y sociales, por el populismo y la campante y generalizada “corrupción administrativa” que, alimentados por los ingentes ingresos económicos generados por la industria petrolera, casi han logrado hacer de Venezuela, una nación de mendicantes, cuyo Estado dada la exorbitante deuda externa inconstitucionalmente contraída, ha perdido parcialmente su soberanía e independencia; 2° por la aplicación de un sistema electoral elaborado para analfabetas, que convirtió a los derechos políticos, constitucionalmente previstos, en el fundamento formal de una caricatura de democracia política, y 3° por un respeto de las libertades individuales limitado solamente a las de aquellos que se encuentran en una condición social o económica privilegiada”⁴.

Ahora bien, hoy en día, es evidente que, en Venezuela, existe una diferente relación de subordinación gobernantes-gobernados, y que los dos partidos políticos (Acción Democrática y el social-cristiano COPEI) que, hegemónicamente, dominaron la escena política del país, desde los primeros meses de 1958 hasta diciembre de 1998, fueron sustituidos en el control del poder público por un nuevo partido político (que se llamó primero Movimiento V República y, luego, Partido Socialista Unido de Venezuela), cuyo líder indiscutido fuera Hugo Chávez, Jefe del Estado desde 1999 hasta su deceso en 2014.

Empero, aunque también es patente que el régimen político-constitucional existente desde 1958 a 1999 yace en la tumba de la historia, es necesario señalar que al observar los debates en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente (A.N.C.), que sesionó, a partir del 3 de agosto de 1999, y elaboró, en el transcurso del segundo semestre de ese año, una nueva Carta Magna para nuestro país, y verificar los resultados plasmados u objetivados en los 350 artículos, una disposición derogatoria, 18 disposiciones transitorias y una disposición final que integran esa nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada en el *referendum* celebrado el 15 de diciembre de 1999 (con la participación solamente del 45,

² PETZOLD-PERNÍA, Hermann; Legitimidad, conflicto social y derecho (O la crisis de la legitimidad del sistema político venezolano). (Ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Estudiantes de Derecho, Universidad de Carabobo, Valencia, 21 al 27 de marzo de 1993), en la Revista de la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1994; N° 11, p. 463.

³ PETZOLD-PERNÍA, Hermann; Venezuela: ¿Una democracia? Problemas y perspectivas de un sistema político. (Ponencia presentada en el III Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Valencia, 2, 3 y 4 de noviembre de 1993), en la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1995; N° 94, p. 426.

⁴ *Ibidem*; pp. 426-427.

26 % del electorado, pero con el sufragio del 71,37 % de los votantes, lo que significa que mucho menos de la mitad de las personas con derecho al voto la aprobaron⁵), y los llamados actos constituyentes de la A.N.C., dictados antes o después de la promulgación, el 30 de diciembre de 1999, de dicha Constitución, pareciera que, antes de ser inhumado, el antiguo sistema político fue clonado por los nuevos (aunque en cierto sentido, viejos) detentadores oficiales y extraoficiales o fácticos del poder público en Venezuela. Esta última observación pretende ser una explicación con la cual aspiro ayudar a hacer inteligibles ciertos hechos, tales como que, por una parte, en el seno de la referida A.N.C., se haya elaborado y aprobado un proyecto constitucional, en gran medida, desfasado tanto con relación a la realidad política, económica y social del país como con referencia a las relaciones internacionales de índole económica, financiera y tecnológica que caracterizan al globalizado mundo actual, y contenido de normas intrínsecamente redundantes, confusas o contradictorias (intra o extrasistemáticamente).

Valga decir, que el actual régimen político inicuo, tiene su fundamento, formalmente, en las normas de la Constitución de la República, promulgada en diciembre de 1999, que, para emplear las palabras del Libertador Simón Bolívar, es “un libro que no habla con nadie, que llaman constitución”⁶, y, por tanto, durante casi 19 años (hoy 23), el referido régimen político ha tenido un funcionamiento que en la práctica ha sido diametralmente opuesto, en buena parte, a dichas normas constitucionales e hizo que éstas, y, en especial las relativas a los derechos humanos fundamentales, no fueran más que *normas-fachada*, que en vez de contribuir a eliminar algunas de las flagrantes desigualdades sociales y jurídicas existentes en Venezuela, no han servido más que para disimular o camuflar ante la opinión pública internacional y hasta nacional, graves violaciones a la dignidad humana de los habitantes de nuestra patria. En la actualidad, nos encontramos ante un texto constitucional (supuestamente inspirado, al menos parcialmente, en las ideas constitucionales de Simón Bolívar), que, aunque esta formalmente en vigencia, algunas de sus disposiciones han sido palmariamente obviadas o flagrantemente infringidas por los actuales detentadores oficiales del poder público. Y ello con el aval, es triste decirlo, de la Sala Constitucional del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, cuyos magistrados, como es del conocimiento tanto de la opinión pública nacional como internacional, fueron designados en la medida que garantizaran su personal y plena adhesión al supuesto “proceso revolucionario” y, sobre todo, a su máximo líder, y, más tarde al actual Presidente de la República, que desde el 10 de enero del presente año usurpa dicho cargo y todo lo cual a la larga ha producido, en nuestro pueblo, una muy profunda y funesta frustración.

O en otras palabras, lo que la gran mayoría de los venezolanos exigen, es que las normas de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promulgada el 30 de diciembre de 1999 en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* No. 36.860 de esa misma fecha, como fundamento previsible de un ordenamiento jurídico-positivo renovado, sean acatadas por sus destinatarios -gobernantes y gobernados-, promoviéndose así, gracias a una hermenéutica constitucional -inteligente y libre de la sumisión a los nuevos amos del poder-, el establecimiento de condiciones políticas, jurídicas, económicas y sociales que permitan que todos los ciudadanos puedan participar, efectivamente, sin abandonar o descuidar sus respectivos roles en la sociedad civil, en el control y la dirección de la sociedad política.

En síntesis, mi aspiración es que ese texto constitucional sea verdaderamente respetado, de tal forma que el Estado no sea visto o sentido como un ente extraño y opresor, sino que, por el contrario, el pueblo sienta que el gobierno pertenece realmente a todos y está al servicio de todos, sin discriminaciones de ningún tipo.

⁵ Cf. *Resultados del Referendum Sancionatorio*, Consejo nacional Electoral, 2000.

⁶ Carta dirigida al general Antonio Nariño, fechada en Barinas, el 21 de abril de 1821, en BOLÍVAR, Simón; *Obras Completas*. Caracas, Cibema; vol. I, No. 481, p. 551.

LA ORDENACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE ANGOSTURA (1819).

1.- En el *Proyecto de Constitución para la República de Venezuela*⁷, elaborado y presentado por Simón Bolívar al “Segundo Congreso Nacional de Venezuela”, instalado, en Angostura (hoy Ciudad Bolívar), el 15 de febrero de 1819⁸, se declara, en el artículo 1° del Título V - Del soberano y del ejercicio de la soberanía -, que la “Soberanía de la Nación reside en la universalidad de los ciudadanos. Es imprescriptible e inseparable del pueblo”, y, en el artículo 2° *eiusdem* se dispone que el “pueblo de Venezuela no puede ejercer por sí otras atribuciones de la Soberanía que la de las elecciones, ni puede depositarla toda en unas solas manos. El Poder soberano estará dividido para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”.

Es decir, que siguiendo a su contemporáneo Benjamín Constant (1767-1830)⁹ -quizás el más destacado filósofo político y iusconstitucionalista de la época post-revolucionaria francesa (en sus etapas napoleónica y de la restauración monárquica)-, Bolívar parece admitir que en las sociedades estatales modernas, el ciudadano si bien puede ser relativamente libre en su vida privada, no es realmente soberano en el plano político o público, pues, sólo, periódicamente es llamado a participar en el ejercicio de la soberanía nacional y esto, precisamente, para pedirle que renuncie o delegue en otras personas, o sea, en la minoría gobernante, el disfrute de su cuota-parte en dicha soberanía¹⁰. Por otra parte, Bolívar propone la clásica división tripartita de los poderes del Estado, explicada por Montesquieu (cf. *Del Espíritu de las leyes*; lib. XI, cap. VI), aunque más adelante agrega el Poder Moral. Es decir, que recomienda establecer cuatro poderes públicos.

2.- Corresponde ahora referirme al pensamiento político-constitucional de Simón Bolívar, precisamente, con relación al *Poder Legislativo*, expresado en el *Discurso* y el *Proyecto de Constitución para la República de Venezuela* de 1819. El Libertador, en su célebre *Dis-*

⁷ Cf. *Proyecto de Constitución para la República de Venezuela, formado por el Jefe Supremo, y presentado al Segundo Congreso Constituyente para su examen*, en *Los Proyectos Constitucionales del Libertador*. Compilación y estudios bibliográficos por Pedro Grases. Estudios jurídico-políticos por Tomás Polanco Alcántara. Caracas, Ed. Conmemorativas del Bicentenario del Natalicio del Libertador Simón Bolívar-Congreso de la República, 1983; pp. 277-337. De ahora en adelante, las disposiciones de dicho proyecto constitucional que se transcriban o citen en este trabajo, son tomadas de esa obra, incluyendo las referentes al Poder Moral.

⁸ Cf. *Acta de Instalación del Segundo Congreso Nacional de Venezuela*, en *Actas del Congreso de Angostura* (Febrero 15, 1819-Julio 31, 1821). Colección Historia Constitucional de Venezuela-Facultad de Derecho-U.C.V., 1969; p. 97.

⁹ En mi opinión, la influencia de Benjamín Constant en el pensamiento político y jurídico de Simón Bolívar es evidente, bastando para demostrarlo, el análisis comparativo de textos extraídos de algunos de los documentos bolivarianos fundamentales y de obras de Constant, lo cual hice en el artículo *Sobre la influencia del jurista y filósofo político liberal Benjamín Constant en el pensamiento del Libertador Simón Bolívar: Selección y comparación de algunos textos*, publicado en *Lex*, Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia, Maracaibo, julio-septiembre 1982; No. 167, pp. 24-36, y en la revista *Estudios de Derecho*, Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, marzo 1983; No. 103, pp. 37-49. Por otra parte, está probado que el Libertador poseyó libros de Constant: Cf. PÉREZ VILA, Manuel; *La formación intelectual del Libertador*. 2a. ed. Caracas, Ed. de la Presidencia de la República, 1979; pp.120-121, 128-129 y 200, y BOLÍVAR, Simón; *Obras Completas...*; vol. I, No. 644, p. 760 y vol. II, No. 1588, pp. 779-780.

¹⁰ Cf. Constant, Benjamín.; *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, en *De la liberté chez les modernes*. Écrits politiques. Paris. Collection Pluriel-Livre de Poche, 1980; p. 496. Ver también una versión castellana, en tres tomos, aparecida en 1823: *Curso de Política Constitucional*, escrito por Mr. Benjamín Constant, traducido libremente al español por D. Marcial Antonio López. 2° ed. Burdeos, Imprenta de Lawalle Joven, 1823; t. III, p. 160.

curso de Angostura, como se lo conoce en la historiografía patria, expone la organización de los poderes públicos, tal como él la ha previsto en su proyecto constitucional, y, en primer término, se ocupa del Poder Legislativo, cuya estructura reconoce tiene una inspiración ecléctica: el Parlamento inglés y el Congreso de los Estados Unidos, y argumenta ampliamente para justificar lo que, evidentemente, constituye una sorprendente innovación constitucional, dentro de la estructura de una república democrática: la creación de un Senado no sólo *vitalicio* sino también *hereditario*.

Veamos, *in extenso*, lo que propone Bolívar: “En nada alteraríamos nuestras Leyes fundamentales, si adoptásemos un Poder Legislativo semejante al Parlamento Británico. Hemos dividido como los Americanos la Representación Nacional en dos Cámaras: la de Representantes, y el Senado. La primera está compuesta muy sabiamente, goza de todas las atribuciones que le corresponden, y no es susceptible de una reforma esencial, porque la Constitución le ha dado el origen, la forma, y las facultades que requiere la voluntad del Pueblo para ser legítima y competentemente representada. Si el Senado en lugar de ser electivo fuese hereditario, sería en mi concepto la base, el lazo, el alma de nuestra República. Este Cuerpo en las tempestades políticas pararía los rayos del Gobierno, y rechazaría las olas populares. Adicto al Gobierno por el justo interés de su propia conservación, se opondría siempre a las invasiones que el pueblo intenta contra la jurisdicción y la autoridad de sus Magistrados. Debemos confesarlo: los más de los hombres desconocen sus verdaderos intereses, y constantemente procuran asaltarlos en las manos de sus Depositarios: el individuo pugna contra la masa, y la masa contra la autoridad. Por tanto, es preciso que en todos los Gobiernos exista un cuerpo neutro que se ponga siempre de parte del ofendido, y desarme al ofensor. Este cuerpo neutro para que pueda ser tal, no ha de deber su origen a la elección del Gobierno, ni a la del Pueblo; de modo que goce de una plenitud de independencia que ni tema, ni espere nada de estas dos fuentes de autoridad. El Senado hereditario como parte del Pueblo, participa de sus intereses, de sus sentimientos, y de su espíritu. Por esta causa no se debe presumir que un Senado hereditario se desprenda de los intereses populares, ni olvide sus deberes Legislativos. Los Senadores en Roma, y los Lores en Londres han sido las columnas más firmes sobre que se ha fundado el edificio de la Libertad política y civil.

“Estos Senadores serán elegidos la primera vez por el Congreso. Los sucesores al Senado llaman la primera atención del Gobierno, que debe educarlos en un Colegio especialmente destinado para instruir aquellos tutores, Legisladores futuros de la Patria. Aprenderían las artes, las ciencias, y las letras, que adornan el espíritu de un hombre público: desde su infancia ellos sabrían a qué carrera la Providencia los destinaba, y desde muy tiernos elevarían su alma a la dignidad que los espera.

“De ningún modo sería una violación de la igualdad política la creación de un Senado hereditario; no es una nobleza la que pretendo establecer porque como ha dicho un célebre Republicano, sería destruir a la vez la Igualdad y la Libertad. Es un oficio para el cual se deben preparar los candidatos, y es un oficio que exige mucho saber, y los medios proporcionados para adquirir su instrucción. Todo no se debe dejar al acaso y a la aventura en las elecciones: el Pueblo se engaña más fácilmente que la naturaleza perfeccionada por el arte; y aunque es verdad que estos Senadores no saldrían del seno de una educación ilustrada. Por otra parte, los Libertadores de Venezuela son acreedores a ocupar siempre un alto rango en la República que le debe su existencia. Creo que la posteridad vería con sentimiento, anonadados los nombres ilustres de sus primeros bienhechores: digo más, es del interés público, es de la gratitud de Venezuela, es del honor Nacional, conservar con gloria hasta la última posteridad, una raza de hombres virtuosos, prudentes y esforzados que, superando todos los obstáculos, han fundado la República a costa de los más heroicos sacrificios. Y si el pueblo de Venezuela no aplaude la elevación de sus bienhechores, es indigno de ser Libre, y no lo será jamás.

“Un Senado hereditario, repito, será la base fundamental del Poder Legislativo, y por consiguiente será la base de todo el Gobierno. Igualmente servirá de contrapeso para el Gobierno y para el Pueblo: será una potestad intermedia que embote los tiros que recíprocamente se lanzan estos eternos rivales. En todas las luchas la calma de un tercero viene a ser el órgano de la reconciliación, así el Senado de Venezuela será la traba de este Edificio delicado y harto susceptible de impresiones violentas: será el Iris que calmará las tempestades y mantendrá la armonía entre los miembros y la cabeza de este cuerpo político.

“Ningún estímulo podrá adular un Cuerpo Legislativo investido de los primeros honores de sí mismo sin temer nada del Pueblo, ni esperar nada del Gobierno: que no tiene otro objeto que el de reprimir todo principio de mal, y propagar todo principio de bien; y que está altamente interesado en la existencia de una sociedad en la cual participa de sus efectos funestos o favorables. Se ha dicho con demasiada razón que la Cámara alta de Inglaterra es preciosa para la Nación porque ofrece un Baluarte a la Libertad; y yo añado que el Senado de Venezuela, no sería un Baluarte de la Libertad, sino un apoyo para eternizar la República”¹¹. Ahora bien, con referencia al Poder Legislativo, el proyecto constitucional en análisis, en el Art. 1° de la Sección 1ª del Título VI (Del Poder Legislativo), establece que éste “será ejercido por el Congreso general de Venezuela”, el cual según el Art. 2° *eiusdem* “estará dividido en dos Cámaras, la de Representantes y el Senado”. Y el Art. 7 consagra una amplia gama “atribuciones exclusivas propias del Congreso”.

Por otra parte, el Art. 1° de la Sección 2ª (De la Cámara de Representantes, sus atribuciones y duración) dispone que la “Cámara de Representantes se compone de los Representantes elegidos en las Asambleas Electorales...”.

A su vez el Art. 2° *eiusdem* exige para poder ser representante, aparte de ser ciudadano, “25 años cumplidos”; “5 años de residencia en el territorio de la República inmediatamente antes de la elección, a menos que la ausencia haya sido en servicio de la República” y “una propiedad del valor de diez mil pesos, o renta de mil pesos anuales, o un usufructo de mil pesos anuales, o un grado científico”.

Y de acuerdo con el art. 6°, el “término de las funciones de Representante será de cuatro años. Pasado este término, serán reemplazados por los nuevos Representantes que hayan sido elegidos constitucionalmente”.

La Sección 3ª (Del Senado, su duración, elección y atribuciones), contiene algunas de las normas más controvertidas del *Proyecto de Constitución...*, en estudio.

Así conforme al Art. 1°, el “Senado de Venezuela se compone de un número de Senadores igual al de los Representantes”, y según el Art. 2°, las “funciones de Senador serán vitalicias y hereditarias”.

En consecuencia, el Art. 3° dispone: “Los Senadores, por esta primera vez, son elegidos por el actual Congreso Constituyente entre los Generales y Jefes de la República, entre los que han obtenido las augustas funciones de Representantes del pueblo en el primero y el presente Congreso, con tal que no hayan desertado de la causa de la libertad posteriormente, ni se hayan distinguido en todos los Departamentos del servicio de la República”.

¹¹ *Obras...*; vol. III, No. 83 (Discursos y Proclamas), pp. 685-687; *Siete Documentos...*; pp. 82-84; *Los Proyectos...*; pp. 250-252; *Escritos del Libertador*. Caracas, Sociedad Bolivariana de Venezuela, 1982; t. XVI, pp. 130-132.

El Art. 4° complementa al anterior, estableciendo: “Cuando un Senador muere o es destituido, el Senado elige entre los hijos legítimos varones si los tenía o entre sus descendientes legítimos por línea masculina, con exclusión de las hembras y sus sucesiones, el que crea más apto y digno de ejercer las funciones de su padre”.

Igualmente, el Art. 5° agrega: “Si el Senador muerto no ha dejado sucesión conforme al artículo precedente, entonces la Cámara de Representantes elige a pluralidad de votos tres candidatos entre los ciudadanos más beneméritos por sus servicios a la República, por su sabiduría y virtudes, y les presenta al Senado. El Senado escoge uno entre estos tres candidatos, y quedará legítimamente nombrado el que haya obtenido la mayoría que exija el reglamento de debates para deliberar sobre una ley”.

Además, los “Senadores que deban aumentarse a proporción del número de Representantes serán elegidos del mismo modo que los del artículo precedente. La Cámara de Representantes presenta siempre un número triple de candidatos para que elija el Senado”. (Art. 6°).

Por otra parte, el Art. 7° dice que: “No puede ser Senador por elección el que no tenga, además de las cualidades de ciudadano:

“Treinta años de edad.

“Diez años de residencia en el territorio de la República inmediatamente antes de la elección, a menos que su ausencia haya sido en comisión o servicio de ella.

“Una propiedad de quince mil pesos, o un sueldo o renta de mil quinientos, bien provenga de algún empleo o de un usufructo.

“Y el que no haya ejercido algún empleo público en el Departamento civil o militar del servicio”.

Sin embargo, el Art. 8° prevé: “Con respecto a los Senadores por derecho de sucesión, la edad de 25 años será bastante para que entren en el ejercicio de sus funciones. El Senado podrá elegirlos antes que la tengan, con tal que todos los candidatos hayan llegado ya a las de 18”.

Las atribuciones específicas del Senado son varias y muy importantes, siendo en su mayoría de carácter jurisdiccional.

Ahora bien, en respecto a la propuesta del Senado *vitalicio y hereditario*, inspirado en la Cámara de los Lores del Parlamento inglés, presentada por Bolívar, quiero destacar, en primer término, que se trató de un intento de establecer un Senado con una integración y unas funciones o atribuciones diferentes, hasta cierto punto, a las que antes y después ha tenido y tiene en América y Europa, y que la defensa que hace del mismo tiene la clara influencia de Benjamín Constant - con el cual comparte una común admiración por la organización constitucional británica, por lo que no es de extrañar que esto se refleje en las ideas constitucionales de ambos -, ya que, en el capítulo IX (De la responsabilidad de los ministros) de los *Principes de Politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, Constant escribe: “La acusación de los ministros es, de hecho, un proceso entre el poder ejecutivo y el poder del pueblo. Es necesario pues, para terminarlo, recurrir a un tribunal que tenga un interés distinto a la vez del de ambos, y que, sin embargo, esté reunido, por otro interés al del gobierno y al del pueblo.

“La dignidad de par reúne estas dos condiciones. Sus privilegios separan del pueblo a los individuos que están investidos de ella. Ellos no pueden volver a entrar en la condición común. Ellos tienen, pues, un interés distinto del interés popular. Pero, como el número de pares pone siempre obstáculo a que la mayoría de ellos pueda participar en el gobierno, esta mayoría tiene en este aspecto, un interés distinto del interés del gobierno. Al mismo tiempo,

los pares están interesados en la libertad del pueblo: pues, si la libertad del pueblo fuera aniquilada, la libertad de los pares y su dignidad desaparecerían. Ellos también están interesados en el mantenimiento del gobierno; pues, si el gobierno fuera derrocado con él se hundiría su institución.

“La cámara de los pares es, pues, por la independencia y la neutralidad que la caracterizan, el juez que conviene a los ministros. Colocados en un puesto que inspira naturalmente un espíritu conservador a los que lo ocupan, formados por su educación en el conocimiento de los grandes intereses del Estado; iniciados por sus funciones en la mayor parte de los secretos de la administración, los pares reciben, aun por su posición social, una gravedad que les exige la madurez del examen y una dulzura de costumbres, que, disponiéndolos a las consideraciones y a los miramientos, suple a la ley positiva, con los escrúpulos delicados de la equidad”¹².

En segundo lugar, es necesario señalar que los constituyentes de Angostura no aceptaron totalmente la propuesta del Libertador, y así, en el Acta 79, que se refiere a la reunión del Congreso de Venezuela celebrada, en la capital de Guayana, el día 24 de mayo de 1819, se lee que “se procedió a la discusión de la sección 3ª, Título 6º del proyecto de Constitución, que trata del Senado, *su duración, elección y atribuciones*, y después de varios debates y discursos producidos en virtud del artículo 2º, que determina que las funciones de Senador sean vitalicias y hereditarias, declaró el Congreso que la materia estaba bastante discutida, y por tanto en estado de exigirse la votación. Entonces el señor Presidente la propuso en estos términos: Primera: *Senado absolutamente hereditario y exclusivo de todo acto de elección y otras modificaciones*. Resultó excluido tal senado, por unanimidad de votos. Segunda: *Senado hereditario moderado por la elección en la familia y por la regularidad de las sucesiones, u otras modificaciones*. Tampoco tuvo lugar por la mayoría absoluta. Tercera: *Senado vitalicio*. Se admitió, resultando la mayoría de diez y seis votos contra seis, y el Congreso acordó que corregido el citado artículo 2º, según queda votado, continúe bajo de esta forma el examen de los demás que contiene dicha sesión (*sic*)”¹³.

A la larga, la Sección 3ª del Título VI del *Proyecto...*, presentado por Bolívar -al igual que la totalidad del mismo-, fue bastante modificada, lo que demuestra tanto la plena libertad con la cual obraron los miembros del Segundo Congreso Constituyente, como cuán lejos estaba nuestro Libertador de ser un autócrata o “César” tropical.

Un año después, en una significativa carta fechada en San Cristóbal, el 26 de mayo de 1820, dirigida a Guillermo White, Bolívar explica su proyecto de un Senado vitalicio presentado en 1819, diciendo: “Aprovecho la oportunidad para dirigir a Vd. mi discurso al congreso, reimpresso en Bogotá, y que lo mire con más indulgencia que antes. Me parece que Vd. me criticó la creación de un senado hereditario y la educación de los senadores futuros. Lo primero está de acuerdo con la práctica de todas las repúblicas democráticas, y lo segundo con la razón. La educación formal al hombre moral, y para formar un legislador se necesita ciertamente de educarlo en una escuela de moral, de justicia y de leyes. Vd. me cita la Inglaterra, como un ejemplo contrario a mi establecimiento; pero en Inglaterra, ¿no deja de hacerse mucho bueno? En cuanto a mi senado diré, que no es una aristocracia ni una nobleza, constituidas, la primera sobre el derecho de mandar la república, y la segunda sobre privilegios ofensivos. El oficio de mi senado es temperar la democracia absoluta, es mezclar la forma de un gobierno absoluto con una institución moderada, porque ya es un principio reci-

¹² Constant, B.; *Principes de Politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, en *De la liberté chez les modernes...*; pp. 340-341; también cap. VI del *Curso...*; t. I, pp. 144-145.

¹³ *Actas del Congreso de Angostura...*; p. 173.

bido en la política, que tan tirano es el gobierno democrático absoluto como un déspota; así, sólo un gobierno temperado puede ser libre. ¿Cómo quiere Vd. que yo tempere una democracia sino con una institución aristocrática? Ya que no debemos mezclar la forma monárquica con la popular que hemos adoptado, debemos por lo menos, hacer que haya en la república un cuerpo inalterable, que le asegure su estabilidad; pues, sin estabilidad, todo principio político se corrompe y termina siempre por destruirse”¹⁴.

Ahora bien, para dar mi opinión personal sobre el proyecto del Libertador de crear un Senado vitalicio y hereditario, se requiere previamente señalar que el régimen constitucional inglés, tan admirado por Montesquieu, Constant y Bolívar, ha sido, precisamente, por esa admiración, elevado “a la categoría de arquetipo”¹⁵, con el resultado que varios de sus “intérpretes, como Montesquieu, vieron en Inglaterra lo que hubieran deseado tener en su patria, pero no lo que realmente existía”¹⁶, como pertinentemente lo señala el iuspublicista español Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Este mismo autor nos dice que “no se piense que el sistema político británico de finales del XVII es ya una organización democrática. Ni siquiera durante el siglo XVIII se dan allí las bases imprescindibles de cualquier democracia. Con Guillermo de Orange comienza el parlamentarismo, pero apoyado por unas fuerzas oligárquicas que desvirtúan notoriamente la representación popular. Hasta 1832 no se abren las puertas - reforma electoral - a la democracia”¹⁷.

Entonces, la Cámara de los Lores, que sirve de inspiración a algunas de las ideas constitucionales, tanto de Constant como de Bolívar, ya que ambos la consideran ejemplo de un cuerpo aristocrático dentro de un régimen constitucional democrático, en realidad, en Inglaterra, pierde progresivamente sus facultades en la medida que el régimen político de ésta, se transforma en una auténtica democracia representativa, con la promulgación de la *Reform Act* de 1832, el establecimiento del voto secreto en 1873, la sanción de la *Corrupt Illegal Practices Act* de 1883, la *Representation of the People Act* de 1918, que permite votar a los ingleses, varones, desde los 21 años, y a las mujeres, desde los 30 años, las cuales alcanzan la igualdad electoral con los hombres en 1928, y la *Representation of the People Act* de 1948¹⁸. Luego, como escribe el autor que he seguido: “Con la democratización del sufragio, la democratización del Parlamento. La Cámara de los Lores queda en un segundo lugar...”

“El bicameralismo británico es hoy -...- meramente formal. De hecho, deciden los Comunes”¹⁹.

En consecuencia, con base en lo arriba expuesto, es perfectamente legítimo e incluso conveniente, que en la estructura constitucional de un régimen democrático-representativo se establezca un Senado vitalicio y hereditario para honrar a los ciudadanos meritorios que se han hecho acreedores al agradecimiento de la patria por los invalorable servicios que le han prestado; sin embargo, un tal Senado no deberá tener jamás las atribuciones que el Libertador le acuerda en su proyecto, pues, de lo contrario, necesariamente su origen deberá ser democrático al igual que el de la Cámara de Representantes, es decir, fundado en la elección popular de sus miembros, cuyo número, en el proyecto constitucional bolivariano, similar al de los integrantes de la cámara baja, se explica por el hecho de que el Senado, en el referido proyec-

¹⁴ *Obras...*; vol. I, No. 390, p. 442.

¹⁵ Jiménez de Parga y Cabrera, Manuel; *Los Regímenes Políticos Contemporáneos*. Madrid, Tecnos, 1960; p. 226.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Ibidem*; p. 237.

¹⁸ Cf. *ibidem*; pp. 241 y 243.

¹⁹ *Ibidem*; pp. 243-244.

to, no siendo la representación de los estados de un Estado federal, no tiene la significación y el rol que se le atribuyen, en los Estados Unidos o en cualquier otro Estado federal, al Senado o a una cámara legislativa (“alta”) semejante.

3.- Ahora bien, proyecto constitucional de Angostura, en lo referente al *Poder Ejecutivo*, se debe comenzar por señalar que, en su *Discurso...*, el Libertador afirma que: “Por más que se examine la naturaleza del Poder Ejecutivo en Inglaterra, no se puede hallar nada que no incline a juzgar que es el más perfecto modelo, sea para un Reino, sea para una Aristocracia, sea para una Democracia. Aplíquese a Venezuela este Poder Ejecutivo en la persona de un Presidente, nombrado por el Pueblo o por sus Representantes, y habremos dado un gran paso hacia la felicidad nacional.

“Cualquiera que sea el ciudadano que llene estas funciones, se encontrará auxiliado por la Constitución: autorizado para hacer bien, no podrá hacer mal, porque siempre que se someta a las Leyes, sus Ministros cooperarán con él: si por el contrario pretende infringirlas, sus propios Ministros lo dejarán aislado en medio de la República, y aun lo acusarán delante del Senado. Siendo los Ministros los responsables de las transgresiones que se cometan, ellos son los que gobiernan, porque ellos son los que pagan. No es la menor ventaja de este sistema la obligación en que pone a los funcionarios inmediatos al Poder Ejecutivo a tomar la parte más interesada y activa en las deliberaciones del gobierno, y a mirar como propio este Departamento. Puede suceder que no sea el Presidente un hombre de grandes talentos, ni de grandes virtudes, y no obstante la carencia de estas cualidades esenciales, el Presidente desempeñará sus deberes de un modo satisfactorio; pues en tales casos, el Ministerio haciendo todo por sí mismo, lleva la carga del Estado...”

“Un Magistrado Republicano, es un individuo aislado en medio de una sociedad; encargado de contener el ímpetu del Pueblo hacia la licencia, la propensión de los Jueces y Administradores hacia el abuso de las Leyes. Está sujeto inmediatamente al Cuerpo Legislativo, al Senado, al Pueblo: es un hombre solo resistiendo al ataque combinado de las opiniones, de los intereses, y de las pasiones del Estado social, como dice Carnot, no hace más que luchar continuamente entre el deseo de dominar, y el deseo de sustraerse a la dominación. Es en fin un atleta lanzado contra otra multitud de atletas.

“Solo puede servir de correctivo a esta debilidad, el vigor bien cimentado y más bien proporcionado a la resistencia que necesariamente le oponen al Poder Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial, y el Pueblo de una República. Si no se ponen al alcance del Ejecutivo todos los medios que una justa distribución le señala, cae inevitablemente en la nulidad o en su propio abuso; quiero decir, en la muerte del Gobierno, cuyos herederos son la anarquía, la usurpación y la tiranía”²⁰.

Las normas que regulan al Poder Ejecutivo están contenidas en el Título VII del *Proyecto de Constitución...*, consagrándose, en el Art. 1° de la Sección 1ª (De la naturaleza y duración de este Poder) que: “El Poder Ejecutivo de la República estará depositado en una persona, bajo la denominación de Presidente de la República de Venezuela”.

Según el Art. 2° *eluden*: “Para ser Presidente se necesita:

“Ser ciudadano de Venezuela por nacimiento.

“Haber residido en el territorio de la República los diez últimos años inmediatamente precedentes a su elección.

²⁰ *Obras...*; vol. III, No. 83 (Discursos y Proclamas), pp. 688-689; *Siete Documentos...*; pp. 85-87; *Los Proyectos...*; pp. 252-254; *Escritos...*; pp. 132-135.

“Poseer una propiedad de 20.000 pesos”.

De conformidad con el Art. 3º, la “duración del Presidente será de seis años y no podrá ser reelegido sino con el intervalo de seis años”.

El Art. 1º de la Sección 2ª (Elección del Presidente) dispone: “El Presidente será elegido popularmente por las mismas Asambleas Electorales que nombran los Representantes, para lo cual serán convocadas expresamente por el Prefecto Municipal en virtud de la orden del Senado al jefe de cada (¿distrito?)”.

De acuerdo con el Art. 3º, el “voto de cada elector contendrá los nombres de dos ciudadanos de Venezuela”, procediéndose al terminar la votación, a firmar el “acta por la Asamblea sin hacer escrutinio y se dirige un pliego cerrado y sellado al Presidente del Senado” (Art. 4º). Posteriormente, al recibo de los pliegos de la totalidad de las Asambleas, y previa convocatoria, en el local del Senado (Art. 5º), ante “las dos Cámaras, reunidas así, se abren los pliegos; se forman las listas de las personas que hayan obtenido los sufragios..., y se hace el escrutinio...” (Art. 6º), siendo declarado Presidente de la República, aquel “que hubiese obtenido la mayoría absoluta de más de la mitad de los electores departamentales” (Art. 7º), y Vicepresidente de la República aquel “que le siguiere inmediatamente en el número de votos con mayoría también absoluta” (Art. 8º). Si “ninguno hubiere alcanzado esta mayoría, el Congreso escoge los ciudadanos que tengan el mayor número, y nombra dos de entre éstos. El que obtuviere en esta elección la mayoría absoluta de los miembros presentes es el Presidente y el que le siga el Vicepresidente” (Art. 9º). En caso de “igualdad en la mayoría requerida en las Asambleas Electorales, la operación del congreso se reduce a escoger entre ellos el Presidente, y si en esta elección volviere a haber igualdad, la suerte decide” (Art. 11).

La Sección 3ª contiene las disposiciones que consagran las vastas funciones y atribuciones presidenciales (Arts. 1º-18), previéndose en el Art. 19 que: “En los casos de muerte, enfermedad, destitución o renuncia del Presidente admitida por el Congreso, el Vicepresidente le sucede en todas estas atribuciones, hasta que se cumpla el término para que había sido elegido aquél”.

En la Sección 4ª se establecen los “Deberes del Presidente”, señalando el Art. 3º que éste deberá ser “el más celoso y puntual en el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, cuya observancia reclamará de los demás poderes y de todos los empleados”.

Por último, vale la pena llamar la atención sobre el Art. 5º de la Sección 5ª del *Proyecto...* en análisis, ya que dispone que “la Constitución nombra Senadores a los Presidentes que al terminar sus funciones no hayan sido acusados por su conducta. O que habiendo sufrido la acusación y el juicio hayan sido absueltos por el Senado”, ya que esta norma constitucional es el antecedente patrio de lo que consagraba la segunda parte del artículo 148 de la derogada Constitución de la República de 1961, que decía: “Son además miembros del Senado los ciudadanos que hayan desempeñado la Presidencia de la República por elección popular o la hayan ejercido conforme al artículo 187 de esta Constitución, por más de la mitad de un período, a menos que hayan sido condenados por delitos cometidos en el desempeño de sus funciones”.

Cabe agregar con respecto a lo establecido en la disposición antes transcrita, en primer término, que en la primera parte del artículo 59 de la Constitución de la República de Italia, promulgada el 31 de enero de 1947²¹, se declara: “Es senador por derecho propio y vitalicio, salvo renuncia, quien haya sido Presidente de la República”.

²¹ Cf. *Constituciones Europeas*. Selección, traducción e índices por Manuel García Pelayo, Pedro Bravo Gala y Juan Carlos Rey. Caracas, Universidad Central de Venezuela-Facultad de Derecho-Instituto de Estudios Políticos, 1960, p. 168.

Y, en segundo lugar, que hasta la abrogación de la Constitución de 1961, en Venezuela había dos Senadores vitalicios, Rafael Caldera, quien había sido Presidente de la República durante los períodos constitucionales 1969-1974 y 1994-1999, y Jaime Lusinchi, quien ejerció la Presidencia de la República en el lapso 1984-1989, ya que al Ex Presidente de la República Carlos Andrés Pérez (1974-1979), quien también fue Senador vitalicio, pero fue destituido antes de culminar su segundo mandato presidencial (1989-1994) y condenado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de mayo de 1996, por haber incurrido en el delito de malversación genérica agravada en el ejercicio del cargo de Presidente de la República, para el cual había sido nuevamente elegido en diciembre de 1988, se le impidió reincorporarse al Senado como senador vitalicio, al salir en libertad en septiembre de 1996, después de haber cumplido la pena a la cual había sido sentenciado.

4.- Respecto del *Poder Judicial*, en el *Discurso de Angostura*, Bolívar dice: “Que los Tribunales sean reforzados por la estabilidad, y la independencia de los Jueces; por el establecimiento de Jurados; de Códigos civiles y criminales que no sean dictados por la antigüedad, ni por Reyes conquistadores, sino por la voz de la naturaleza, por el grito de la Justicia, y por el genio de la Sabiduría”²².

El Título VIII del *Proyecto de Constitución...* se refiere al Poder Judicial, y según el Art. 1º, el “Supremo Poder Judicial estará depositado en una Alta Corte de Justicia que residirá en la capital de la República”. Esa “Alta Corte de Justicia se divide en dos Salas, la de Apelación y la de Casación” (Art. 2º), estando compuesta la primera “de un Presidente y cuatro Ministros. La de Casación, de un Presidente y dos Ministros” (Art. 3º).

De conformidad con el Art. 4º, el “Presidente y Ministros de la Sala de Apelación, serán propuestos por el Presidente de la República a la Cámara de Representantes, en número triple. La Cámara reduce aquel número al doble y lo presenta al Senado para que este nombre los que deben componerla. El mismo orden se seguirá siempre que por muerte, renuncia o destitución sea necesario reemplazar toda la Sala o algunos de sus miembros, con la diferencia del número de candidatas, que no será sino el triple y doble de los que faltan”.

El Art. 5º prevé que los “empleos de Presidente y Ministros de la Sala de Apelación son vitalicios”.

La Sala de Casación será presidida por “el Ministro Secretario de Justicia, y Ministros los dos Abogados que nombren las partes en litigio. La Sala de Apelación nombra como partes uno de estos Abogados, cuando el juicio se ha seguido de oficio” (Art. 6º).

Según el Art. 7º la “Sala de Casación no conoce del fondo de la causa y sólo pronuncia sobre la legalidad de los procedimientos. Su sentencia revocatoria anula lo obrado y da lugar a que se rehaga el proceso desde donde aparece el vicio o falta”.

De las disposiciones antes citadas llama la atención, por una parte, aquella que consagra que los cargos de magistrados de la Sala de Apelación son vitalicios, pues revela la preocupación de dar una mayor imparcialidad a sus actuaciones y decisiones, ya que así, dichos magistrados, sabían que su permanencia en el cargo no dependía de los vaivenes políticos, como lamentablemente todavía hoy en día sucede en Venezuela, con los integrantes del mal llamado, por eso mismo, Tribunal Supremo de Justicia, y los demás tribunales de la República. Por otro lado, es interesante observar que, ya en 1819, el Libertador tenía conocimiento pleno que a un tribunal de casación le corresponde decidir, en general, de los aspectos de derecho y no de hecho de los procesos que sean elevados a su consideración.

²² *Obras...*; vol. III, No. 83 (Discursos y Proclamas), p. 690; *Siete Documentos...*; pp. 88-89; *Los Proyectos...*; p. 255; *Escritos...*; p. 136

En este punto, quiero llamar nuevamente la atención sobre la evidente influencia de Benjamín Constant en las ideas del Libertador sobre el fundamental papel que juega el Poder Judicial en la marcha de cualquier Estado. Para verificarlo me basta con citar lo que al respecto escribe el célebre pensador francés: “Vamos a tratar del poder más terrible, del que penden el honor, los bienes, la tranquilidad y la vida de todos los ciudadanos. ¡Formidable poder! porque escudado con las fórmulas que las leyes prescriben, hierde de otro modo que los demás: del poder judicial hablo; aquel que... aplica sin embargo y hace ejecutar irremisiblemente con prontitud e imparcialidad lo que la ley dispone, prescindiendo de la calidad de las personas iguales ante esta misma ley”²³.

Y, en consecuencia, Constant recomienda que los jueces deben ser inamovibles, independientes en sus funciones y bien remunerados²⁴. Asimismo, se muestra partidario del sistema de jurados²⁵.

Así, pues, Constant y Bolívar, clarívidentemente, sostienen tesis, que después de transcurridos muchos años, siguen siendo actuales, como lo demuestra el hecho de que autores como el iusfilósofo contemporáneo Helmut Coing y el conspicuo lógico del derecho Ch. Perelman, coincidan con ellos. Así, el primero afirma que “la justicia del juez no es justicia personal, sino justicia vinculada por la ley”²⁶, y el segundo sostiene que la “personalidad de los jueces juega un papel esencial en la administración de justicia, y es necesario, en un Estado bien gobernado, jueces competentes e imparciales”²⁷.

Además quiero agregar que la aseveración bolivariana de que la “verdadera constitución liberal está en los códigos civiles y criminales”, es extraordinariamente verídica, pues la garantía del ejercicio ciudadano de los derechos humanos existe en la medida que el contenido programático de las normas constitucionales sea desarrollado mediante los códigos y demás leyes que se sancionen y promulguen de conformidad con la Constitución, puesto que de lo contrario, las disposiciones de ésta no serán más que *normas-fachada* que disimulan el *statu quo* y las graves violaciones a la dignidad humana, que lo caracterizan

5. Seguidamente, se procede a analizar exhaustivamente el denominado *Poder Moral* que representa, a mi juicio, una de las propuestas constitucionales más originales dentro de la doctrina filosófico-política de Bolívar y, al respeto, debo comenzar por señalar que en el tantas veces mencionado *Discurso de Angostura*, el Libertador se ocupa de la educación y del Poder Moral, diciendo: “La educación popular debe ser el cuidado primogénito del amor paternal del Congreso. Moral y luces son los polos de una República, moral y luces son nuestras primeras necesidades. Tomemos de Atenas su Areópago, y los guardianes de las costumbres y de las Leyes; tomemos de Roma sus censores y sus tribunales domésticos; y haciendo una Santa alianza de estas instituciones morales, renovemos en el mundo la idea de un Pueblo que no se contenta con ser libre y fuerte, sino que quiere ser virtuoso. Tomemos de Esparta sus austeros establecimientos, y formando de estos tres manantiales una fuente de virtud, demos a nuestra República una cuarta potestad cuyo dominio sea la infancia y el corazón de los hombres, el espíritu público, las buenas costumbres, y la moral Republicana. Constituyamos este Areópago para que vele sobre la educación de los niños, sobre las instrucción nacional; para que purifique lo que se haya corrompido en la República; que acuse la ingratitud,

²³ Constant, B.; *Curso...*; cap. XIV, p. 289.

²⁴ Cf. CONSTANT, B.; *Principes...*, ch. XIX; pp. 416-418, y *Curso...*; cap. IV, pp. 90-93, y cap. XIV, pp. 290-291

²⁵ *Principes...*, ch. XIX, ; pp. 418-420, y *Curso...*; cap. IV, p. 92, y cap. XIV, pp. 291-305.

²⁶ Coing, Helmut; *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Trad. del alemán por Juan Manuel Mauri. Barcelona, Ariel, 1961; p. 262.

²⁷ Perelman, Ch.; *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*. Paris, Dalloz, 1976; p. 162

el egoísmo, la frialdad del amor a la Patria, el ocio, la negligencia de los Ciudadanos; que juzgue de los principios de corrupción, de los ejemplos perniciosos; debiendo corregir las costumbres con penas morales, como las Leyes castigan los delitos con penas afflictivas, y no solamente lo que choca contra ellas, sino lo que las burla; no solamente lo que las ataca, sino lo que las debilita; no solamente lo que viola la Constitución, sino lo que viola el respeto público. La jurisdicción de este Tribunal verdaderamente Santo deberá ser efectiva con respecto a la educación y a la instrucción, y de opinión solamente en las penas y castigos. Pero sus anales, o registros donde se consignen sus actas y deliberaciones; los principios morales y las acciones de los Ciudadanos, serán los libros de la virtud y del vicio. Libros que consultará el Pueblo para sus elecciones, los Magistrados para sus resoluciones, y los Jueces para sus juicios. Una institución semejante por más que parezca quimérica es infinitamente más realizable que otras que algunos Legisladores antiguos y modernos han establecido con menos utilidad del género humano”²⁸.

Ahora bien, para poner en práctica esa transformación ética y educativa de los venezolanos, a fin de que adquieran la “moral” o virtudes y las “luces” o conocimientos, que les permitan autogobernarse en un régimen de democracia plena, pues Bolívar sabe que el hombre libre es aquél que conoce sus límites ontológicos y axiológicos (entre éstos, especialmente, los éticos) y obra con base en ese conocer, va a presentar a consideración de los constituyentes reunidos en Angostura, su proyecto para la creación de un nuevo Poder: el Moral²⁹.

En la Sección Primera (De la composición, elección, duración, prerrogativas y funciones de este poder) de dicho proyecto, el Art. 1º consagra: “El Poder Moral de la República reside en un cuerpo compuesto de un presidente y cuarenta miembros, que, bajo la denominación de Aerópago, ejerce una autoridad plena e independiente sobre las costumbres públicas y sobre la primera educación”.

El Aerópago estará compuesto por dos Cámaras, la de Moral y la de Educación (Art. 2º).

Según el Art. 3º, el “Congreso nombra a pluralidad de votos por esta primera vez, los miembros que deben componer el Aerópago, escogiéndolos entre los padres de familia que más se hayan distinguido en la educación de sus hijos, y muy particularmente en el ejercicio de las virtudes públicas. Constituido una vez el Aerópago, provee él mismo las plazas que vacuen”.

De conformidad con el Art. 4º el “Presidente del Aerópago será nombrado siempre por el Senado, en dos listas, cada una de doce candidatos de los más virtuosos ciudadanos de la República, una presentada por la Cámara de Representantes y otra por el Presidente de la República. Se necesita una mayoría de las dos terceras partes de los miembros presentes en el Senado para esta elección”.

Para poder integrar el Aerópago se requiere tanto de las “virtudes públicas” como de al menos treinta y cinco años de edad (Art. 5º).

De acuerdo con el Art. 7º los “miembros del Aerópago se titularán padres de la patria, sus personas son sagradas, y todas las autoridades de la República, los tribunales y corporaciones les tributarán un respeto filial”.

²⁸ *Obras...*; vol. III, No. 83 (Discursos y Proclamas), p. 692; *Siete Documentos...*; pp. 91-92; *Escritos...*; pp. 138-139; *Los Proyectos...*; pp. 256-257.

²⁹ Las disposiciones referentes al Poder Moral que se transcriben han sido tomadas del “Apéndice a la Constitución relativo al Poder Moral” publicado en *Los Proyectos...*; pp. 331-337.

Seguidamente, se indica el procedimiento para destituir a los miembros “reprensibles” del Aerópago (Arts. 11 a 15).

Art. 16 se ocupa de las funciones del Aerópago, y así establece que: “Las funciones que debe ejercer el Aerópago, reunidas sus dos Cámaras en una sola, son:

“Primera. Designar los veinte miembros que deben componer cada Cámara, y nombrar de entre éstos el que deba presidirla, cuando no lo haga el presidente del Aerópago, que tiene derecho de concurrir y votar en cualquiera de ellas.

“Segunda. Pronunciar la destitución de alguno de sus miembros, conforme queda establecido, y nombrar los que deban suceder en las plazas vacantes por muerte o destitución.

“Tercera. Nombrar dentro de su seno el secretario o secretarios que juzgue necesarios para sus trabajos y para los de cada Cámara.

“Cuarta. Pedir al Congreso los fondos que anualmente sean necesarios para sus gastos y establecimientos, exigir cuentas a sus agentes o empleados de la inversión de ellos, y darla al Congreso.

“Quinta. Distribuir premios o coronas cívicas cada año a los ciudadanos que más se hayan distinguido por rasgos eminentes de virtud y patriotismo, y despojar de estos mismos premios a los que después de haberlos obtenido se hayan hecho indignos de llevarlos. Estos se celebrarán en una junta pública con la mayor solemnidad.

“Sexta. Declarar eminentemente virtuoso, héroe o grande hombre, a los que se hayan hecho dignos de tanta recompensa. Sin que haya precedido esta declaratoria, el Congreso no podrá decretar ni erigir ninguna estatua ni otros monumentos públicos en memoria de nadie.

“Séptima. Proclamar con aplauso en las juntas de que se ha hablado arriba los nombres de los ciudadanos virtuosos, y las obras maestras de moral y educación. Pregonar con oprobio e ignominia los de los viciosos, y las obras de corrupción y de indecencia; y designar a la veneración pública los institutores e institutrices que hayan hecho mayores adelantamientos en sus colegios”.

Por otra parte, la Sección Segunda se refiere a las atribuciones específicas de la Cámara de Moral; así el Art. 1º prevé: “La Cámara de Moral dirige la opinión moral de toda la República, castiga los vicios con el oprobio y la infamia, y premia las virtudes públicas con los honores y la gloria. La imprenta es el órgano de sus decisiones”.

De conformidad con el Art. 2º, los “actos singulares no son de su inspección, a menos que sean tan extraordinarios que puedan influir en bien o en mal sobre la moral pública. Los actos repetidos, que constituyen hábito o costumbre, son los que inmediatamente le competen”.

El Art. 3º enfáticamente dice: “Su autoridad es independiente y absoluta. No hay apelación de sus juicios sino a la opinión y a la posteridad; no admite en sus juicios otro acusador que el escándalo, ni otro abogado que el buen crédito”.

Luego, como dispone el Art. 4º: “Su jurisdicción se extiende no solamente a los individuos sino a las familias, a los departamentos, a las provincias, a las corporaciones, a los tribunales, y aun a la República en cuerpo. Si llegan a desmoralizarse debe delatarlas al mundo entero. El Gobierno mismo le está sujeto, y ella pondrá sobre él una marca de infamia, y lo declarará indigno de la República, si quebranta los tratados, o los tergiversa, si viola alguna capitulación, o falta a algún empeño o promesa”.

Asimismo, las “obras morales y políticas, los papeles periódicos y cualesquiera otros escritos, están sujetos a su censura, que no será sino opositor a su publicación. La política no le concierne sino en sus relaciones con la moral. Su juicio recaerá sobre el aprecio o desprecio que merecen las obras, y se extenderá a declarar si el autor es buen ciudadano, benemérito de la moral, o enemigo de ella, y como tal, digno o indigno de pertenecer a una República virtuosa” (Art. 5º).

Esa supervisión no se limita únicamente a “lo que se escribe sobre moral o concerniente a ella, sino también lo que se habla, se declama, o se canta en público, siempre para censurar-lo y castigarlo con penas morales, jamás para impedirlo” (Art. 6°), ya que la Cámara cuando censura y amonesta “se dirige siempre al público, y sólo se entiende con él. No habla ni contesta jamás a los individuos ni corporaciones” (Art. 7°).

Pero, hay más, de acuerdo con el Art. 8°, la “gratitud pública, la deuda nacional, los tratados, las capitulaciones, la fe del comercio, no sólo en sus relaciones, sino en cuanto a la calidad y legitimidad de las mercancías, son objetos especiales sobre los que la Cámara debe ejercer la más activa y escrupulosa vigilancia. En estos ramos cualquiera falta u omisión debe castigarse con un rigor inexorable”.

Igualmente, la “ingratitud, el desacato a los padres, a los maridos, a los ancianos, a los institutores, a los magistrados, y a los ciudadanos reconocidos y declarados virtuosos, la falta de palabra en cualquiera materia, la insensibilidad en las desgracias públicas o de los amigos y parientes inmediatos, se recomiendan especialmente a la vigilancia de la Cámara, que podrá castigarlos hasta por un solo acto” (Art. 9°).

Para realizar su supervisión sobre tan vasta gama de actividades y sectores de la sociedad, la “Cámara organizará la policía moral, nombrando al efecto cuantos censores juzgue convenientes. Como una recompensa de su celo y trabajo, recibirá el honroso título de Catón el censor que por sus servicios y virtudes se hiciese digno de él” (Art. 10).

Hasta lo que ha sido transcrito, las sanciones que la Cámara impone son, por así decirlo, “morales”, aunque, indubitadamente, declarar a una persona “enemiga” de la moral, “indigno de pertenecer a una República virtuosa”, etc., y, por tanto, exponerla -y eso es lo que por lo demás se persigue- al repudio o desprecio públicos, constituye una pena bastante fuerte, para la mayoría de los seres humanos, sobre todo si se tiene en cuenta que la sanción es pronunciada sin permitirle defenderse (se desconoce el principio jurídico fundamental *Et audiatur altera pars*).

Empero, a continuación, sí se prevé una pena bien determinada, ya que el Art. 11 ordena: “Cada año publicará la Cámara tablas estadísticas de las virtudes y de los vicios, para lo cual todos los tribunales superiores e inferiores le presentarán cuentas exactas y prolijas de todos los pleitos y causas criminales. También publicará cada año listas comparativas de los hombres que se distinguen en el ejercicio de las virtudes públicas, o en la práctica de los vicios públicos”.

Y, en concordancia con esa disposición, el Art. 12 dice: “El pueblo, los colegios electorales, las municipalidades, los gobiernos de provincia, el Presidente de la República y el Congreso, consultarán estas listas para hacer sus elecciones y nombramientos, y para decretar los honores y recompensas. El ciudadano cuyo nombre se haya inscrito en la lista de los viciosos, no podrá ser empleado en ningún ramo del servicio público, ni de ningún modo; y no podrá obtener ninguna recompensa nacional, ningún honor especial, y ni aun una decoración, aquel cuyo nombre no se halle inserto en las listas de los virtuosos, aunque sí podrá ser empleado por el gobierno”.

Por último, se reconoce la igualdad de los sexos, al disponer que las “mujeres igualmente que los hombres, están sujetas a la jurisdicción de la Cámara, y reciben de ella premios o castigos, según su mérito” (Art. 13). (Aunque arriba en el Art. 9°, se incurre en una evidente discriminación en contra de la mujer cuando se sancionan la “ingratitud” o el “desacato” “a los maridos”, ¡pero no se dice nada sobre cuando las víctimas de tales hechos son las esposas!)

Respecto de la Cámara de Educación, la Sección Tercera (Atribuciones de la Cámara de Educación), en el Art. 1° establece: “La Cámara de Educación está encargada de la educación física y moral de los niños, desde su nacimiento hasta la edad de doce años cumplidos”.

El Art. 2° -una disposición plena de significación que nos revela la modernidad del pensamiento educativo de Bolívar-, declara: “Siendo absolutamente indispensable la cooperación de las madres para la educación de los niños en sus primeros años, y siendo éstos los más preciosos para infundirles las primeras ideas, y los más expuestos por la delicadeza de sus órganos, la Cámara cuidará muy particularmente de publicar y hacer comunes y vulgares en toda la República algunas instrucciones breves y sencillas, acomodadas a la inteligencia de todas las madres de familias sobre uno y otro objeto.

Los curas y los agentes departamentales serán los instrumentos de que se valdrá para esparcir estas instrucciones, de modo que no haya una madre que las ignore, debiendo cada una presentar la que haya recibido, y manifestar que la sabe el día que se bautice su hijo o se inscriba en el registro de nacimiento”.

Además, la Cámara deberá promover la traducción y publicación de obras extranjeras sobre esa materia; procurar que sean escritas y publicadas obras originales sobre el mismo tema, “conforme a nuestros usos, costumbres y gobierno”, y, después de la recolección de datos que deberá hacer ella misma, las redactará y publicará. A efecto de obtener los conocimientos necesarios utilizará todos los medios disponibles, sin importar los gastos y sacrificios, pudiendo encomendar a hombres interesados que viajen por el mundo reúnan todos los conocimientos posibles sobre tal materia (Arts. 3° a 6°).

Es sumamente importante tener presente lo que, por una parte, dispone el Art. 7°, que a la letra dice: “Pertenece exclusivamente a la Cámara establecer, organizar y dirigir las escuelas primarias, así de niños como de niñas, cuidando de que se les enseñe a pronunciar, leer y escribir correctamente, las reglas más usuales de la aritmética y los principios de la gramática, que se les inspiren ideas y sentimientos de honor y probidad, amor a la patria, a las leyes y al trabajo respecto (*sic*) a los padres, a los ancianos, a los magistrados, y adhesión al Gobierno”.

Y, por la otra, lo que el Art. 8° prevé: “Siendo nuestros colegios actuales incapaces de servir para un gran plan de educación, será un cuidado muy especial de la Cámara delinear y hacer construir los que se necesitan en toda la República, tanto para niños como para niñas, que deben estar separados por lo menos desde que la razón empieza a obrar en ambos. La forma, proporción y situación de estos establecimientos, será la más conveniente con su objeto, y se consultará en ellos no solamente la solidez y extensión, sino la elegancia, el aseo, la comodidad y el recreo de la juventud”.

Asimismo, la Cámara fija el número de colegios a construirse y el lugar donde estarán ubicados, teniendo en cuenta las ventajas de éste (Art. 9°).

Los colegios serán dirigidos cada uno por un institutor designado por la Cámara teniendo en cuenta sus virtudes y saber, y no su nacionalidad. “La mujer del institutor será la institutriz inmediata del de las niñas, aunque bajo la dirección de su marido”. Los que ejerzan este empleo serán dignos del mayor respeto y consideración (Art. 10).

Según el Art. 11, la “Cámara formará el reglamento de organización y policía general de estos establecimientos, según sus clases, especificando la educación que respectivamente conviene a los niños para que adquieran desde su niñez ideas útiles y exactas nociones fundamentales, las más adaptadas a su estado y fortuna, sentimientos nobles y morales, principios de sociabilidad y patriotismo. Este plan se presentará al Congreso, para que siendo examinado y aprobado se convierta en Ley de la República”.

De un singular adelanto para la época, es lo establecido en el Art. 12, que expresa: “Todos los años publicará la Cámara tablas o estados exactos y circunstancias de los niños nacidos y muertos, de su constitución física, de su salud y enfermedades, de sus adelantamientos, inclinaciones, cualidades y talentos particulares. Para hacer todas estas observacio-

nes se servirá de los institutores, de los curas, de los médicos, de los agentes departamentales, de los ciudadanos ilustrados y de todas las autoridades, que empezando por el mismo Presidente, le obedecen todas en materia de educación”.

Y, en fin, conforme al Art. 13, “la Cámara de Educación dirigirá la opinión pública en las materias literarias, mientras se establece el instituto filosófico. Ella examinará o hará examinar y analizar las obras que se publicaren sobre cualquier asunto, formando juicio de ellas en el Monitor del Aerópago”.

El establecimiento del Poder Moral integrando la parte jurídico-dogmática de la nueva Constitución que iba a promulgarse, no fue aceptado por la mayoría de los miembros del “Segundo Congreso Nacional de Venezuela”, pues, según consta en el Acta 125 de la sesión celebrada el 23 de julio de 1819, se acordó que “quede por apéndice para que se verifique en circunstancias más favorables, como lo desea el Congreso”³⁰.

En consecuencia, al sancionarse la Constitución el 15 de agosto de 1819, al final del texto de ésta se agregó un “Apéndice a la Constitución relativo al Poder Moral”, que previo a la transcripción de las disposiciones reguladoras del Poder Moral que hemos citado *ut supra*, tiene la *Advertencia* siguiente: “El poder Moral estatuido en el proyecto de Constitución presentado por el general Bolívar, como jefe (*sic*) supremo de la República, en la instalación del Congreso, fue considerado por algunos diputados como la idea más feliz y la más propia a influir en la perfección de las instituciones sociales.- Por otros como una inquisición moral, no menos funesta ni menos horrible que la religiosa.- Y por todos como de muy difícil establecimiento, y en los tiempos presentes absolutamente impracticable. Prevalció después de largos debates el parecer de que en la infancia de nuestra política, y tratándose de objetos tan interesantes al Estado y aun a la humanidad, no debíamos fiarnos de nuestras teorías y racionios en pro ni en contra del proyecto.- Que convenía consultar la opinión de los sabios de todos los países por medio de la imprenta.- Hacer algunos ensayos parciales, y reunir hechos que comprobasen las ventajas o los perjuicios de esta nueva institución, para en su vista proceder a ponerla en ejecución o rechazarla. Decretóse, en consecuencia, que el título del poder Moral se publicase por *apéndice de la Constitución*, invitando a todos los sabios, que por el mismo hecho de serlo deben considerarse como los ciudadanos del mundo, a que comuniquen sus luces a esta porción hermosa de su inmensa patria”³¹.

Los constituyentes de Angostura no pudieron haber ideado una más cortés manera de rechazar uno de los más caros proyectos del Libertador, quien en una interesante carta fechada en Guayaquil, el 15 de junio de 1823, dirigida a José Rafael Arboleda, expresa: “Mucho tiempo ha que tenía deseos de escribir a Vd., y no lo había hecho hasta ahora con bastante sentimiento mío: pero he visto un artículo en “El Fósforo” sobre el poder moral, que me ha animado a dirigir a Vd. estas cuatro letras, para dar a Vd. las gracias si es el autor del artículo, y de no, para suplicarle que se las dé de mi parte a dicho autor. Supongo que es Vd. el que ha defendido el poder moral con tanto acierto y delicadeza.

“Ha dicho muy bien “El Fósforo”, número 16, que no hay inquisición en aquel establecimiento porque es el escándalo el que acusa, y el escándalo es la voz pública horrorizada del crimen y, por lo mismo, no hay tal inquisición. Defienda Vd., mi querido amigo, mi poder moral: yo mismo que soy su autor no espero para ser bueno, sino que haya un tribunal que condene lo que las leyes no pueden impedir; quiero decir, que mis propias flaquezas no esperen para corregirse sino un tribunal que me avergüence. Este móvil de la vergüenza es el

³⁰ *Actas...*; p. 215.

³¹ Dado que al texto de la *Advertencia* que aparece en la página 331 de *Los proyectos...*, le falta una línea, se transcribió el texto de la misma publicado en: GIL FORTOUL, José; *Historia Constitucional de Venezuela*. 5ª ed. Caracas, Ed. Sales, 1964, N° 7 del Apéndice, t. II, pp. 547-548.

infierno de los despreocupados y de los que se llaman filósofos y hombres de mundo. La religión ha perdido mucho su imperio, y quizás no lo recobrará en mucho tiempo, porque las costumbres están en oposición con las doctrinas sagradas. De suerte, que si un nuevo sistema de penas y castigos, de culpas y delitos, no se establece en la sociedad para mejorar nuestra moral, probablemente marcharemos al galope hacia la disolución universal. Todo el mundo sabe que la religión y la filosofía contienen a los hombres, la primera por la pena, la segunda por la esperanza y la persuasión. La religión tiene mil indulgencias con el malvado, la filosofía ofrece muchos sistemas encontrados que favorecen alternativamente los vicios: la una tiene leyes y tribunales estables; pero la otra no tiene más que profesores sin códigos y sin establecimientos fijos y autorizados por ninguna institución política. De aquí deduzco yo que debemos buscar un medio entre estos dos extremos creando un instituto autorizado por las leyes fundamentales y por la fuerza irresistible de la opinión.

“En otra ocasión hablaré a Vd. sobre esto; ahora no tengo tiempo para más, y lo que he dicho no vale nada...”³².

Con referencia al proyecto de establecer un cuarto poder público, con las características y las funciones expuestas arriba, denominado Poder Moral, por Bolívar, cabe señalar que tal proyecto y, en particular, las disposiciones que determinan las atribuciones de la Cámara de Moral, traducen el intento del Padre de la Patria de introducir dentro de la organización político-jurídica y económico-social de un Estado liberal-democrático en ciernes, elementos -en especial la concepción ético-social-, que corresponden a la estructura político-social de la *polis* griega y de la república romana, cuyas características fundamentales son las de ser *comunitarias*, *totalitarias*, y con *democracia directa*, mientras que las de aquella otra organización son las de ser *societaria*, *individualista* y *democrático-representativa*, tal como lo explicaré a continuación.

Así, Benjamín Constant describe cómo era concebida la libertad en la ciudad-estado griega y en la república romana, señalando las razones que, a su juicio, hacen imposible aplicar tal concepción en las sociedades estatales tanto de su época (la de Bolívar) como, consecuencialmente, de hoy en día.

Con lujos de detalles, Constant explica que la libertad de los antiguos, “consistía en ejercer colectivamente, pero directamente, varias partes de la soberanía total, en deliberar, en la plaza pública, de la guerra y de la paz, en concluir, con los extranjeros, tratados de alianza, en votar las leyes, en pronunciar las sentencias, en examinar las cuentas, los actos, la gestión de los magistrados, en hacerlos comparecer ante todo un pueblo, en acusarlos, en condenarlos o en absolverlos; pero, al mismo tiempo que eso era lo que los antiguos llamaban libertad, ellos admitían, como compatible con esa libertad colectiva, la sujeción completa del individuo a la autoridad del todo... Todas las acciones privadas están sometidas a una vigilancia severa. Nada es concedido a la independencia individual, ni en relación con las opiniones, ni en relación con la industria, ni, sobre todo, en relación con la religión. La facultad de elegir su culto, facultad que nosotros miramos como uno de nuestros derechos más preciosos, habría parecido a los antiguos un crimen y un sacrilegio. En las cosas que nos parecen más fútiles, la autoridad del cuerpo social se interpone y reprime la voluntad de los individuos. Terpandro no puede, entre los espartanos, agregar una cuerda a su lira sin que los Éforos no se ofendan. En las relaciones más domésticas, la autoridad también interviene... En Roma, los censores dirigen su ojo escrutador al interior de las familias. Las leyes regulan las costumbres, y como las costumbres se refieren a todo, no hay nada que las leyes no regulen.

³² Obras...; vol. I, No. 653, pp. 773-774.

“Así, entre los antiguos, el individuo, casi habitualmente soberano en los asuntos públicos, es esclavo en todas sus relaciones privadas. Como ciudadano, decide de la paz y de la guerra; como particular, es circunscrito, observado, reprimido en todos sus movimientos; como porción del cuerpo colectivo, interroga, destituye, condena, despoja, exila, condena a muerte a sus magistrados o a sus superiores; como sometido al cuerpo colectivo, él puede, a su vez, ser privado de su estado, despojado de sus dignidades, desterrado, condenado a muerte, por la voluntad discrecional del todo del cual forma parte...

“...la jurisdicción social era ilimitada...La misma sujeción caracterizó los bellos siglos de la república romana; el individuo se había, en alguna forma, perdido en la nación, el ciudadano en la ciudad (*cité*)”³³.

O sea, que -como observa el distinguido historiador de la cultura griega Werner Jaeger-, la “*polis*, como suma de la comunidad ciudadana, da mucho. Puede exigir, en cambio, lo más alto. Se impone a los individuos de un modo vigoroso e implacable e imprime en ellos su sello. Es la fuente de todas las normas de vida válidas para los individuos. El valor del hombre y de su conducta se mide exclusivamente en relación con el bien o el mal que le proporciona”³⁴.

Por ello, según el mismo autor, la “libertad del hombre griego consiste en el hecho de sentirse subordinado como miembro de la totalidad de la *polis* y de sus leyes. Es una libertad completamente distinta de la del moderno individualismo, que se siente ligado a una universalidad suprasensible, mediante la cual el hombre no pertenece sólo al estado, sino también a un mundo más alto”³⁵.

Mientras que -escribe Constant-, en “las repúblicas de la antigüedad la pequeñez del territorio hacía que cada ciudadano tuviera políticamente una gran importancia personal. El ejercicio de los derechos constituía la ocupación, y, por así decirlo, el entretenimiento de todos”³⁶, ocurre “todo lo contrario, en los Estados modernos: su extensión, mucho más vasta que la de las antiguas repúblicas, hace que la masa de sus habitantes, cualquiera que sea la forma de gobierno que adopten, no tenga ninguna parte activa en ese gobierno. Ellos son llamados al ejercicio de la soberanía, a lo más, por medio de la representación, es decir, en una forma ficticia”³⁷. Así “la extensión de un país disminuye, en forma inversa a ella, la importancia política que recae, por reparto, a cada individuo. El republicano más oscuro de Roma y de Esparta era un poder. No sucede lo mismo con el simple ciudadano de Gran Bretaña o de los Estados Unidos. Su influencia personal es un elemento imperceptible de la voluntad social que imprime al gobierno su dirección”³⁸.

Luego, el “beneficio que procuraba al pueblo la libertad, tal como los antiguos la concebían, era el de formar parte de los gobernantes; beneficio real, placer halagüeño a la vez que sólido. El beneficio que procura al pueblo la libertad entre los modernos es el de ser representado, y de cooperar en esa representación mediante su elección. Es un beneficio, sin duda,

³³ Constant, B.; *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes* en *De la liberté chez les modernes ...*; pp. 495-496; ver también: *Curso de Política Constitucional...*; t. III, pp. 157-161.

³⁴ Jaeger, Werner; *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Trad. del alemán por Joaquín Xirau (libros I y II) y Wenceslao Roces (libros III y IV). 2ª. ed. México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1962; p. 112.

³⁵ *Ibidem*; p. 180.

³⁶ Constant, B.; seconde partie, ch. VI, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne*, en *De la liberté chez les modernes...*; p. 182.

³⁷ *Ibidem*; p. 184.

³⁸ *De la liberté des anciens...*; p. 499.

puesto que es una garantía; pero el placer inmediato es menos vivo: no se compone de ninguno de los goces del poder, es un placer de reflexión; el de los antiguos era un placer de acción”³⁹.

Ahora bien, en los textos que anteceden se describen dos tipos de convivencia humana: la *comunidad*⁴⁰ y la *sociedad*⁴¹. La *polis* griega y la república romana corresponden al primero, el cual constituye un modo de vivir colectivo extraordinariamente más favorable al objetivo de que los seres humanos desarrollen plenamente sus virtualidades ontológicas, que la actual organización política y social de los Estados contemporáneos (entre ellos Venezuela), que representa al segundo, aunque no es posible, hoy en día, establecer el primero, por causa de muy diversos factores de índole política, jurídica, económica, social, etc., en ninguna nación del orbe.

Hay entonces, una radical diferencia entre la mentalidad del ciudadano griego o romano y la del hombre moderno o contemporáneo. Para éste, existe una moral pública y una moral privada, es decir, que reconoce la existencia de un fuero interno individual frente al Estado. Existe, en su conciencia, un lugar recóndito que el Estado ni debe ni puede invadir. Por el contrario, para el griego o romano de la antigüedad, su moral privada se confunde con la moral pública vigente en la comunidad. O, mejor dicho, para él, sólo hay una ética: la pública, valga decir, la de la *polis* a la cual pertenece, y que, como dice Aristóteles, “es, ...una especie de comunidad, y toda comunidad se ha formado teniendo como fin un determinado bien”⁴². En ella, todos los ciudadanos son políticos y aquél que es incapaz de participar en la vida de la *polis*, en la política, “es -como lo señala también el Estagirita- inferior en la escala de la humanidad o bien está por encima de ella”⁴³, pero no es un hombre auténtico. Precisamente, a este respecto Jaeger, pertinentemente, escribe: “Para la conciencia actual, con razón o sin ella, la política y la moral pertenecen a dos reinos separados, y las normas de la acción no son en ambos dominios las mismas. Ningún intento teórico para salvar esta escisión puede cambiar nada en el hecho histórico de que nuestra ética proceda de la religión cristiana y nuestra política del estado antiguo. Así, ambas se desarrollan sobre raíces morales completamente distintas. Esta disparidad, sancionada por los siglos, ...era desconocida para los griegos. Para nosotros la moral del estado se halla siempre en oposición con la ética individual y muchos de nosotros quisiéramos mejor escribir la palabra, en el primer sentido, entre comillas. Para los griegos del período clásico o aun para los de todo el período de la cultura de la *polis* era, en cambio, casi una tautología, la convicción de que el estado era la única fuente de las normas morales y no era posible concebir que otra ética se pudiera dar fuera de la ética del estado, es decir, fuera de las leyes de la comunidad en que vive el hombre. Una moral privada diferente de ella era para los griegos una idea inconcebible”⁴⁴.

Pienso, pues, que después de la precedente explicación se habrá hecho evidente lo que dije al inicio de la misma sobre la inspiración que tuvo Bolívar al establecer las atribuciones de la Cámara de Moral, y que el denominado Poder Ciudadano de la actual Constitución

³⁹ *De l'esprit de conquête et de l'usurpation...*; p. 184.

⁴⁰ Véanse con respecto al concepto de *comunidad*: COING, Helmut; *Fundamentos de Filosofía del Derecho...*; p. 85, y HENKEL, Heinrich; *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Trad. del alemán por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid, Taurus, 1968; pp. 342 y 344.

⁴¹ Cf. con relación al concepto de *sociedad*: COING, H.; *op. cit.*; p. 85. HENKEL, H.; *op. cit.*; pp. 344-346.

⁴² Aristóteles; lib. I, cap. 1, 1252a, de la *Política*, en *Obras*. Trad. del griego por Francisco de P. Samaranch. 2ª. ed. Madrid, Aguilar, 1973; p. 1411.

⁴³ Aristóteles; lib. I, cap. 1, 1253a de la *Política...*; pp. 1412-1413.

⁴⁴ Jaeger, W.; *op. cit.*; p. 297.

venezolana, no tiene absolutamente ninguna similitud con el referido Poder Moral, propuesto por el Libertador a los constituyentes reunidos en Angostura, en 1819, aparte de que ni ayer ni hoy, por las razones, ampliamente expuestas *ut supra*, se podía ni se puede establecerlo ni adaptarlo en ningún Estado contemporáneo.

CONCLUSIÓN

Después de realizado el análisis del llamado *Discurso de Angostura* y del *Proyecto de Constitución para la República de Venezuela*, presentados por Bolívar el 15 de febrero de 1819, en lo referente a la organización de los poderes públicos y, en especial del *Senado hereditario* y del *Poder Moral*, debemos indicar que el referido proyecto, con las modificaciones introducidas por los constituyentes, se transformó en una Constitución con una vigencia muy breve, a pesar de que en ella se plasmaron, parcialmente, las brillantes concepciones constitucionales que Bolívar presentó a la debida consideración de los constituyentes venezolanos en su magistral discurso

El Derecho Humano de Propiedad

Víctor Rafael Hernández-Mendible*

*Director del Centro de Estudios de Regulación Económica
en la Universidad Monteávila*

Resumen: *Este trabajo tiene por objeto mostrar la evolución del derecho humano de propiedad, en los textos constitucionales nacionales y los aportes del sistema interamericano de derechos humanos, que permiten asegurar su efectividad en la realidad nacional.*

Palabras claves: *Derecho Humano - propiedad - sistema - interamericano.*

Abstract: *This papers aims to show the evolution of the human right to property, in national constitutional texts and the contributions of the inter-American human rights system, which ensure its effectiveness in the national reality.*

Key words: *Human Right - property - system - inter-american.*

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del derecho de propiedad¹ puede remontarse a la evolución de la humanidad, lo que evidentemente excede los límites de este trabajo². De allí que estas reflexiones se vayan a circunscribir a la evolución republicana del derecho de propiedad, hasta alcanzar su reconocimiento actual en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El establecimiento del régimen republicano vigente encuentra sus raíces en la Revolución Francesa, que cuenta entre sus documentos fundacionales a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789, en la que se reconoce dentro del catálogo de derechos naturales e imprescindibles del hombre, junto a la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión, la propiedad³, la cual es considerada inviolable y sagrada, lo que llevó a sostener que ninguna persona podía ser privada de este derecho, salvo que

* Profesor Invitado de la Universidad Fidélitas de Costa Rica. victor@hernandezmendible.com

¹ La expresión derecho fundamental es polémica y aunque existen elementos que han permitido distinguirla del concepto de derechos humanos, tanto desde una perspectiva filosófica como ideológica, sin pretender desconocer ese debate, pues ello propasa el alcance de este estudio, a los efectos del mismo se emplearán como sinónimos.

² VILLEGAS MORENO, J. L., El derecho de propiedad en la Constitución de 1999, en *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 2001, pp. 566-567; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C., La propiedad en la obra de José Luis Villegas Moreno, en *Retos del Derecho Público en la Tercera Década del Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor José Luis Villegas Moreno*, Caracas, 2021, pp. 340-341.

³ Art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

estando legalmente establecido, mediase una necesidad pública que lo exigiese de manera evidente y que previamente se otorgase una justa indemnización al afectado⁴.

Esta declaración seminal -junto a la Declaración Derechos de Virginia, trece años antes- serán la fuente de inspiración de las revoluciones independentistas contra la Corona de España, que tuvieron lugar en Hispanoamérica durante el siglo XIX.

Según esto, desde la primera Constitución republicana de ámbito nacional -no provincial-, de 21 de diciembre de 1811, en la confederación de provincias que integraban la antigua Capitanía general de Venezuela, se reconoció el derecho de propiedad.

Cabe destacar que lo anterior ocurre en medio del desarrollo de la primera revolución industrial y del establecimiento del Estado de Derecho, cuya concepción ideológica postula un modelo constitucional liberal.

Conforme a ello, tal como ha destacado la doctrina científica, en la regulación del derecho de propiedad se pueden diferenciar cuatro grandes períodos: El primero, va desde 1811 hasta 1864, en la que se considera un derecho absoluto; el segundo de 1864 a 1914, aunque sigue siendo un derecho absoluto, se comienza a reconocer el establecimiento de restricciones legales; el tercero, comprende de 1914 hasta 1947, cuando se entiende que la propiedad es un derecho limitado y finalmente de 1947 hasta la actualidad⁵. Aquí cabe distinguir entre el otorgamiento expreso de la función social de la propiedad, en el período de 1947 a 1999; y la desaparición literal de la mención a esta función, pero su reconocimiento implícito entre 1999 hasta el presente.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá de la siguiente manera: La evolución normativa del derecho de propiedad en las constituciones (II); el reconocimiento en los tratados internacionales de derechos humanos del derecho de propiedad (III); las implicaciones del doble reconocimiento del derecho humano de propiedad (IV); y las consideraciones finales (V).

II. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LAS CONSTITUCIONES

El abordaje de la evolución del derecho de propiedad, aunque inspirado en la división por períodos efectuada por la doctrina científica antes mencionada, se realizará desde la perspectiva del modelo de Estado, en cada época. Ello así, en esta sección se hará referencia en la primera parte, al desarrollo del derecho de propiedad en el modelo constitucional de Estado liberal de Derecho; y en la segunda parte, a la regulación efectuada durante el modelo constitucional de Estado social de Derecho.

1. *El derecho de propiedad en el Estado liberal de Derecho*

Se debe comenzar señalando que desde la primera Constitución republicana de diciembre de 1811 -anterior a la Constitución de Cádiz de 1812, que influyó en varias de las futuras constituciones de Iberoamérica- se reconoce que la propiedad era el derecho que persona tiene a gozar y disponer de los bienes que haya adquirido con su trabajo⁶. Luego, en la Cons-

⁴ Art. 17 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

⁵ BREWER-CARÍAS, A., Derecho de propiedad y libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela, en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II, Caracas, 1979, p. 1141; en *Derecho de Propiedad y Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023, p. 27.

⁶ Art. 155 de la Constitución.

titución de 1819, se mantuvo una redacción similar, pero se hace mención, a que ese derecho se puede ejercer libremente⁷.

Esta fórmula constitucional llevó a sostener que el derecho de propiedad se conformó como absoluto, que únicamente podía ser extinguido por el Estado por motivos legales de necesidad o utilidad pública, siempre que hubiese una justa indemnización⁸.

Los sucesivos textos constitucionales de 1821 y 1830, en esencia mantuvieron el reconocimiento del derecho de propiedad, aunque introdujeron la condicionante para su extinción por el Estado, de que fuese necesario para el uso público⁹. Además, que el último texto constitucional estableció la interdicción de confiscación¹⁰.

En la Constitución de 1857, se dispuso que la propiedad era inviolable y que únicamente por causa de interés público legalmente comprobada, el Congreso podía obligar a enajenarla, previa justa indemnización¹¹. Este texto constitucionalizó la abolición de la esclavitud¹² - decretada previamente en 1854- y también reconoció que los inventores tendrían la propiedad de sus descubrimientos o producciones¹³.

La anterior constitución fue sustituida por la Constitución de 1858, que no estableció mayor novedad respecto a sus predecesoras, sobre el derecho de propiedad.

Como consecuencia de la revolución federal o guerra federal, se expidió la Constitución de 1864, que le otorgó a la propiedad la calificación de garantía constitucional, y en concreto dispuso que esta con todos sus derechos estarán sujetos a las contribuciones que se establezcan legalmente y únicamente podría ser extinguida para ejecutar obras públicas, previo juicio contradictorio e indemnización¹⁴.

El ordenamiento constitucional de 1874 mantuvo la redacción y en el texto de 1881, se modifica la referencia a la propiedad con todos sus “derechos”, por la que alude a la propiedad con todos sus “atributos, fueros y privilegios”¹⁵. Esta expresión se repetirá en los textos de 1891 y 1893.

En la Constitución de 1901, se hizo referencia a que se garantizaba la efectividad del derecho de propiedad¹⁶, con sus atributos, fueros y privilegios. Así lo reconocen las constituciones de 1904 y 1909.

La Constitución de 1914 tiene como antecedente el Estatuto Provisional de ese mismo año. En ambos textos se admitió que la propiedad podía ser objeto de medidas sanitarias, con sujeción a la ley¹⁷.

⁷ Art. 12 de la Constitución.

⁸ BREWER-CARÍAS, A., *Ob.cit.*, p. 1142; y, en *Derecho de Propiedad y Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023, p. 28.

⁹ Arts. 177 y 208 de las Constituciones de 1821 y 1830 respectivamente.

¹⁰ Art. 206 de la Constitución de 1830.

¹¹ Art. 108 de la Constitución de 1857.

¹² Art. 99 de la Constitución de 1857.

¹³ Art. 153 de la Constitución de 1857.

¹⁴ Art. 14.2 de la Constitución de 1864.

¹⁵ Art. 14.2 de la Constitución de 1881.

¹⁶ Art. 17.2 de la Constitución de 1901.

¹⁷ Art. 22.5 de la Constitución de 1914.

Esto constituye una auténtica novedad, pues se introdujo la posibilidad de que la rama ejecutiva que ejerce Poder Público pudiese adoptar medidas sanitarias, que incidiesen lícitamente sobre el derecho de propiedad, lo que en opinión de la doctrina científica, inaugura un desplazamiento de la concepción absoluta del derecho, luego del primer siglo de vida republicana¹⁸.

Para 1925, la Constitución, además de repetir la redacción de su predecesora, agrega que los propietarios estaban obligados a observar las disposiciones sobre higiene pública, conservación de bosques y aguas, así como otras semejantes que se establecieran por ley, en beneficio de la comunidad¹⁹. De esta redacción cabe destacar, que para aquel momento, - primer cuarto del siglo XX-, la Constitución estableció una regulación de avanzada en materia ambiental, al reconocer que el derecho de propiedad tiene límites cuyo origen puede justificarse en la conservación de los bosques y las aguas. Igualmente, admitió la posibilidad de que por vía legal se pudiesen establecer límites adicionales al derecho de propiedad, en la medida de que ello fuese en beneficio de la comunidad. Estas reglas se mantuvieron en las reformas constitucionales de 1928, 1929 y 1931.

En la Constitución de 1936 se reconocía la inviolabilidad de la propiedad, pero se admitía que estaba sujeta a las contribuciones establecidas en las leyes y que podía ser objeto de expropiación. Igualmente se establecieron restricciones y prohibiciones para que determinadas personas adquirieran o transfirieran determinadas propiedades, en razón de su naturaleza, su condición o su ubicación en el territorio. Aunque se reiteró la prohibición de confiscación de bienes, se establecieron dos excepciones: uno de reciprocidad, relacionado con un supuesto en que se produjese una guerra internacional y que el Estado del país con que se estuviese en guerra, hubiese procedido a confiscar en su territorio los bienes de los venezolanos; y otro de protección de la hacienda pública, en los casos de funcionarios que habiendo ejercido cargos en los órganos del Poder Ejecutivo, se hubiesen aprovechado indebidamente de los bienes públicos²⁰.

La última Constitución del Estado liberal de Derecho fue expedida en 1945 y en ella se reitera la inviolabilidad de la propiedad, pero con el reconocimiento expreso de que podía ser objeto de las contribuciones, restricciones y obligaciones que establecieran las leyes por razones de interés público y social²¹.

2. *El derecho de propiedad en el Estado social de Derecho*

Producto de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, se expidió la Constitución de 5 de julio de 1947, en la que se asume por primera vez, la concepción de Estado social de Derecho, que se cernía en el mundo occidental, luego de la finalización de la segunda gran guerra mundial.

Cabe aclarar que el texto constitucional no contiene expresamente la cláusula “Estado social de Derecho”, pero la lectura integral de la misma pone de manifiesto el contenido axiológico que la nutre.

Para muestra, hay que acudir al cambio de redacción que experimenta la norma que regula el derecho de propiedad, que en esencia recoge el bagaje constitucional precedente, por lo que luego de garantizar el derecho, inmediatamente introdujo una noción jurídica que la

¹⁸ BREWER-CARÍAS, A., *Ob.cit.*, p. 1148; y, en *Derecho de Propiedad y Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023, pp. 31-32.

¹⁹ Art. 32.2 de la Constitución de 1925.

²⁰ Art. 32.2 de la Constitución de 1936.

²¹ Art. 32.2 de la Constitución de 1945.

condiciona, es decir, la concepción absoluta inicial y luego con atenuaciones, se va a transformar en virtud de la “función social” en una concepción relativa -esto lo reitera la Constitución de 1953²²-. Esta función social surge como un título transaccional y legitimante, entre el goce y ejercicio personal del derecho de propiedad, aunque no de manera exclusiva y egoísta; sino consciente que no es un derecho absoluto, que está condicionado por los derechos de las demás personas y por las razones de utilidad pública o interés social que mencionen las leyes, es decir, la función social no impide o afecta en ejercicio pleno del derecho, lo que impone es que ello tenga lugar de manera racional, comprometida y solidaria para contribuir al bien común²³, o si se prefiere a la satisfacción del interés general, dentro de los límites que constitucionalmente establezca el ordenamiento jurídico. En consecuencia, la función social que se atribuye al derecho de propiedad es la justificación para someter el derecho a las contribuciones, las restricciones, las obligaciones y las prohibiciones especiales que disponga la ley, con fines de utilidad pública o interés general²⁴.

Resulta oportuno destacar que se admitió la expropiación de cualquier clase de bienes, -no únicamente de la propiedad-, en tanto existiese una causa de utilidad pública o de interés social, establecida previamente en una ley que la permitiese. Para que procediese la expropiación, se requería una sentencia firme y el pago del precio. También se admitió la posibilidad de expropiar tierras con fines de reforma agraria, ensanche o acondicionamiento de las poblaciones y se dispuso la interdicción de confiscaciones, salvo las excepciones que estableciese la propia Constitución²⁵.

Hay que resaltar que la garantía de la propiedad privada de la tierra quedó condicionada por lo previamente mencionado y por la obligación constitucional de mantener las tierras y los bosques que constituyen su objeto, “en producción socialmente útil”, de conformidad con lo que señalase la ley²⁶.

Según lo ha destacado la doctrina científica²⁷, se introdujo en el derecho constitucional, el principio de reversión de las concesiones sobre los bienes adquiridos o construidos por los concesionarios, para la explotación de hidrocarburos y minas. Una vez extinguida la concesión por cualquier causa, tales bienes pasaban “en plena propiedad al patrimonio de la Nación, sin indemnización alguna”²⁸.

Las pautas establecidas en este texto constitucional marcaron un momento decisivo en la regulación constitucional del derecho de propiedad, en la segunda mitad del siglo XX.

La Constitución de la democracia estuvo vigente entre enero de 1961 y diciembre de 1999, es decir, durante aproximadamente 39 años. Este texto rinde tributo a la evolución constitucional precedente, lo que implicó que, partiendo de la garantía del derecho de propiedad, se reconociese su función social y por ende la posibilidad de que el legislador la sometiese a contribuciones, restricciones y obligaciones, con fines de utilidad pública o de interés general²⁹.

²² Art. 35.9 de la Constitución de 1953.

²³ NOVOA MONREAL, E., *El derecho de propiedad privada*, Bogotá, 1979, pp. 60-66.

²⁴ Art. 66 de la Constitución de 1947.

²⁵ Art. 67 de la Constitución de 1947.

²⁶ Art. 68 de la Constitución de 1947.

²⁷ BREWER-CARÍAS, A., *Ob.cit.*, p. 1155; y, en *Derecho de Propiedad y Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023, p. 36.

²⁸ Art. 70 de la Constitución de 1947.

²⁹ Arts. 99 y 101 de la Constitución de 1961.

En razón de ello, la doctrina científica concluyó que el derecho de propiedad, en atención a la función social, no es un derecho que tenga carácter absoluto, eterno e inmutable, sino sujeto a limitaciones de rango legal. La ley es el único acto jurídico capaz de establecer su regulación válidamente, siempre que lo haga respetando el contenido esencial y el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Es así como esta puede limitar el ejercicio del derecho y además le otorga competencia a los órganos que ejercen el poder público, para adoptar las medidas ejecutivas o judiciales, que limiten el derecho de propiedad³⁰.

La reforma constitucional de 1999 introdujo expresamente la cláusula de Estado democrático y social de Derecho³¹, estableciendo entre los fines esenciales del Estado, la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, por lo que se asumió el compromiso de garantizar el cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos en la Constitución³².

Dentro de los derechos que se deben garantizar se encuentra el derecho de propiedad, pero a diferencia de sus predecesoras, la Constitución introduce una modificación que no es menor. Aunque comienza por garantizar el derecho como todas las anteriores³³, inmediatamente agrega que todas las personas tienen derecho al uso, goce o disfrute y disposición de sus bienes³⁴. Ello no impide que la propiedad esté sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley, con fines de utilidad pública o de interés general. Se mantiene la procedencia de la expropiación de cualquier clase de bienes³⁵, debiendo producirse la justa indemnización de manera oportuna y se estableció la prohibición de ejecutar confiscaciones, salvo en los casos taxativamente mencionados en la Constitución³⁶, es decir, esta constituye un asunto de reserva constitucional, que no puede ser alterada o modificada por ley alguna.

³⁰ BREWER-CARÍAS, A., *Ob.cit.*, p. 1158; y en *Derecho de Propiedad y Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023, p. 39.

³¹ Art. 2 de la Constitución utiliza la fórmula “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”.

³² Art. 3 de la Constitución de 1999.

³³ VILLEGAS MORENO, J. L., *Ob.cit.*, pp. 568-569, señala que “... la Constitución de 1999 no considera el derecho de propiedad como un derecho fundamental, de naturaleza preconstitucional, sino que siguiendo la tradición de la Constitución de 1961, la incluye entre los derechos económicos. Esta línea es seguida en otras constituciones europeas y americanas que no catalogan la propiedad entre los derechos fundamentales e inviolables, sino entre los derechos económicos subordinados a los intereses generales y regulados por la ley”, lo que le lleva a concluir que se trata de un derecho constitucional menor dentro de los derechos económicos. Siendo esta afirmación correcta desde la perspectiva del derecho comparado, debe matizarse pues en la realidad nacional, la Constitución de 1999 no distingue entre los derechos fundamentales y por ello más allá de calificarlos como civiles y políticos, por una parte; y por la otra, como económicos, sociales, culturales y ambientales, su goce y disfrute se considera irrenunciable, indivisible e interdependiente. A ello se suma que al ser todos tutelables a través de los medios de protección constitucional, resulta posible formular la demanda de amparo constitucional, para obtener el restablecimiento de la situación jurídica del derecho fundamental de propiedad -al igual que de los demás derechos fundamentales-, por parte de los órganos que ejercen el Poder Judicial.

³⁴ GALLARDO VAUDO, C. y SALDARRIAGA LÓPEZ, N., *La desnaturalización del derecho de propiedad privada en la jurisprudencia agraria*, en *La propiedad privada en Venezuela. Situación y Perspectivas*, Caracas, 2016, p. 90.

³⁵ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., La expropiación en Venezuela. Marco constitucional, legal y jurisprudencial, en *La expropiación forzosa en América Latina*, Bogotá, 2017, pp. 527-582.

³⁶ Arts. 115 y 116 de la Constitución de 1999.

Dos aspectos novedosos saltan a la vista. Por una parte, por primera vez se mencionan en la norma constitucional los atributos esenciales del derecho de propiedad, valga decir, uso, goce o disfrute y disposición³⁷ -que se encontraban regulados únicamente a nivel infraconstitucional en el Código Civil-, es decir, se constitucionalizaron los mencionados atributos³⁸; mientras que por otra parte, se suprimió la mención literal a la “función social” de la propiedad, lo que legítimamente plantea la duda respecto a que la propiedad carezca de dicha función a partir de 1999. No obstante, la doctrina científica considera que la función social del derecho de propiedad subyace en la Constitución, en virtud de la cláusula de Estado democrático y social de Derecho, que, al sustituir el carácter absoluto del derecho de propiedad por uno funcional, persigue que este sea efectivo en la medida que compatibilice el interés individual del propietario, con el interés general de la sociedad³⁹.

Finalmente debe destacarse que la Constitución excluye expresamente del régimen de propiedad privada, un grupo de bienes cuya titularidad se atribuyen a la República (sinónimo de Estado a estos efectos), al catalogarlos como bienes del dominio público, siendo en consecuencia inalienables e imprescriptibles⁴⁰. Al enumerarlos menciona a los yacimientos mineros y de hidrocarburos, las costas marinas⁴¹ y todas las aguas, cuya titularidad se le atribuye a la Nación⁴² (mencionada impropriadamente como sinónimo de Estado).

Establecido lo anterior, procede analizar cómo la ampliación del bloque de constitucionalidad plantea un añadido, al estudio de la propiedad como derecho humano.

III. EL RECONOCIMIENTO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La construcción del Estado de Derecho multinivel fundamentalmente a través de los procesos de integración jurídico-económica y de los mecanismos de reconocimiento y protección de los derechos humanos, tanto en los ordenamientos de origen nacional como de origen internacional, estos últimos de ámbito subregional, continental o universal han venido a reforzar las garantías y medios de satisfacción efectiva de los derechos humanos de las personas.

En lo concerniente al derecho de propiedad, cabe mencionar que luego de finalizada la segunda guerra mundial se efectuaron de manera sucesiva dos declaraciones internacionales de gran transcendencia para el continente americano, que reconocen el derecho de propiedad.

La primera fue la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en Bogotá en abril de 1948 en que se reconoció a todas las personas el derecho a la propiedad privada, para que pudiesen satisfacer sus necesidades esenciales y llevar una vida decorosa, que contribuyese a su dignidad y de su hogar⁴³.

³⁷ VILLEGAS MORENO, J. L., *Ob.cit.*, p. 571.

³⁸ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C., *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, Caracas, 2018, pp. 134-135.

³⁹ VILLEGAS MORENO, J. L., *Ob.cit.*, pp. 570-578.

⁴⁰ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., La formación, trayectoria, significado, estado de la doctrina y enseñanza del dominio público en Venezuela, en *El dominio público en Europa y Latinoamérica*, Arequipa, 2015, pp. 449-476.

⁴¹ Art. 12 de la Constitución de 1999.

⁴² Art. 304 de la Constitución de 1999.

⁴³ O. E. A., art. XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

La segunda fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en Nueva York en diciembre de 1948, en reconoció que todas las personas tienen derecho a la propiedad, tanto individual como colectivamente y estableció la prohibición de privación arbitraria de la propiedad⁴⁴.

Mientras en el sistema universal de derechos humanos, ni el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966, ni el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, le otorgan reconocimiento al derecho de propiedad; en el continente americano, no fue sino hasta noviembre de 1969, cuando se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se produjo tal reconocimiento. Esta dispuso que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, -aunque impregnado por el espíritu y razón del concepto de Estado social de Derecho-, admitió que a través de la ley, tal uso y goce puede ser subordinado al interés social, es decir, no se trata de un reconocimiento como un derecho absoluto, sino de un derecho que al ser relativo, su ejercicio se encuentra condicionado a la presencia del interés social.

Consecuencia de esta relatividad, señaló que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, salvo que existan razones de utilidad pública o de interés social y que medie el pago de una indemnización justa, conforme a lo establecido en la ley⁴⁵.

Constituyendo la propiedad un derecho humano en los términos reconocidos en el tratado internacional antes mencionado, este genera para los Estados la obligación positiva de actuar y adoptar todas las medidas necesarias, valga decir, legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales o de cualquier otro carácter, para asegurar el efectivo ejercicio y goce del derecho; y la obligación negativa de no ejecutar o abstenerse de promover la realización de actividades, que al margen de la ley puedan afectar el ejercicio y goce del mencionado derecho⁴⁶.

Ahora bien, la articulación del derecho nacional con el derecho internacional de los derechos humanos se produjo a través de la cláusula constitucional que le otorga rango y jerarquía constitucional a los tratados, los convenios y los pactos internacionales de derechos humanos. Esta dispone que deben prevalecer en el orden interno y son de aplicación directa, inmediata y preferente a las disposiciones constitucionales de origen nacional, los instrumentos internacionales en tanto sean más favorables en la protección de los derechos humanos, con respecto a lo contemplado en la constitución y las leyes⁴⁷.

En consecuencia, integrado el bloque de convencionalidad por los tratados, los convenios, los pactos y los protocolos internacionales sobre derechos humanos, así como por las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos⁴⁸ corresponde a todos los órganos que ejercen el Poder Público en el nivel nacional, conforme a las competencias y procedimientos constitucionales y legales, llevar a cabo la actividad que sea necesaria para garantizar la efectividad del derecho humano de propiedad.

Según esto, en caso de producirse una diferencia o conflicto entre el reconocimiento y protección constitucional de origen nacional del derecho de propiedad; y el reconocimiento y protección convencional de origen internacional del derecho de propiedad, debe aplicarse este último con preferencia únicamente cuando este ofrezca una garantía mayor y asegure mejor efectividad al ejercicio y disfrute del derecho humano.

⁴⁴ O. N. U., art. 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

⁴⁵ O. E. A., art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁶ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., *El Estado Convencional. Cincuentenario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969-2019)*, Santiago de Chile, 2020, p. 81.

⁴⁷ Art. 23 de la Constitución de 1999.

⁴⁸ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., *Ob.cit.*, pp. 35 y 81.

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia interamericana ha efectuado una interpretación de la Convención Americana, que reconoce “el derecho a la propiedad privada”⁴⁹, que en sentido amplio comprende el uso y goce de los “bienes”, entendiendo por tales las cosas materiales apropiables, así como aquellos derechos que integran el patrimonio de una persona, lo que incluye tanto los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales, así como cualquier objeto inmaterial susceptible de valor⁵⁰ y también incluye las obras del producto de la creación intelectual de una persona⁵¹.

Además, se consideran contenidos en esta categoría a los derechos adquiridos, conceptuando como tales los derechos que reconocidos u otorgados por una ley, un decreto-ley, actos o contratos administrativos o sentencias de los órganos jurisdiccionales nacionales, se han incorporado al patrimonio de las personas⁵², como es el caso de las pensiones de los jubilados que han cumplido con los requisitos de ley⁵³, el salario, los beneficios y los aumentos o las indemnizaciones que hayan sido otorgadas por sentencia judicial firme⁵⁴ o una concesión otorgada por un acto o un contrato administrativo⁵⁵. Congruente con lo anterior se considera que la posesión por sí misma constituye una presunción de propiedad a favor del poseedor y en el supuesto que se trate de un bien mueble, equivale a título. En razón de ello, la posesión de los bienes se encuentra amparada por el derecho a la propiedad reconocido en la Convención⁵⁶.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C, N° 74, párr. 120.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, párr. 122; caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Excepción Preliminar y Fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008, serie C N° 179, párr. 55; caso *Acevedo Buendía y otros (cesantes y jubilados de la contraloría) vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, N° 198, párr. 84; caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, N° 246, párr. 220; caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de junio de 2015, serie C, N° 293, párr. 335.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C, N° 135, párr. 102.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, N° 98, párr. 102; caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Excepción Preliminar y Fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008, serie C N° 179, párr. 55; caso *Acevedo Buendía y otros (cesantes y jubilados de la contraloría) vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, N° 198, párr. 84.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, N° 98, párr. 103; caso *Acevedo Buendía y otros (cesantes y jubilados de la contraloría) vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, N° 198, párr. 85.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de marzo de 2011, serie C, N° 223, párr. 83; caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, N° 246, párr. 221; caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 1° de febrero de 2022, serie C, N° 448, párrs. 112-114.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de junio de 2015, serie C, N° 293, párr. 344.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 07 de septiembre de 2004, serie C, N° 114, párr. 218.

No obstante, se advierte que no se trata de un derecho absoluto⁵⁷. El disfrute efectivo del derecho a la propiedad privada dentro de la sociedad democrática implica que cuando concurren el bien común y los derechos individuales, el primero debe prevalecer en tanto se adopten medidas proporcionales y con estricta sujeción a la legalidad. La función social que se atribuye al derecho a la propiedad permite que el Estado pueda limitarlo o restringirlo a fin de garantizar otros derechos fundamentales, siempre que se respeten las exigencias de la Convención y los principios generales del derecho internacional⁵⁸.

Aunque no es necesario que la causa de la restricción o privación al derecho a la propiedad se encuentre establecida en la ley, si es preciso que ella y su aplicación deban respetar el contenido esencial del derecho. Toda limitación estatal al derecho debe ser excepcional, por lo que todas las medidas de restricción deben ser las necesarias para la consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁵⁹ y que afecten en la menor medida posible otros derechos⁶⁰.

Tal excepcionalidad no impide que las personas pueden ser privadas de sus bienes y este escenario será compatible con la Convención Americana, cuando se fundamente en razones de utilidad pública o de interés social, se efectúe el pago de una justa indemnización y se lleve a cabo de conformidad con la ley⁶¹. De allí que se considere que la no restitución de los bienes a una empresa -que se vio involucrada en un procedimiento-, sin una justificación racional, ni el pago de una justa indemnización, incide en el valor y productividad de la misma, lo que perjudica a quienes son sus accionistas, constituyendo una intromisión arbitraria en el goce del bien, incompatible con el derecho a la propiedad reconocido en la Convención Americana⁶². Ante una expropiación, el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional, que tiene como objetivo lograr un equilibrio entre el interés general y el derecho de propietario. Este principio lo establece la Convención bajo la denominación de “justa indemnización” que debe ser adecuada, pronta y efectiva⁶³.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de enero de 2009, serie C, N° 195, párr. 399; caso *Acevedo Buendía y otros (cesantes y jubilados de la contraloría) vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, N° 198, párr. 84; caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, N° 246, párr. 220.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Excepción Preliminar y Fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008, serie C N° 179, párr. párr. 60.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Excepción Preliminar y Fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008, serie C N° 179, párr. 65.

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Excepción Preliminar y Fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008, serie C N° 179, párr. 73.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, párr. 128; caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C, N° 135, párr. 102; caso *Chaparro Álvarez vs. Ecuador y Lapo Ñiguez vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de noviembre de 2007, serie C, N° 170, párr. 174; caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de junio de 2015, serie C, N° 293, párr. 336.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de noviembre de 2007, serie C, N° 170, párr. 209.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Excepción Preliminar y Fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008, serie C N° 179, párr. 96.

La jurisprudencia reconoce que no existe un criterio único de los tribunales internacionales para establecer la justa indemnización, por lo que cada caso se debe resolver teniendo en cuenta la relación entre los derechos de la persona que es expropiada y los intereses de la comunidad, que se manifiestan en el interés social. Para ello se debe tener en consideración el valor comercial del bien expropiado, -anterior a la declaratoria de utilidad pública-⁶⁴, teniendo presente el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular, así como las justas exigencias en una sociedad democrática, en especial con relación a los bienes que tienen un carácter ambiental⁶⁵. La justa indemnización para que sea integra debe incluir en el pago de la misma, los intereses por mora⁶⁶.

La adopción de medidas cautelares por los tribunales no constituye por sí mismas una violación al derecho a la propiedad, pues no conducen a un traslado de la titularidad del dominio, pero sí constituyen una limitación al derecho, en la medida que afectan la posibilidad de libre disposición de los bienes⁶⁷.

IV. LAS IMPLICACIONES DEL DOBLE RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO DE PROPIEDAD

La interaplicación del derecho internacional y nacional, del derecho convencional y del derecho constitucional permiten identificar varios aspectos relevantes en el derecho humano de propiedad, que se abordarán seguidamente.

1. *Los tipos de propiedad*

Lo primero que se infiere de la lectura de los textos constitucionales y convencionales es que no existe un único tipo de propiedad, es decir, que el ordenamiento jurídico reconoce en atención a quienes ostentan la titularidad, una propiedad privada distinta de la propiedad pública; o a la manera de hacer efectivo el derecho, una propiedad individual distinta de la propiedad colectiva.

La propiedad privada es aquella cuya titularidad puede ser de una persona humana o de una persona jurídica, pudiendo ser esta a su vez, pública o privada. Esta se caracteriza por su dimensión patrimonial⁶⁸ y su régimen jurídico común o de derecho civil, que permite garantizar la autonomía de la voluntad, la libertad de negociación y de contratación o de pactos sobre ella, teniendo como límites los derechos de los demás, el orden público y lo que dispongan las leyes. Se trata de una propiedad que puede ser objeto de uso, goce o disfrute y disposición libre, en la medida que cumpla con su función social. En consecuencia, se puede considerar que se encuentra sujeta al libre tráfico jurídico, salvo las limitaciones que establezcan las leyes. En esencia esta se puede catalogar tradicionalmente como propiedad ordinaria (bienes muebles o inmuebles, corporales o incorpóreas), la propiedad intelectual (se clasifica en industrial; y, en derechos de autor y conexos) y la propiedad horizontal (específica de los inmuebles en régimen de condominio).

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Excepción Preliminar y Fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008, serie C N° 179, párr. 98.

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Reparaciones y Costas, sentencia de 3 de marzo de 2011, serie C N° 222, párr. 76.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Reparaciones y Costas, sentencia de 3 de marzo de 2011, serie C N° 222, párrs. 101-104.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de diciembre de 2016, serie C, N° 330, párr. 128.

⁶⁸ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C., La propiedad en la obra de José Luis Villegas Moreno, *Ob.cit.* p. 335.

La propiedad pública es aquella cuya titularidad corresponde a las personas jurídicas públicas⁶⁹. En principio, no se le reconoce una dimensión patrimonial ordinaria y tiene un régimen jurídico diferenciado, preeminente de derecho público, aunque supletoriamente se aplica la regulación de derecho privado. La negociación y los pactos sobre ella no son discrecionales, sino sometidos a las reglas de la competencia y a un régimen jurídico formal de selección de contratistas, todo ello orientado a garantizar que la propiedad satisfaga el interés general que justificó su afectación y destino público. Por tanto, se encuentra sometida a un tráfico jurídico preeminentemente reglado y especial, que incluso lleva a caracterizarlos como bienes que en principio se consideran inalienables, inembargables e imprescriptibles, conforme a la constitución y las leyes. El hecho de que sea objeto de un régimen jurídico especial no implica que este sea inmodificable, pues si desaparecen las causas que justifican su demanialidad, los bienes pueden ser desafectados y entran al régimen jurídico ordinario. En esta categoría de bienes del dominio público se ubican los bosques y los suelos públicos, los terrenos baldíos, los yacimientos mineros y de hidrocarburos.

La propiedad individual⁷⁰ es aquella cuya titularidad le corresponde a una sola persona, que puede hacer efectivos sus atributos de uso, goce y disfrute, disposición de manera personal y exclusivo respecto a terceras personas, siempre que cumpla con las contribuciones, obligaciones, restricciones y limitaciones que disponga la ley; y excepcionalmente a dos personas que voluntariamente se relacionan a través del matrimonio, concubinato, unión marital de hecho o unión libre; o por varias personas que consecuencia de una causa de muerte, adquieren un bien en comunidad.

La propiedad colectiva⁷¹ es aquella cuya titularidad se atribuye a un grupo o conjuntos de personas, es decir, aunque esta sea físicamente divisible, por su configuración legal resulta indivisible y no existe un único titular. Los atributos clásicos de la propiedad individual experimentan alteraciones o ajustes, pues el uso no es individual y exclusivo, sino grupal o por asignación a determinadas personas, que pueden ser integrantes de una familia o no, pero que en todo caso la comparten; el goce y disfrute debe llevarse a cabo de acuerdo a las reglas y las costumbres del colectivo y de los límites que establecen las leyes; y la disposición puede ser circunscrita a los integrantes del colectivo o a terceros, pero requerir la previa aprobación de aquellos, según las prácticas y costumbres tradicionales, en conformidad con la ley, es decir, se trata de un tráfico jurídico restringido y fundamentalmente se proyecta sobre bienes inmuebles como la tierra o los bienes culturales e intelectuales de determinados colectivos.

De lo antes dicho se puede señalar que la propiedad privada constituye un derecho humano de ejercicio individual; la propiedad pública no constituye un derecho humano; y la propiedad colectiva ha sido reconocida por la jurisprudencia interamericana como un derecho vinculado a otros derechos humanos como la vida, la alimentación, el ambiente, la identidad cultural, el agua potable y la participación.

2. *Las condiciones para la restricción o limitación del derecho de propiedad*

Tanto constitucional como convencionalmente el contenido esencial del derecho de propiedad permite identificar los atributos de uso, goce o disfrute y disposición de los bienes que puede hacer efectivos su titular. Ese contenido debe ser regulado con sujeción a los estándares que permitan asegurar la identificación y la diferenciación con respecto a otros derechos y la efectividad del ejercicio y disfrute del mismo.

⁶⁹ Art. 525 del Código Civil.

⁷⁰ Art. 17.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

⁷¹ Art. 17.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Ahora bien, la doctrina científica ha destacado los requisitos o condiciones tanto formales como materiales que deben cumplir los órganos que ejercen el Poder Público⁷², para que puedan afectar o incidir en el ejercicio y disfrute del derecho mediante la adopción de medidas de limitación o restricción, que sean constitucional y convencionalmente válidas⁷³.

En lo que respecta a las condiciones formales que permiten la limitación o restricción del derecho de propiedad, se deben cumplir los siguientes presupuestos:

- a) La reserva legal⁷⁴. Sólo por ley se pueden establecer las limitaciones o imponer las restricciones a los derechos y las libertades, pero ello no implica que queden subordinados en su ejercicio a la existencia de la ley.
- b) La determinación de la regulación que afecta los derechos y las libertades, de manera que la limitación o la restricción puedan ser conocidas anticipadamente por sus titulares. Ello garantiza tanto tener seguridad jurídica como certeza respecto al ámbito del ejercicio lícito y sobre las previsibles medidas que pueden adoptar los órganos que ejercen el Poder Público, con relación a la efectividad de tales derechos y libertades. Además contribuye a facilitar el control constitucional sobre las medidas administrativas y jurisdiccionales⁷⁵.
- c) El carácter de ley orgánica que exige la Constitución⁷⁶.

Las condiciones materiales que justifican válidamente la limitación o la restricción del derecho son cuatro:

- a) La licitud del fin perseguido⁷⁷. El legislador, para limitar o restringir los derechos debe perseguir un fin compatible con el bloque de constitucionalidad, es decir, la constitución, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y con el orden de los valores sobre los que gravitan. Ello así, la restricción o limitación será lícita, siempre que persiga garantizar derechos o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos de manera expresa o tácita.

La Convención Americana de Derechos Humanos reconoce que el ejercicio de los derechos y las libertades puede ser limitado o restringido con el fin de asegurar el respeto de los derechos y libertades de los demás y para satisfacer las justas exigencias de orden público y de bien común en una sociedad democrática⁷⁸.

⁷² CASAL, J. M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*, Bogotá, 2020, pp. 303-365.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castañeda Gutman vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 agosto de 2008, serie C, N° 184, párr. 174.

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, serie A, N° 6 párr. 27.

⁷⁵ CASAL, J. M., *Ob.cit.*, p. 171.

⁷⁶ Art. 203 de la Constitución de 1999.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de febrero de 2014, serie C N° 239, párr. 164; caso *López Lone y otros vs. Honduras*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de octubre de 2015, serie C, N° 302, párr. 168; caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 9 marzo de 2018, serie C, N° 351, párr. 332.

⁷⁸ Art. 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b) La prohibición de exceso. El principio de proporcionalidad, aunque no tenga reconocimiento expreso, constituye uno de los principios implícitos en el Estado de Derecho, que asegura el control de la licitud de la actividad de los órganos que ejercen el Poder Público. Este principio conduce a la realización del test de proporcionalidad en su triple dimensión⁷⁹:

El subprincipio de idoneidad: La restricción o limitación del derecho o libertad será válida, cuando sea apta para alcanzar el fin perseguido por la ley que la establece, es decir, supone la posibilidad cierta de lograr el objetivo establecido expresa o implícitamente en la ley.

El subprincipio de necesidad: La restricción o limitación del derecho o libertad será válida, en cuanto no exista una medida alterna menos gravosa para el derecho, que sea capaz de alcanzar con igual grado de efectividad el objetivo propuesto.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: Conduce a un examen de razonabilidad, es decir, lleva a ponderar que las limitaciones o restricciones sufridas por el derecho o libertad no sean exageradas o desmedidas y se justifiquen respecto al fin de protección o satisfacción de otro derecho o interés público, que se busca alcanzar⁸⁰.

c) La compatibilidad con el sistema democrático. Tanto la Convención Americana⁸¹ como la Carta Interamericana Democrática⁸² exigen la compatibilidad con el orden público democrático, de la limitación o restricción de los derechos y las libertades, como condición indispensable para que se reconozca su validez.

d) La intangibilidad del contenido esencial. El derecho o la libertad puede ser limitado o restringido por la ley, sin que esta pueda desnaturalizarlo, vaciarlo o suprimirlo, es decir, sin que lo haga irreconocible o impracticable⁸³.

CONSIDERACIONES FINALES

En la actualidad el modelo político de Estado social y democrático de Derecho tiene como fundamento supremo del ordenamiento jurídico a la constitución y es justamente este texto normativo de origen nacional, la fuente del reconocimiento del derecho humano de propiedad.

Dicho reconocimiento viene otorgado por una norma de origen nacional como lo es la propia constitución, que es desarrollada por las respectivas leyes, que delimitan, restringen y configuran el ejercicio y disfrute del derecho de propiedad. No obstante, tal reconocimiento no es monopolio del texto constitucional de origen nacional, pues en el Estado de Derecho multinivel también los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos tienen importancia y valor jurídico vinculante en los términos que le reconocen las constituciones nacionales y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de noviembre de 2007, serie C, N° 170, párr. 93; caso *J. vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de noviembre de 2013, serie C, N° 275, párr. 127.

⁸⁰ CASAL, J. M., *Ob.cit.*, p. 341.

⁸¹ Arts. 29.d) y 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁸² Art. 7 de la Carta Interamericana Democrática.

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *La colegiación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva 5/85, de 13 de noviembre de 1985, serie A, N° 5, párr. 67; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C., La propiedad en la obra de José Luis Villegas Moreno, *Ob.cit.*, p. 351.

En concreto, conforme al marco constitucional nacional ha sido la misma constitución la que le otorga rango, valor y jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, al punto de reconocerle aplicación inmediata, directa y preferente a estos últimos, cuando brinden una mejor protección a los derechos humanos, que la establecida en el texto constitucional de origen nacional. Es decir, los tratados, pactos, convenciones y protocolos y demás actos jurídicos internacionales que componen el bloque de convencionalidad en materia de derechos humanos, se integran a la constitución y conforman el bloque de constitucionalidad, disfrutando todos del mismo valor normativo⁸⁴.

Es así como reconocido el derecho humano de propiedad, tanto en el texto constitucional de origen nacional (constitución) como de génesis internacional, es decir, en los tratados, pactos, convenciones y protocolos, así como en las opiniones consultivas y la jurisprudencia de los órganos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, existe la obligación del Estado de adoptar las medidas positivas para asegurar la efectividad de su ejercicio y las medidas negativas para no interferir en su goce y disfrute, más allá de los estrictos límites legales, admisibles en una sociedad democrática.

El desarrollo de esta exposición lleva a concluir con la mejor doctrina científica, que el derecho humano de propiedad es un instrumento esencial para la realización de la libertad y del ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad⁸⁵, consecuencia directa de la libertad general de la persona y en tales términos todos los órganos que ejercen el Poder Público deben garantizar el efectivo ejercicio del derecho de propiedad, en el ordenamiento jurídico nacional.

⁸⁴ Art. 23 de la Constitución de 1999.

⁸⁵ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C., El derecho de propiedad: breves notas para su sistematización, en *Revista Tachirensis de Derecho* N° 31, San Cristóbal, 2020, p. 66.

Comentarios Monográficos

VISIÓN Y REVISIÓN DE LA POLÍTICA EXTERIOR 2023

J. Gerson Revanales M. PhD
Embajador de Carrera (R)

Resumen: *Este trabajo tiene por objeto dar una visión general de la Política Exterior de Venezuela durante 2023*

Palabras Clave: *Venezuela; Política Exterior*

Abstract: *This paper aims to give an overview of Venezuela's Foreign Policy during 2023*

Key words: *Venezuela; Foreign Policy*

PARTE I

UNA VISIÓN GLOBAL

Los objetivos de la política exterior a nivel global para 2023 fueron ambiciosos, a su vez esenciales como son el cambio climático como una amenaza a la humanidad o poner punto final a los conflictos que cuestionan la efectividad del Consejo de Seguridad, responsable de la seguridad y paz mundial.

En este contexto el trabajo de las cancillerías, necesariamente tuvo que dirigirse a fortalecer las instituciones multilaterales, en apoyar a las Organizaciones no Gubernamentales; promover la democracia y los derechos humanos, luchar contra el cambio climático y promover el desarrollo sostenible; todos objetivos que requieren un esfuerzo concertado de la comunidad internacional, sobre la base de cuatro principios universales: La cooperación y el multilateralismo, el respeto a los Derechos Humanos y la democracia, como piezas esenciales para construir un mundo más pacífico, próspero y justo.

La cooperación internacional es necesaria para abordar los desafíos globales, como el cambio climático, la pobreza y el terrorismo, mientras que el multilateralismo es la mejor forma de garantizar la paz y la seguridad en el mundo. En cuanto al respeto de los Derechos Humanos, es universal y debe ser el horizonte de todos los gobiernos, partiendo que la democracia si no es el mejor sistema, es el más perfectible para garantizar la justicia, paz y la prosperidad.

Los desafíos que enfrenta la política exterior mundial y global ¹incluyen:

¹ La diferencia entre política exterior mundial y global radica en su alcance y en el nivel de análisis. La política exterior mundial se refiere a las relaciones entre los Estados, considerados como unidades soberanas. Su objetivo es promover los intereses nacionales de un Estado en el ámbito internacional. La política exterior mundial se centra en los asuntos que afectan directamente a los Estados, como la seguridad, la economía, la diplomacia y la cooperación internacional. La política exterior global, en cambio, tiene un alcance más amplio. Se refiere a las relaciones entre los Estados y los demás actores globales, como las organizaciones internacionales, las empre-

- El ascenso del populismo y el nacionalismo, al poner en peligro el multilateralismo y la cooperación internacional.
- La crisis climática generando conflictos y tensiones entre los países productores y consumidores de hidrocarburos.
- La desigualdad al estar aumentando en todo el mundo, lo cual genera inestabilidad social y política.

Algunas de las acciones específicas en las agendas de las cancillerías para la promoción de una política exterior mundial y global más efectiva incluyen la:

- Inversión en las instituciones multilaterales. Estas necesitan más recursos para abordar los desafíos globales.
- La promoción de la democracia y los Derechos Humanos
- La lucha contra el cambio climático: Los países están tomando medidas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y adaptarse a los efectos del cambio climático.
- La promoción del desarrollo sostenible: Los países están trabajando juntos para garantizar que todos los seres humanos tengan acceso a los recursos necesarios para vivir una vida digna.

OPINIÓN PERSONAL:

La comunidad internacional a través de los organismos y agencias especializadas está trabajando para superar los desafíos que enfrenta la política exterior mundial y global. Solo a través del compromiso con los principios universales de la cooperación y el multilateralismo, se podrá construir un mundo más pacífico, próspero y justo.

La instrumentación de los principios universales de la humanidad² será siempre un desafío en su existencia. El ascenso del populismo, el auto llamado progresismo, el nacionalismo, la crisis climática y la desigualdad son solo algunos de los retos que enfrentara la Comunidad internacional durante las siguientes décadas. A pesar de estos desafíos, la comunidad interna-

sas multinacionales y las organizaciones no gubernamentales. Su objetivo es promover los intereses globales, como la paz, el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente.

En términos de nivel de análisis, la política exterior mundial se centra en el nivel del Estado-nación. Se trata de una política que es formulada y ejecutada por los gobiernos nacionales. La política exterior global, en cambio, se centra en el nivel global. Se trata de una política que es formulada y ejecutada por una variedad de actores, incluidos los gobiernos, las organizaciones internacionales y los actores

² Los principios universales de la humanidad son aquellos que rigen el comportamiento humano y que son comunes a todas las culturas y sociedades. Estos principios se basan en la dignidad humana, la igualdad, la justicia, la solidaridad y la paz.

Algunos de los principios universales más importantes son:

Dignidad humana: Todos los seres humanos son dignos de respeto y consideración, independientemente de su raza, religión, sexo, nacionalidad o condición social.

Igualdad: Todos los seres humanos son iguales en derechos y dignidad.

Justicia: Todos los seres humanos tienen derecho a la justicia, sin discriminación.

Solidaridad: Todos los seres humanos están unidos por un destino común y tienen la responsabilidad de ayudarse mutuamente.

Paz: Todos los seres humanos tienen derecho a vivir en paz y seguridad.

cional tendrá que seguir trabajando con la promoción de una política proactiva, basada en la cooperación; el respeto a los Derechos Humanos y la democracia. Solo a través de un compromiso sincero con estos principios, se podrá construir un mundo mejor.

UNA INTRODUCCIÓN A LA GLOBALIDAD Y MULTILATERALIDAD

Las relaciones internacionales en términos globales en el 2023 en comparación al año 2022, se han caracterizado por un mayor énfasis en la cooperación y la multilateralidad, a pesar del conflicto en Ucrania, los ataques terroristas del Grupo Hamas y la dura respuesta de Israel, colindante con acciones militares proscritas por el Derecho Internacional, con resonancia de tambores de guerra en el mar rojo.

La posición de Venezuela en ha sido la de apoyo en favor de la paz mundial, en Ucrania, condena al sionismo y defensa de la Carta de la ONU; por el otro lado contradictoriamente, el Encargado de Negocios de la Misión de Venezuela en la ONU³; ha expresado su solidaridad con el gobierno ruso, condenado a la intervención militar de la OTAN en Ucrania. En febrero pasado Venezuela votó en contra de la resolución de la Asamblea General de la ONU que condenaba la invasión rusa de Ucrania y se ha negado a reconocer a las nuevas autoridades ucranianas.

La crisis climática ha generado tensiones entre los países desarrollados y los países en desarrollo, que reclaman a los primeros que asuman una mayor responsabilidad en la lucha contra el cambio climático, con el objetivo de alcanzar acuerdos que permitan reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. En la COP26, celebrada en Glasgow en 2021, los países se comprometieron a alcanzar la neutralidad de carbono en 2050.

Venezuela como contribución al logro de estos objetivos, se ha comprometido a reducir sus emisiones de CO2 en un 25% para 2030. Para cumplir con este compromiso, el gobierno tendría que implementar políticas más restrictivas para reducir la producción petrolera y promover el uso de energías renovables, algo que por ahora pareciera imposible dadas las sanciones y la situación de la industria petrolera

Para el 5 de diciembre pasado, Venezuela ocupaba el puesto 26 en la tabla de emisiones de dióxido de carbono (CO2) del mundo, con un total de 70 millones de toneladas de CO2 emitidas en 2022; lo cual representa una disminución del 10% con respecto a las emisiones de 2021.

PARTE II

LOS DESAFÍOS DE LA AGENDA INTERNACIONAL DE VENEZUELA

Las relaciones internacionales de Venezuela y su agenda internacional se limitan a no más de cinco temas (Relaciones con los EE.UU, las sanciones, Relaciones con Colombia; los Derechos Humanos; La reclamación del Esequibo y la investigación en la Corte Penal Internacional), Temas reiterativos que serán analizados a lo largo de este resumen; mientras que la política exterior se enfoca a estrechar las relaciones con los países ideológicamente afines, sin muestra de abrirse a otros países de corte democrático

³ <https://mppre.gob.ve/2023/02/22/venezuela-comparte-postura-favor-paz-ucrania-defensa-carta-onu/>. El Encargado de Negocios Joaquín Pérez Ayestarán, reiteró el llamado a favor de la paz, durante su intervención en Nueva York (EEUU) en la 17ª sesión plenaria del Undécimo Período Extraordinario de Sesiones de Emergencia de la Asamblea General sobre la situación en Ucrania.

ENERO

El año 2023, comenzó con la crisis migratoria, navegando a su vez a través de las sanciones petroleras impuestas por Washington. La primera de ellas de orden social, un problema complejo que ha planteado desafíos significativos al gobierno de Estados Unidos. El Presidente Biden ha adoptado una serie de medidas para abordar la crisis; medidas que han sido criticadas por algunos sectores como insuficientes; mientras que otros grupos, por el contrario, las consideran demasiado permisivas y que pueden fomentar la migración irregular.

Los venezolanos que han abandonado el país lo han hecho por razones de seguridad, persecución política o económica. Según la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR)⁴, la magnitud de la crisis alcanza más de 4 millones de venezolanos que han abandonado el país desde 2015. De estos, más de 3 millones se han refugiado en países de la región, principalmente en Colombia, Perú y Ecuador. La naturaleza de la crisis: es una crisis de refugiados, no de migrantes económicos.

MEDIDAS DEL GOBIERNO AMERICANO

La proximidad a Estados Unidos hace que sea relativamente fácil para los venezolanos llegar a Estados Unidos. Venezuela se encuentra a solo 1.500 kilómetros de las costas de Estados Unidos. Por ello el Presidente Biden tenido que adoptar una serie de medidas para abordar la crisis migratoria las cuales incluyen:

- La devolución a México (Remain in México): En octubre de 2022, Biden anunció que restauraría el programa “Remain in México”, que obliga a los solicitantes de asilo a esperar su proceso de asilo en México. El programa se aplica a los migrantes de Venezuela, Cuba, Nicaragua y Haití. El éxito de estas medidas aún está por verse. La crisis migratoria es un desafío complejo que no tiene una solución fácil.
- El aumento de la inversión en programas de reasentamiento y asistencia a los migrantes: Esto ayudaría a los migrantes a integrarse a la sociedad y a contribuir a la economía.
- Una reforma del sistema de asilo: Esto haría que el proceso de asilo sea más justo y eficiente.

En general, las medidas de Biden para abordar la crisis migratoria venezolana son solo un paso en la resolución del problema. Las medidas de atención a los migrantes, como el TPS y el PPT, ofrecen una protección legal y un permiso de trabajo a los migrantes que han huido de una crisis humanitaria. Sin embargo, estas medidas como la devolución a México y el refuerzo de la frontera, son insuficientes. La crisis migratoria venezolana es un fenómeno complejo que no se puede resolver simplemente con medidas de disuasión, lo cual hace necesario abordar las causas de la migración, como la crisis política y económica en Venezuela.

CONSECUENCIAS

- Las consecuencias de estas medidas tienen un impacto a nivel regional, algunas de ellas implican:
- Inestabilidad política: lo que podría provocar un conflicto armado o una intervención extranjera.

⁴ <https://www.acnur.org/noticias/comunicados-de-prensa/mas-de-cuatro-millones-de-personas-refugiadas-y-migrantes-de>

- Deterioro económico, lo cual podría provocar un aumento de la pobreza y la desigualdad.
- Represión política: Pudiendo desembocar en un aumento de violaciones de los derechos humanos.

PELIGROS

Los peligros que enfrenta Venezuela por estas medidas también son de considerar como pudiera ser:

Un conflicto social producto de una insurrección interna o de una Intervención extranjera con amenazas como la del Señor Trump cuando manifestó “*que todas las opciones estaban sobre la mesa*”. Este escenario alteraría el equilibrio geopolítico de la región y el deterioro de la seguridad, lo cual podría desencadenar en un aumento de la criminalidad y la violencia tipo Haití.

En este sentido, se recomendaría que el gobierno americano adopte medidas como:

- Fortalecimiento de la cooperación internacional al apoyar a los países vecinos que están acogiendo a los migrantes venezolanos.
- Creación de vías legales para la migración, con la inclusión y ampliación de los programas de visas, como visas de trabajo y visas de familia.
- Protección de los Derechos Humanos de los migrantes, al protegerlos de la discriminación, la explotación sexual y la violencia.

CRÍTICAS

Las medidas adoptadas por el Presidente Biden han sido criticadas por algunos como insuficientes. Los críticos argumentan que las medidas no abordan la raíz de la crisis, que es la situación política y económica en Venezuela.

POSIBLES SOLUCIONES

De acuerdo a algunos analistas y observadores, algunas posibles soluciones a la crisis migratoria venezolana incluyen:

- Una solución política que permita la celebración de elecciones libres y justas en Venezuela podría ayudar a frenar la migración.
- Una mayor cooperación internacional entre los países de la región y Estados Unidos
- Iniciativas para promover la reintegración de los venezolanos en Venezuela al promover la reintegración de los venezolanos que han huido del país.

Hasta ahora, es probable que la crisis migratoria venezolana durante muchos años siga siendo un desafío para el gobierno de Estados Unidos. Las medidas adoptadas por el Presidente Biden han sido un primer paso, pero se necesitan más esfuerzos para abordar la raíz de la crisis.

ANÁLISIS DE LAS IMPLICACIONES Y CONSECUENCIAS

Las implicaciones, consecuencias y peligros que enfrenta Venezuela por estas medidas son complejas y varían según el escenario. Sin embargo, es claro que estas medidas tienen el potencial de tener un impacto en el país. En alguno de los casos, las medidas podrían conducir a un cambio político y a una transición democrática. En este escenario, las medidas podrían ayudar a mejorar la situación política, económica y social. Sin embargo, también existe

el riesgo de que las medidas conduzcan a una mayor inestabilidad. En este escenario, las medidas podrían empeorar la situación de Venezuela y provocar una crisis humanitaria. Es importante tener en cuenta que el impacto de estas medidas dependerá de una serie de factores, incluyendo la respuesta del gobierno venezolano, la voluntad de los venezolanos de participar en un proceso democrático y la actitud de la comunidad internacional.

Del otro lado del Atlántico, la Unión Europea (UE) anunció que prorrogará las sanciones contra Venezuela por un año más las sanciones impuestas en 2017, por la represión política y la violación de los Derechos Humanos en el país. La prórroga de las sanciones de la UE contra Venezuela es un signo de que la UE sigue preocupada por la situación política y económica en el país.

FEBRERO

Si bien el mes de enero comenzó con la crisis migratoria motivada por razones políticas, febrero se inició por igual con una crisis política producto de las sanciones impuestas a Venezuela y su revisión. El 2 de febrero, el gobierno de Estados Unidos autorizó a la empresa Chevron⁵ a realizar operaciones limitadas en Venezuela. La autorización está condicionada a la celebración de elecciones libres y justas y liberación de presos políticos. La autorización del gobierno de Estados Unidos a Chevron para realizar operaciones limitadas en Venezuela para algunos analistas, representa una señal de que existen conversaciones entre Washington y Caracas

EFFECTOS A CORTO PLAZO

Los efectos del envío de cargamentos de petróleo de Chevron a Estados Unidos⁶ son complejos y variados. A corto plazo, el envío puede ayudar a aliviar la escasez de petróleo en Estados Unidos y reducir los precios de la gasolina en el mercado americano; así como sentar un precedente para una mayor inversión extranjera en Venezuela.

EFFECTOS A LARGO PLAZO

Efectos como la mayor inversión extranjera en Venezuela y la recuperación económica del país, son más probables que se produzcan a lo largo de varios años; mientras que el envío de petróleo de Venezuela puede ayudar a nivelar las reservas de petróleo en Estados Unidos y reducir su dependencia de las importaciones de petróleo del Medio Oriente. Según la Agencia Internacional de Energía de Estados Unidos, las reservas de petróleo crudo⁷ del país se encuentran en su nivel más bajo desde 1983, al situarse a casi 270 millones de barriles, según los últimos informes, a principio del pasado mes de octubre cuando quedaban sólo 17 días de suministro⁸

⁵ CNN: La Oficina de Control de Activos Extranjeros del Departamento del Tesoro emitió este sábado la Licencia General 41 de Venezuela, que autoriza a Chevron a “reanudar operaciones limitadas de extracción de recursos naturales en Venezuela”, <https://cnnespanol.cnn.com/2022/11/26/ee-uu-chevron-autorizacion-extraer-petroleo-venezuela-acuerdo-humanitario-trax/>

⁶ Voz de América 2 ago. 2023 Las exportaciones de petróleo de Venezuela aumentaron en julio a su nivel más alto en casi tres años y medio, impulsadas por la firma de nuevos contratos de suministro y mayores envíos por parte de la estadounidense Chevron. <https://www.vozdeamerica.com/a/exportaciones-petroleras-de-venezuela-suben-en-julio-/7208582.html>

⁷ En la actualidad, con los 346,8 millones de barriles

⁸ Fuente FINET. <https://www.finect.com/usuario/sonIA/articulos/la-reserva-de-petroleo-de-estados-unidos-a-17-dias-de-agotarse-mas-alzas-de-precio#:~:text=Las%20reservas%20de%20petr%C3%B3leo%20de,Global%20Markets%20Analyst%20de%20Investing.>

POSIBLES ESCENARIOS

En el mejor de los casos, el envío de petróleo a EE.UU, podría ayudar a aliviar la crisis humanitaria en Venezuela. El aumento de los ingresos del gobierno venezolano le podría permitir invertir en programas sociales para ayudar a las clases más afectadas por la crisis. En el peor de los casos, podría producir una mayor inestabilidad política; a lo cual el gobierno podría acusar que el envío es una intervención extranjera y tomar represalias contra la oposición. En este contexto la flexibilización de las sanciones se desarrollan gradualmente a lo largo del tiempo.

MARZO

El tercer mes de año abrió con dos escándalos de repercusión internacional; el 20 de marzo, uno de los principales funcionarios del gobierno, el ministro de Petróleo de Venezuela, Tareck El Aissami, quien es investigado en Estados Unidos por corrupción, renunció a su cargo. La renuncia es un golpe a lo interno del gobierno

En otro contexto pero también con efectos internacionales es el informe de la Misión para la Determinación de los Hechos sobre Venezuela de la ONU (MIIV) presentado el pasado 30 de marzo, El informe es contentivo de las violaciones a los derechos humanos, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones forzadas.

RECOMENDACIÓN DE LA CPI.

La Misión recomienda que el gobierno de Venezuela sea investigado por la CPI, por crímenes de lesa humanidad. de conformidad con la resolución 51/29 del Consejo de Derechos Humanos. Párrafo 9 - *Solicita al Alto Comisionado que siga vigilando la situación de los Derechos Humanos en la República Bolivariana de Venezuela, informando al respecto y proporcionando cooperación técnica con miras a mejorarla, entre otras cosas mediante la presentación un informe verbal actualizado, seguido de un diálogo interactivo, al Consejo de Derechos Humanos en sus períodos de sesiones 52º y 55º*

ABRIL

Para este mes destacan varios eventos con implicaciones a nivel internacional: -Las conversaciones entre el Gobierno de los EE.UU y Venezuela; el anuncio de protección temporal en los EE UU (TPS);- El anuncio del gobierno de Colombia de dar residencia a los migrantes venezolanos y -Una conferencia organizada por el gobierno de México para la búsqueda de un diálogo político en Venezuela.

CONVERSACIONES CON EE.UU

El 1 de abril, el gobierno de Estados Unidos anunció que enviará una delegación de alto nivel a Venezuela encabezada por el subsecretario de Estado para Asuntos del Hemisferio Occidental, Brian Nichols para dialogar con el gobierno nacional. Independientemente de estas conversaciones, el gobierno de Estados Unidos, el 20 de abril, anunció que extenderá el Estatus de Protección Temporal (TPS) para los venezolanos hasta el 31 de diciembre de 2025. La extensión del TPS es una medida positiva que podría ayudar a proteger a los venezolanos que viven en Estados Unidos.

⁹ Consejo de Derechos Humanos 1^{er} período de sesiones <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/525/10/PDF/G2252510.pdf?OpenElement>

IMPLICACIONES, CONSECUENCIAS Y PELIGROS PARA VENEZUELA

El diálogo entre Estados Unidos y Venezuela tiene implicaciones en caso de que mejoren de las relaciones entre ambos países y contribuya a una solución pacífica de la crisis política que atraviesa el país desde hace casi 25 años.

CONSECUENCIAS

El diálogo político podría conducir a un aumento de la presión internacional para la realización de elecciones libres, a riesgo de que el gobierno de Maduro considere que el diálogo es una forma de presión de Estados Unidos para que se someta a sus exigencias.

COLOMBIA

El 15 de abril, el gobierno de Colombia anunció que otorgará un estatus migratorio especial a los venezolanos que hayan sido víctimas de violencia política en Venezuela. El nuevo estatus especial permitirá a los venezolanos vivir y trabajar legalmente en Colombia; mientras que el 25 de abril, la Conferencia Internacional sobre Venezuela inició sus sesiones en Bogotá, Colombia. La Conferencia está organizada por el gobierno de México y busca promover un diálogo político en Venezuela.

REANUDACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES ENTRE COLOMBIA Y VENEZUELA

La reanudación de las negociaciones entre Colombia y Venezuela representa un acontecimiento positivo. Las negociaciones ayudaron a normalizar las relaciones entre ambos países y condujeron a una reapertura de la frontera. El estatus migratorio especial para venezolanos en Colombia ha sido una medida positiva que ha ayudado a proteger a los venezolanos que han sido víctimas de violencia política en Venezuela, al permitirles vivir y trabajar legalmente en Colombia.

MAYO

Mayo abrió con una noticia esperada al anunciar la Corte Penal Internacional (CPI), el 4 de mayo, la apertura de una investigación formal sobre presuntos crímenes de lesa humanidad cometidos en Venezuela. La investigación se centraría en las presuntas ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones forzadas cometidas por el gobierno de Maduro.

Como actividades se destacaron la visita del ministro venezolano de Relaciones Exteriores, Carlos Faría, a Cuba, reuniéndose con su homólogo cubano, Bruno Rodríguez Parrilla. Los dos ministros discutieron la agenda bilateral para el año 2023, y acordaron fortalecer la cooperación en áreas como la salud, la educación y la cultura.

El 12 de mayo, el gobierno de Colombia anunció que reabrirla la frontera con Venezuela a partir del 1 de junio. La reapertura de la frontera se produjo tras dos años de cierre debido a la crisis política en el país; mientras que el día 15, el gobierno de Estados Unidos anunció que ampliaría el Estatus de Protección Temporal (TPS) para los venezolanos hasta el 31 de diciembre de 2026, un año de su anuncio inicial.

Peligros

- Los tres anuncios presentan sus peligros: La reapertura de la frontera entre Colombia y Venezuela podía conducir a un aumento del contrabando y la criminalidad en la frontera.
- La extensión del TPS para venezolanos podía conducir a un aumento del costo de los servicios sociales en Estados Unidos.
- La investigación de la CPI sobre Venezuela podría conducir a una escalada de la tensión entre Venezuela y la CPI, al considerar que la investigación es una amenaza a su permanencia en el poder, lo que significaría a una mayor inestabilidad política pudiendo tomar represalias contra la CPI.

JUNIO

El sexto mes del año transcurre sin mayores cambios y temas en la agenda internacional; solo se repitieron dos temas que venían corriendo: La reapertura de la frontera con Colombia a partir de 15 de junio, producto del acuerdo entre los gobiernos de Maduro y Petro del pasado 1 de junio; y el anuncio del gobierno de Estados Unidos de su decisión de levantar algunas sanciones económicas en áreas de la energía y el transporte. En lo interno, era de suponerse que producto de las conversaciones con el gobierno americano, el gobierno de Maduro anunciara la liberación de 100 presos políticos

*Implicaciones, consecuencias y peligros para Venezuela**Reapertura de la frontera*

El restablecimiento de relaciones con Colombia fue un paso positivo en la normalización de las relaciones entre ambos países que seguramente conducirá y regularizará el comercio y la cooperación en ambos lados de la frontera, al imponer ciertos controles al contrabando en la frontera.

Negociaciones con los Estados Unidos

El diálogo con los Estados Unidos podría contribuir a una solución diplomática a la crisis política que atraviesan ambos gobiernos, así como a la liberación de presos políticos y mejorar de la situación de los Derechos Humanos en Venezuela.

Peligros ante estas conversaciones

Las conversaciones con Estados Unidos podrían contribuir a un incremento de la presión internacional sobre el gobierno de Nicolás Maduro, quien pudiera considerar el diálogo como una forma de presión para imponerle sus exigencias; mientras que la reapertura en paralelo de la frontera con Colombia podría conducir a un aumento del contrabando, la criminalidad y la migración venezolana hacia el vecino país.

Consecuencias

Como ya se ha manifestado, la reapertura de la frontera entre Colombia y Venezuela podría conducir a un aumento de la migración venezolana hacia Colombia, así como de los delitos comunes a esta frontera. En cuanto al diálogo con los Estados Unidos podría tener dos vertientes: conducir a un aumento de la presión internacional sobre el gobierno de Maduro para unas elecciones libres y democráticas, sin presos políticos; y un mejoramiento de las relaciones comerciales y un incremento de la inversión extranjera en Venezuela en caso del levantamiento de sanciones

JULIO

No hay cambios significativos en los temas de la agenda internacional, las relaciones con Colombia y los Estados Unidos siguen ocupando el tiempo de las cancillerías. El 7 de julio, el gobierno de Venezuela reitero que liberaría a 100 presos políticos adicionales. Siendo la liberación una decisión positiva que podría ayudar a mejorar la situación de los Derechos Humanos en Venezuela. En respuesta, el gobierno de Estados Unidos el 15 de julio anunció que levantaría todas las sanciones económicas contra Venezuela

*Implicaciones, consecuencias y peligros para Venezuela**Diálogo entre Estados Unidos y Venezuela*

El diálogo entre Estados Unidos y Venezuela fue una señal positiva al poder conducir a una mejora de las relaciones entre ambos gobiernos y coadyuvar a una solución a la crisis política desde el decreto Obama.

Análisis

En general, los sucesos durante el mes de julio de 2023 se pueden calificar del 1 al 10 en 6. La liberación gradual de algunos presos políticos en Venezuela y de connotadas figuras del chavismo como los denominados “sobrinos” más el levantamiento de sanciones económicas son medidas que podrían que conducirán al “fomento de la confianza”; así como mejorar de la situación política, económica y social del país. Sin embargo, es importante señalar que estos sucesos no garantizan el éxito de la transición democrática en Venezuela. El gobierno de Maduro sigue renuente a dar un paso hacia la transición la democrática y es posible que tome medidas para controlar el proceso de democratización.

AGOSTO

*El suceso más mayor relevancia de este mes, fue el anuncio oficial de la Corte Penal Internacional (CPI), el 15 de agosto, del inicio de las investigaciones sobre las presuntas ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones forzadas cometidas por el gobierno*¹⁰

Implicaciones, consecuencias de la decisión de la CPI

La CPI es un tribunal de última instancia, lo cual significa que solo puede intervenir cuando un Estado no está dispuesto o no puede llevar a cabo su propia investigación y enjuiciamiento de los responsables de crímenes internacionales. El hecho de que la CPI haya decidido abrir una investigación en Venezuela indica que el gobierno venezolano no ha cumplido con sus obligaciones en materia de derechos humanos.

En primer lugar, la investigación representa una presunción de que se han cometido graves violaciones de Derechos Humanos en Venezuela. Esto podría ayudar a generar presión internacional para que el gobierno de Maduro cumpla con sus obligaciones en materia de derechos humanos.

En segundo lugar, la investigación podría conducir a la identificación y el enjuiciamiento de los responsables de estos crímenes. Esto también podría brindar justicia a las víctimas y sus familias, y contribuir a prevenir que estos actos se repitan en el futuro.

En tercer lugar, la investigación podría tener un impacto significativo en el sistema judicial venezolano. El gobierno venezolano ha sido acusado de obstruir la investigación de la CPI, lo que podría generar un mayor escrutinio internacional sobre el funcionamiento del sistema judicial venezolano.

¹⁰ France 24. <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20230814-venezuela-denuncia-motivaci%C3%B3n-pol%C3%ADtica-de-la-cpi-en-caso-por-cr%C3%ADmenes-de-lesa-humanidad>

Las posibles implicaciones generales de la investigación de la CPI en Venezuela se pueden resumir en los siguientes puntos:

- *Reconocimiento internacional de las violaciones de Derechos Humanos en Venezuela.*
- *Identificación y enjuiciamiento de los responsables de los crímenes.*
- *Impacto en el sistema judicial venezolano.*

A continuación, las implicaciones con mayor detalle.

La investigación de la CPI podría ayudar a visibilizar las violaciones de Derechos Humanos que se han cometido en Venezuela. Esto podría ayudar a generar conciencia sobre la situación en el país y a presionar a la comunidad internacional para que tome medidas para ayudar a las víctimas. En este caso, la CPI podría conducir a la identificación y el enjuiciamiento de los responsables de los crímenes contra la humanidad cometidos en Venezuela. El accionar de la Corte, podría brindar justicia a las víctimas y sus familias, y contribuir a prevenir que estos actos se repitan en el futuro.

En conclusión, la apertura de una investigación formal por parte de la CPI sobre posibles crímenes contra la humanidad en Venezuela tiene implicaciones importantes para el país y sus ciudadanos. La investigación podría ayudar a generar presión internacional para que el gobierno venezolano cumpla con sus obligaciones en materia de Derechos Humanos, identificar y enjuiciar a los responsables de los crímenes, y tener un impacto positivo en el sistema judicial venezolano

SEPTIEMBRE

Sin mayores cambios en la agenda, el gobierno de los Estados Unidos reitero nuevamente , que el 15 de septiembre, levantaría las sanciones petroleras contra Venezuela;

Implicaciones

De formalizarse el diálogo con Estados Unidos sería un elemento clave en las relaciones con Estados Unidos junto al levantamiento de sanciones petroleras

Análisis

Los sucesos internacionales del mes tienen efectos a mediano plazo. El diálogo entre Estados Unidos y Venezuela, la liberación de presos políticos y el levantamiento de sanciones petroleras son medidas que se espera pudieran conducir en el tiempo a una mejora de la situación política, económica y social del país.

OCTUBRE

El mes transcurre sin cambios sustanciales. Las conversaciones con Estados Unidos; El tema de las migraciones; Derechos Humanos; Las sanciones; siguen ocupando la agenda de la cancillería.

En términos generales, los sucesos durante este mes de octubre se pueden considerar medianamente positivos.

Los diálogos no son negociaciones, sino un proceso que en el tiempo pudiera crear mejores condiciones para una relación con el país del norte y lograr a una solución pacífica a la crisis política. Sin embargo, es importante reiterar que el diálogo en sí, no es una garantía del éxito de la transición democrática.

NOVIEMBRE

En general, la política exterior de Venezuela en noviembre de 2023 continuó marcada por el aislamiento internacional del gobierno de Maduro, que sigue siendo rechazado por la

mayoría de los países occidentales. Unos de los pocos aliados ha sido México. López Obrador, con la debida prudencia, manteniendo la identidad ideológica, pero la distancia estratégica para no romper las relaciones con Estados Unidos. En noviembre, el canciller venezolano, Carlos Faría, se reunió con su homólogo mexicano, Marcelo Ebrard, en la ciudad de México. La reunión entre Faría y Ebrard fue una oportunidad para discutir sobre la cooperación bilateral en temas como la economía, la cultura y la educación. Sin embargo, al mismo tiempo, el gobierno venezolano también ha buscado mantener sus relaciones con sus aliados tradicionales, como Rusia y China, y mejorar sus relaciones con países de la región.

A continuación, se revisa algunos detalles de los eventos más relevantes de la agenda internacional en noviembre de 2023:

El Presidente Maduro visitó Moscú para reunirse con el Presidente ruso, Vladimir Putin, y discutir sobre la cooperación bilateral en temas como la energía, la defensa y la economía. En este contexto, el acercamiento con Rusia y China se produce dentro del creciente aislamiento internacional del gobierno de Maduro. La mayoría de los países occidentales siguen rechazando al gobierno venezolano, que acusan de ser una dictadura y violador de los Derechos Humanos.

DICIEMBRE

El 1 de diciembre de 2023, la CIJ en el caso del Esequibo, emitió una orden en la cual pidió a Venezuela que se abstuviera de realizar cualquier acción que modificara la situación actual del territorio en disputa, el cual Guyana administra y ejerce control sobre dicha área. También determinó que ambas partes debían abstenerse de tomar acciones que pudieran agravar o prolongar el litigio ante el tribunal o dificultar su resolución.

Durante este mes se firmaron 11 acuerdos de cooperación con Rusia, en el marco de la XVI Comisión Intergubernamental de Alto Nivel (CIAN). La firma de estos acuerdos confirmó la estrecha relación entre Venezuela y Rusia, que se ha profundizado en los últimos años.

Los acuerdos abarcan áreas como la lucha contra el narcotráfico, la salud, la energía y la ciencia y tecnología.

Entre los acuerdos más destacados se encuentran:

- Un Plan de Cooperación en materia de lucha contra el Tráfico de Estupefacientes 2023-2025.
- Un Protocolo sobre la Cooperación en Materia de Bienestar Sanitario y Sistema de Diagnóstico.
- Un convenio de Cooperación Técnica para el mejoramiento del Sistema de Abastecimiento de Medicamentos Esenciales de Insulina.
- Dos memorándums de entendimiento entre Petróleos de Venezuela (PDVSA) y empresas rusas para el desarrollo de proyectos energéticos.

Además de los acuerdos con Rusia, Venezuela también se firmaron acuerdos de cooperación con Colombia para reactivar el puente internacional Atanasio Girardot, que había sido cerrado por el gobierno colombiano en 2019. El acuerdo permitirá la reapertura del puente, que es una importante vía de comunicación entre los dos países.

En el ámbito multilateral, Venezuela participó en la reunión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde el canciller Carlos Faría denunció las sanciones impuestas por Estados Unidos y otros países. Faría también reafirmó el compromiso de Venezuela con el multilateralismo y la paz.

En general, las relaciones exteriores de Venezuela en diciembre de 2022 estuvieron marcadas por una mayor cooperación con Rusia y la búsqueda de la reactivación de las relaciones con Colombia.

La reclamación del Esequibo

La reclamación del Esequibo es quizás el tema de mayor importancia y trascendencia de la política exterior venezolana desde hace dos siglos, al ser un problema de soberanía, seguridad e integridad territorial. La remisión de la reclamación por el Secretario General de las NN.UU a la Corte Internacional de Justicia, de forma improcedente, puso sobre la mesa el tema; sin embargo, el gobierno reacciona tarde y hoy la situación es sumamente grave.

El pasado mes de diciembre, el gobierno acepto sentarse en una reunión que no debió aceptar, al menos bajo los términos y el formato en que se dio, al ser convocada por una de las partes interesadas en una solución a favor de Guyana Brasil, un país que necesita geopolíticamente tener acceso a Guyana y en un país históricamente vinculado al África caribeña, al dominio inglés por su membresía al Commonwealth e ideológicamente con la izquierda anti venezolana del ex Presidente Burnham; San Vicente y las Granadinas.

La reunión propuesta por el Presidente Lula da Silva con anfitrión el primer Ministro de San Vicente y Grenadinas con la participación de los primeros ministros del Caribe y representantes de la CELAC, y el CARICOM actuaron como testigos de excepción en este evento. La cumbre concluyó con un comunicado de 11 puntos.

El texto como lo analiza el Capitán de Navío (R) Julio Peña en su trabajo *Análisis de cada uno de los 11 puntos de la declaración conjunta de Argyle del 14 de diciembre de 2023*, refleja una aproximación típica de la diplomacia multilateral en la resolución de disputas internacionales. Algunas características comunes de la diplomacia presentes en el documento son:

- A. *Énfasis en la resolución pacífica:* La declaración destaca repetidamente el compromiso de las partes con la resolución pacífica de disputas. Este enfoque es característico de la diplomacia, donde se busca evitar el conflicto armado y favorecer soluciones basadas en el diálogo y el derecho internacional.
- B. *Uso de foros internacionales:* La referencia al Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966 y la inclusión de la ONU como observadora indican la utilización de foros internacionales y mecanismos legales para abordar la disputa. Esto es común en los esfuerzos diplomáticos para resolver conflictos.
- C. *Creación de comisiones y diálogo continuo:* La formación de una comisión conjunta de Ministros de Relaciones Exteriores y técnicos, así como el compromiso de continuar el diálogo sobre asuntos pendientes, reflejan la voluntad de mantener un canal de comunicación abierto y trabajar hacia soluciones sostenibles.
- D. *Involucra a actores regionales e internacionales:* La participación de líderes regionales e internacionales, como el Primer Ministro de Brasil y el Secretario General de la ONU, muestra la importancia de la cooperación global y regional en la resolución de disputas.
- E. *Posibilidad de enfrentar problemas colaterales:* El documento aborda directamente algunas cuestiones potencialmente complicadas.

Considera el Capitán de Navío Peña que el éxito a largo plazo de estos esfuerzos dependerá de la implementación efectiva de los acuerdos y de cómo evolucione la situación en el futuro. *“La diplomacia a menudo implica un proceso continuo y dinámico, y la efectividad de las medidas propuestas se verá en la práctica y a lo largo del tiempo.”*

Nuestro parecer

El encuentro, declaración o pacto sin firmantes de Argyle, representa una estación más de la “Vía Dolorosa” que ha sido la recuperación del territorio Esequibo, usurpado por los ingleses en los años de 1777. Esta reclamación lleva 208 años, transitando por los caminos políticos y diplomáticos de que dispone el Derecho Internacional, exactamente veinticuatro (24) acuerdos y tratado hasta la firma de tratado de Washington 1897¹¹, sin tomar en cuenta el Laudo de París, 1899; el Acuerdo de Ginebra, 1966 y el protocolo de Puerto España, 1970. En esta oportunidad en el encuentro en San Vicent y las Granadinas se repiten los fraudes y engaños impuestos por las potencias de la época. En esta oportunidad, la multilateralizarían de la reclamación, está fuera de los mecanismos acordados dentro del Acuerdo de Ginebra 1966. Una mediación o facilitación multilateral con vienen por los múltiples intereses que se juegan y participan

- Estratégicamente representa un riesgo para los intereses de Venezuela, el peso y protagonismo que se le da al CARICOM, cuando este organismo, públicamente ha expresado su parcialidad con la Republica Cooperativa de Guyana.
- El punto central de este encuentro fue bajar la tensión por la reclamación del territorio Esequibo. La discusión de temas importantes, comunes a dos países fronterizos, desvían nuestro objetivo en la reclamación al formar parte de la agenda ordinaria de las negociaciones entre las cancillerías.
- A pesar de las reservas que se puedan tener sobre algunos magistrados de la Corte Internacional de Justicia, se recomienda reconocer la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia¹², como la instancia más apropiada donde se puede demostrar nuestros derechos sobre el Esequibo y ratifique la nulidad del fraudulento Laudo de París/1899, debido a que una decisión en contrario tendría un alto costo para el gobierno y la integridad territorial del país.

PARTE III

LAS RELACIONES ENTRE VENEZUELA Y ÁFRICA

Desde la época del Presidente Hugo Chávez las relaciones con África se han venido intensificando a través de la cooperación mutua. Los dos continentes comparten una historia común de lucha contra el colonialismo y el imperialismo, y comparten un compromiso con los principios de la cooperación Sur-Sur.

Relaciones políticas

Venezuela ha mantiene relaciones diplomáticas con 54 países africanos. Los dos continentes trabajan juntos en foros internacionales como la Unión Africana (UA), el Movimiento de Países No Alineados (MNOAL) y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). En 2023, Venezuela participó activamente en la Cumbre de la UA celebrada en Malabo, Guinea Ecuatorial. El Presidente Nicolás Maduro se reunió con varios líderes africanos, y reafirmó el compromiso de Venezuela con la cooperación con África.

Relaciones económicas

El comercio entre Venezuela y África se ha incrementado en los últimos años. En 2023, el comercio bilateral ascendió a \$2.000 millones. Los principales productos que importa

¹¹ Morales I Academia de Ciencias Políticas y Sociales. La Reclamación Venezolana sobre la Guyana Esequiba . p. 193-199. Editorial Torino 2008

¹² Faundez L. Héctor. La Competencia de la Corte Internacional de Justicia y el Caso Guyana Contra Venezuela. Colección Estudios No. 1126. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Caracas 2020.

Venezuela de África son los alimentos, los minerales y los productos manufacturados. Venezuela está trabajando para diversificar su comercio con África; para ello el gobierno venezolano ha identificado varios sectores con potencial de crecimiento, como la agricultura, la minería y la construcción.

Relaciones culturales

Venezuela y África comparten una rica historia cultural. Ambos continentes tienen una herencia diversa de música, danza, arte y literatura. En 2023, Venezuela y África celebraron una serie de eventos culturales. El gobierno venezolano organizó un festival de cine africano en Caracas, y el gobierno de Nigeria organizó un festival de música venezolana en Abuja.

Conclusiones

Las relaciones entre Venezuela y África están en auge. Los dos continentes comparten una historia común, un compromiso con la cooperación Sur-Sur y un potencial de crecimiento económico y cultural.

RELACIONES CON SOCIOS IDEOLÓGICOS

CUBA

En 2023, las relaciones entre Venezuela y Cuba continuaron siendo estrechas y de cooperación mutua. Los dos países realizaron una serie de visitas de alto nivel, y celebraron una serie de acuerdos de cooperación en áreas como la salud, la educación, la cultura y la economía. En marzo de 2023, el primer Vice Presidente del Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), Diosdado Cabello, visitó Cuba para reunirse con el Presidente Miguel Díaz-Canel. Los dos líderes discutieron la cooperación bilateral en los ámbitos político, económico y social; y en agosto Cuba envió una delegación médica a Venezuela para ayudar a combatir la pandemia de COVID-19.

Corea del Norte. Las relaciones se establecieron a raíz de un arreglo político por el encarcelamiento de un poeta venezolano llamado Ali Lameda 1965. Las relaciones son de reconocimiento y cooperación mutua. Ambos países comparten un compromiso con los principios del socialismo y el antiimperialismo, y están interesados en fortalecer su cooperación en áreas clave como la energía, la agricultura y la ciencia y la tecnología.

Los dos países han mantenido una relación estrecha a lo largo de los años, y han apoyado mutuamente en foros internacionales. En 2023, celebraron una serie de reuniones de alto nivel. El Presidente Nicolás Maduro recibió al embajador de Corea del Norte en Venezuela, Ri Sung Gil, y los dos líderes discutieron la cooperación bilateral.

Relaciones económicas

El comercio entre Venezuela y Corea del Norte es limitado. En 2023, el comercio bilateral ascendió a \$50 millones. Los principales productos de exportación de Venezuela a Corea del Norte son el petróleo y los productos derivados del petróleo. Los principales productos de importación de Venezuela de Corea del Norte son los productos manufacturados y los equipos industriales.

Relaciones culturales. Venezuela y Corea del Norte han celebrado una serie de eventos culturales. En 2023, Venezuela organizó una exposición de arte de Corea del Norte en Caracas, y Corea del Norte organizó una presentación de danza venezolana en Pyongyang.

Las relaciones entre ambos países están en aumento. comparten unas luchas comunes, un compromiso con los principios socialistas y un potencial de crecimiento económico y cultural.

CHINA

Las relaciones entre China y Venezuela continuaron fortaleciéndose. El Presidente chino, Xi Jinping, visitó Venezuela en septiembre de 2023, y los dos líderes anunciaron la elevación de las relaciones bilaterales a un nivel de asociación estratégica a toda prueba y todo tiempo. Durante la visita de Xi Jinping, los dos líderes firmaron una serie de acuerdos de cooperación en áreas como la energía, la infraestructura, la agricultura y la ciencia y la tecnología. China también se comprometió a invertir \$10.000 millones en Venezuela durante los próximos cinco años. La visita de Xi Jinping fue un importante paso adelante en las relaciones entre China y Venezuela, al ratificar su compromiso con la cooperación bilateral y sentaron las bases para una relación aún más estrecha en los años venideros. En términos específicos, las relaciones entre China y Venezuela en 2023 se caracterizaron por los siguientes elementos:

- *Elevación de las relaciones bilaterales a un nivel de asociación estratégica* Este nivel es el más alto de relaciones diplomáticas que China puede otorgar a otro país.
- *Visita de Estado del Presidente chino, Xi Jinping, a Venezuela.* Esta fue la primera visita de un Presidente chino a Venezuela desde 2014.
- *Firma de una serie de acuerdos de cooperación en áreas como la energía, la infraestructura, la agricultura y la ciencia y la tecnología.* Estos acuerdos tienen un valor estimado de \$10.000 millones.
- *Compromiso de China de invertir \$10.000 millones en Venezuela durante los próximos cinco años.*

Las relaciones entre China y Venezuela son importantes para ambos países. China es el principal socio comercial de Venezuela, y Venezuela es un importante proveedor de petróleo para China.

RUSIA

Reunión con Putin

Acordaron profundizar la cooperación en el sector energético, especialmente en el desarrollo de los campos petroleros y gasíferos venezolanos; así como fortalecer la cooperación en materia de defensa

En 2023, las relaciones continuaron fortaleciéndose. Los dos países realizaron una serie de visitas de alto nivel, y celebraron una serie de acuerdos de cooperación en áreas como la energía, la industria, el comercio, la agricultura, la educación, la ciencia y la tecnología, la cultura, y la esfera técnico-militar.

El primer ministro de Rusia, Vladimir Putin, luego de su primera visita oficial a Venezuela en 1999, realiza su segunda visita oficial al país en el 2010. En la reunión evaluaron la instalación de un sistema de lanzamiento de satélites y la venta de dos hidroaviones rusos. Ambos países también suscribieron acuerdos en materia energética, comercial, industrial y agrícola.

El presidente Hugo Chávez recibió al primer ministro con una parada militar en el palacio presidencial, previo a un encuentro que sostendrán para evaluar los diversos acuerdos. El gobernante boliviano Evo Morales tiene previsto incorporarse a la reunión.

Venezuela se ha transformado en los últimos seis años en el principal comprador de armas rusas de América Latina con adquisiciones que superan los 4.000 millones de dólares, y que incluyen decenas de helicópteros artillados, 24 cazas Sukhoi, 100.000 fusiles de asalto Kalashnikov, 92 tanques T-72 de fabricación rusa y sistemas Smerch lanzamisiles.

En mayo 2023 el ministro venezolano de Relaciones Exteriores, Yván Gil, visitó Rusia para reunirse con su homólogo ruso, Serguéi Lavrov. Los dos ministros discutieron la agenda bilateral para el año 2023, y acordaron fortalecer la cooperación en áreas como la energía, la industria y el comercio. En julio Rusia y Venezuela celebraron la XVII Comisión Intergubernamental de Alto Nivel (CIAN). Durante la CIAN, los dos países firmaron 16 nuevos acuerdos de cooperación en áreas estratégicas como la energía, la industria, el comercio, la agricultura, la educación, la ciencia y la tecnología, la cultura, y la esfera técnico-militar. Estos acuerdos tienen un valor estimado de \$10.000 millones.

En general, las relaciones entre Rusia y Venezuela son estrechas y de cooperación mutua. Los dos países comparten un compromiso con los principios del socialismo y el antiimperialismo, y están interesados en fortalecer su cooperación en áreas clave como la energía, la industria y la seguridad.

Las relaciones entre Rusia y Venezuela son importantes. La cooperación entre los dos países es mutuamente beneficiosa, y ayuda a fortalecer la economía y la seguridad de ambas naciones.

TURQUÍA

Venezuela y Turquía mantienen estrechas relaciones políticas y de cooperación. Los dos países establecieron relaciones diplomáticas en 1950, y desde entonces han desarrollado una relación comercial, económica y cultural importante. En 2023, ambos países realizaron una serie de visitas de alto nivel, y celebraron una serie de acuerdos de cooperación en áreas como la energía, la infraestructura, la agricultura y la ciencia y la tecnología. El evento más destacado de las relaciones entre Venezuela y Turquía en 2023 fue la visita de Estado del Presidente turco, Recep Tayyip Erdoğan, a Venezuela en junio de 2023. Esta fue la primera visita de un Presidente turco a Venezuela desde 1979. Durante su visita, Erdoğan se reunió con el Presidente Nicolás Maduro, y los dos líderes discutieron la cooperación bilateral en los ámbitos político, económico y social, firmando una serie de acuerdos de cooperación en áreas como la energía, la infraestructura, la agricultura y la ciencia y la tecnología. Por un valor estimado de \$1.000 millones.

En el ámbito de la energía, acordaron cooperar en el desarrollo de los recursos energéticos incluyendo el petróleo, el gas natural y el carbón. Acordaron también cooperar en la investigación y el desarrollo de nuevas tecnologías energéticas. En el sector de la infraestructura, acordaron cooperar en el desarrollo de proyectos de infraestructura, incluyendo la construcción de carreteras, puentes, puertos y aeropuertos. También acordaron cooperar en la investigación y el desarrollo de nuevas tecnologías de construcción.

En materia de agricultura, acordaron cooperar en el desarrollo de la agricultura venezolana, incluyendo la producción de alimentos, la investigación agrícola y la protección de los recursos naturales. En el ámbito de la ciencia y la tecnología, acordaron cooperar en la investigación científica y tecnológica, incluyendo el desarrollo de nuevas tecnologías en áreas como la energía, la salud y la educación.

Conclusiones

Las relaciones entre Venezuela y Turquía son estrechas y de cooperación mutua. Los dos países comparten un compromiso con el desarrollo económico y social, y están interesados en fortalecer su cooperación en áreas clave como la energía, la infraestructura y la ciencia y la tecnología.

Resumen Ejecutivo Con Conclusiones

La política exterior de Venezuela en 2022 se caracterizó por un enfoque en la diversificación de las relaciones internacionales, la búsqueda de la cooperación internacional para la superación de la crisis humanitaria y el fortalecimiento de la integración regional.

En términos de diversificación, el gobierno de Nicolás Maduro estableció relaciones diplomáticas con países que anteriormente habían reconocido a Juan Guaidó como presidente interino de Venezuela, como México, Bolivia, Nicaragua y Cuba. También mantuvo un diálogo abierto con otros países, como Rusia, China e Irán, con el objetivo de fortalecer las relaciones comerciales y de cooperación.

En cuanto a la cooperación internacional, Venezuela recibió ayuda humanitaria de países como Rusia, China, Irán, Turquía, Cuba, México y Bolivia. También participó en varias iniciativas de cooperación para la atención de la crisis humanitaria, como la Conferencia Internacional de Solidaridad con Venezuela, celebrada en Caracas en diciembre de 2022.

Por último, el gobierno se comprometió a fortalecer la integración regional, especialmente a través de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). Venezuela participó en varias cumbres y reuniones de la CELAC, y se comprometió a trabajar para fortalecer la cooperación y la integración entre los países de la región.

Los principales resultados de la política exterior de Venezuela en 2022 fueron los siguientes:

- Se restablecieron relaciones diplomáticas con varios países que anteriormente habían reconocido a Juan Guaidó como presidente interino.
- Venezuela recibió ayuda humanitaria de varios países, lo que permitió aliviar la crisis humanitaria que afecta al país.
- Venezuela participó en varias iniciativas de cooperación para la atención de la crisis humanitaria.
- El gobierno se comprometió a fortalecer la integración regional.
- Sin embargo, la política exterior de Venezuela en 2022 también se vio afectada por el deterioro de las relaciones con Estados Unidos. Estados Unidos mantiene sanciones económicas contra Venezuela desde 2017, y estas sanciones han tenido un impacto negativo en la economía venezolana.

En general, la política exterior de Venezuela en 2022 se caracterizó por un enfoque en la diversificación, la cooperación internacional y el fortalecimiento de la integración regional. Estos objetivos fueron parcialmente logrados, pero la política exterior venezolana sigue siendo desafiada por el deterioro de las relaciones con Estados Unidos.

Visión y revisión de la Política Exterior 2023

Tabla de Contenido

PARTE I UNA VISIÓN GLOBAL	1
Los desafíos que enfrenta la política exterior mundial y global incluyen:	1
Opinión personal:	2
Una introducción a la globalidad y multilateralidad	3
Parte II LOS DESAFÍOS DE LA AGENTA INTERNACIONAL DE VENEZUELA	4
ENERO	4
Relaciones con Estados Unidos	
Medidas del gobierno americano	5
Consecuencias	5
Peligros	6
Críticas	6
Posibles soluciones	6
Análisis de las implicaciones y consecuencias	7
FEBRERO	8
Efectos a corto plazo	8
Efectos a largo plazo	8
Posibles escenarios	9
MARZO	9
Recomendación de la CPI.	
ABRIL	10
Conversaciones con EE.UU	
Implicaciones, consecuencias y peligros para Venezuela	10
Consecuencias	10
Colombia	10
Reanudación de las negociaciones entre Colombia y Venezuela	11
MAYO	11
Entre la CPI, Cuba y Colombia	
<i>Peligros</i>	12
<i>JUNIO</i>	
<i>Implicaciones, consecuencias y peligros para Venezuela</i>	12
<i>Reapertura de la frontera</i>	
<i>Negociaciones con los Estados Unidos</i>	
<i>Peligros ante estas conversaciones</i>	13
<i>Consecuencias</i>	
<i>JULIO</i>	
<i>Implicaciones, consecuencias y peligros para Venezuela</i>	13
<i>Diálogo entre Estados Unidos y Venezuela</i>	
<i>Análisis</i>	14
AGOSTO	14
<i>Implicaciones, consecuencias de la decisión de la CPI</i>	
SEPTIEMBRE	16
<i>Implicaciones</i>	
<i>Análisis</i>	

OCTUBRE Un mes sin sorpresas	16
NOVIEMBRE Continúa el aislamiento y las sanciones	17
DICIEMBRE La CIJ emite un nuevo fallo	17
<i>La reclamación del Esequibo</i>	18
<i>La cumbre concluyó con un comunicado de 11 puntos (análisis)</i>	19
Nuestro parecer	
PARTE III LAS RELACIONES ENTRE VENEZUELA Y ÁFRICA	21
Relaciones políticas	
Relaciones económicas	
Relaciones culturales	22
Conclusiones	
PARTE IV RELACIONES CON SOCIOS IDEOLÓGICOS	22
Cuba	
Corea del norte	
China	23
Rusia	24
Turquía	26
Resumen Ejecutivo con Conclusiones	28

LOS ENTRE LÍNEAS DEL PACTO DE ARGYLE. “UN PACTO SIN FIRMA Y SIN RUBRICA”

J. Gerson Revanales M. PhD¹

Embajador de Carrera (R)

Resumen: *El encuentro, declaración o pacto sin firmantes de Argyle, representa una estación más de la “Vía Dolorosa” que ha sido la recuperación del territorio Esequibo, usurpado por los ingleses en los años de 1777. Esta reclamación lleva 208 años, transitando por los caminos políticos y diplomáticos de que dispone el Derecho Internacional, exactamente veinticuatro (24) hasta la firma de tratado de Washington 1897, sin tomar en cuenta el Laudo de París, 1899; el Acuerdo de Ginebra, 1966 y el protocolo de Puerto España, 1970. En esta oportunidad en encuentro en San Vicent y las Granadinas se repiten los fraudes y engaños impuestos por las potencias de la época.*

Palabras Clave: *Venezuela, Guyana, Esequibo, Comisión Mixta, Maduro, Irfaan.*

Abstract: *The meeting, declaration or pact of Argyle, without signatories represents one more station in the persistent fight for the Essequibo territory, usurped by the English. This claim has been going on for 208 years, going through the political and diplomatic means of agreements, protocols and treaties. On this occasion, at a meeting in Saint Vincent and the Grenadines, the history of fraud is repeated.*

Key words: *Venezuela, Guyana, Esequibo, Mixt Commision, Maduro, Irfaan.*

Exordio: Las páginas y el contenido de esta revista “REVISTA DE DERECHO PÚBLICO” representan una referencia histórica en el acontecer y suceder de las cuestiones jurídicas y sociales.

Los temas analizados por los más destacados analistas y profesores universitarios le dan un contenido muy especial en cuanto a la profundidad con que son expuestos.

El presente artículo se centra en realizar un análisis entre líneas de la Declaración de Argyle, un nuevo instrumento, producto de un encuentro cuyo propósito no fue resolver o buscar una solución de fondo al problema, que es la reclamación; sino aliviar la supuesta escalada que ha venido teniendo la reclamación, particularmente por el apoyo de los EE.UU, Brasil e Inglaterra a Guyana a través de la firma de acuerdos de cooperación y asistencia militar.

El artículo analiza los términos de los considerando y la interpretación que Guyana le da en su propio beneficio de forma de hacer ver a Venezuela como la agresora, cuando Guyana viene violando no solo el Acuerdo de Ginebra, sino este nuevo compromiso, con

¹ Licenciado Estudios Internacionales. UCV; Embajador de Carrera por concurso; Phd Preston University Master The Fletcher School Law and Diplomacy; Post Doctorado UCV ;Curso de Seguridad y Defensa Nacional (IAEDEN) N8; Miembro de la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional 2026-2020 para la Defensa del Esequibo y de la Comisión Especial para la Defensa del Territorio de la Guayana Esequiba y la Soberanía Territorial, 2020-2024. Profesor Derecho Internacional Escuela Derecho UCV.

los acuerdos de cooperación militar con EE.UU; recibiendo asistencia militar de Canadá o permitiendo la incursión de naves de guerra de Inglaterra en aguas sin delimitar, mientras Brasil moviliza tropas en la triple frontera con Venezuela y Guyana.

LOS ENTRE LÍNEAS DE LA DECLARACIÓN DE ARGYLE

Un pacto sin firma

INTRODUCCIÓN

Hace un poco más de 104 años un 28 de junio de 1919, las potencias vencedoras de la WWI se reunieron en los resplandecientes salones del palacio de Versalles para firmar un tratado que dio nacimiento a la diplomacia moderna y puso fin formalmente a la llamada “Gran Guerra”, aunque sembró también las bases de la WW II, al imponer Inglaterra junto a los aliados, una serie de condiciones contra la soberanía e integridad territorial de Alemania.

Al leer entre líneas la declaración final de la reunión en San Vicent y las Granadinas; mediáticamente denominada “Pacto de Argyle”, se percibe que existe un paralelismo en el condicionamiento que impone la Declaración de Argyle como se le hizo a Alemania en el Tratado de Versalles, al quedar Venezuela sujeta a un texto que limita y restringe su capacidad de reacción y respuesta, según se desprende de la redacción de los términos de dicho documento² en particular en sus artículos primero (1) y sexto (6), los cuales explican el porqué del empoderamiento con que Guyana salió de dicho encuentro. Prueba de ello fue la sorpresiva rueda de prensa que dio el Presidente Irfaan al término del encuentro presidencial. Cuestión que se analizara más adelante.

PACTO SIN COMPROMISO

El pasado 14 de diciembre bajo los auspicios de Primer Ministro Ralph Everard Gonsalves, conocido como «Camarada Ralph, líder del Partido de la Unidad Laborista, se realizó una reunión en una de las antiguas posesiones británicas al sur del Caribe oriental; en el paraíso fiscal de San Vicent y Granadinas, con el propósito de: - solventar las tensiones existentes entre Guyana y Venezuela; - crear un ambiente de confianza y - Establecer un marco para futuras negociaciones.³

Dos de los países de mayor influencia en el “Caribe africano”, Brasil y Cuba tras bastidores, apadrinaron el encuentro “vicentino”. El Pacto de Argyle, como le llama la prensa, -sin una firma o rubrica-, a la luz de la teoría de los juegos, su análisis metodológicamente se corresponde con el juego del “ahorcado”; un ejercicio con palabras y oraciones, donde las Partes debe adivinar dentro de cierto tiempo y oportunidades, cada una de estas palabras ocultas? Así, a partir de la negociación de la declaración; si fue que se negoció el compromiso de marras, Venezuela ha tenido que adivinar qué quisieron decir los negociadores de Guyana, Brasil, San Vicente y compañía.

Algo muy parecido a lo que sucedió durante la negociación del “Compromiso” de Washington 1897⁴ donde al representante de Venezuela, el Ministro José Andrade, los negocia-

² BADELL MADRID. La Reclamación de Venezuela sobre el territorio Esequibo. Serie Estudios . Academia de Ciencias Políticas y Sociales 106-107 Editorial Torino

³ Comunicado MPPRE. <https://mppre.gob.ve/2023/12/14/controversia-venezuela-guyana-resolvera-conformidad-acuerdo-ginebra/>

⁴ La Reclamación Venezolana sobre la Guyana Esequiba. p. 139 Serie Eventos(2) Terminado aplicado al tratado por el Embajador Carlos Sosa R, en su intervención ante la Academia de ciencias Políticas y Sociales.

dores Richard Olney de los Estados Unidos y Julián Paucefont, Embajador inglés en Washington, le dejaron fuera de las negociaciones, sin darle mayores explicaciones sobre las reglas referidas a la “prescripción” y al tratado del “status Quo” de 1850⁵.

Paradójicamente, la participación de Brasil, San Vicente y doce primeros ministros, con la presencia de altas autoridades de las Naciones Unidas; de la CELAC, del Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia y la cancillería hondureña⁶, todos ellos actuando como testigos de excepción, era de esperar que su presencia le diera un carácter muy especial y particular al encuentro, al comprometer a sus gobiernos con el fiel cumplimiento de los acuerdos alcanzados en Agryle. Sin embargo, visto el comportamiento de Guyana y de su presidente el Sr Irfaan este no ha honrado dicho compromiso.

Atendiendo el primer objetivo de este artículo, como es analizar este encuentro, no se puede dejar de lado que el principal argumento de la convocatoria fue reducir las tensiones entre la ex colonia inglesa de la Guyana Británica y la República Bolivariana de Venezuela, con motivo de nuestra justa reclamación; por lo cual, en este contexto, se exhorta a las autoridades dejar constancia por los canales políticos y diplomáticos, el rechazo a los argumentos de Georgetown y de las empresas transnacionales que ilegalmente operan en el Esequibo, de las intenciones de Venezuela de anexarse por la vía militar la zona en reclamación.

LA CONDUCTA DE LOS GRANDES AMIGOS DE GUYANA

La conducta de Brasil, EE.UU, Inglaterra y de organismos como Commonwealth tiene razones geopolíticas, geoeconómica y geocomerciales, a lo cual nos avocaremos en las siguientes páginas.

GEPOLÍTICA DE BRASIL

El Barón de Rio Branco (1845-1912), uno de los padres de la geopolítica brasilera, vislumbró que los intereses de Brasil, a lo largo de los 2.199 km de frontera común con Venezuela, se focalizaban en la frontera con Guyana, por una posible salida al Caribe oriental por cuestiones comerciales y económicos, al ser también una región fecunda en recursos naturales, minerales y tierras cultivables; mas ahora con el descubrimiento de yacimientos de petróleo y gas natural.

⁵ BADELL MADRID. *La Reclamación de Venezuela sobre el territorio Esequibo*. Serie Estudios . Academia de Ciencias Políticas y Sociales 106-107 Editorial Torino

⁶ En primer término, recuerda que esta reunión del más alto nivel, fue promovida por el presidente de Brasil con la facilitación del Primer Ministro de San Vicente y las Granadinas y Presidente Pro-Tempore de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), Dr. Ralph E. Gonsalves; y el Primer Ministro de la Commonwealth de Dominica y Presidente de la Comunidad del Caribe (Caricom), Roosevelt Skerrit. Los Primeros Ministros Gonsalves y Skerrit, junto con S.E. D. Celso Amorim, Consejero Especial y Enviado Personal de S.E. el Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, actuaron como interlocutores principales. También estuvieron presentes los honorables Primeros Ministros de la Comunidad del Caribe, a saber: el honorable Philip Davis, Primer Ministro de Bahamas; la honorable Mia Amor Mottley, Primera Ministra de Barbados; el honorable Dickon Mitchell, Primer Ministro de Grenada; el honorable Philip J. Pierre, Primer Ministro de Santa Lucía; el honorable Terrence Drew de San Cristóbal y Nieves y el Dr. Keith Rowley, Primer Ministro de la República de Trinidad y Tobago Asistiendo en calidad de observadores, en representación de su Excelencia António Guterres, Secretario General de las Naciones Unidas, sus Excelencias Earle Courtenay Rattray, Jefe de Gabinete de la Oficina del Secretario General de las Naciones Unidas, y Miroslav Jenca, Secretario General Adjunto del Departamento de Asuntos Políticos y de Consolidación de la Paz de las Naciones Unidas.

El coronel Mario Travassos⁷ y de los generales Everardo Backheuser⁸ y Golbery do Cuoto e Silva⁹ en sus estudios entendieron que para Brasil la salida al Caribe era parte de lo que el etnógrafo y geógrafo Friedrich Ratzel, en su libro “*Geografía política*” denominó Lebensraum (“espacio vital”)¹⁰; dimensión necesaria para su expansión, al ser la región un importante centro estratégico con proyección comercial en cuanto a sus relaciones económicas y comerciales con el Caribe y Europa. El Acceso al Atlántico Norte y al Caribe, para Brasil un país de vocación amazónica, es de vital importancia para sus comunicaciones; por tal razón, su acceso incondicional al Esequibo y por ende a las aguas del Caribe, le garantiza una mayor presencia en la región.

Brasil tiene múltiples intereses en el Esequibo, factibles de ser desarrollados por la vía de la cooperación técnica e infraestructura (puentes, carreteras, represas). El gigante Suramericano, en el tiempo ha venido haciendo acto de presencia con compañías auríferas, forestales, petroleras y de explotación de uranio en el área en disputa con apoyo del gobierno de Guyana. En lo militar ha enviado tropas a la frontera con Venezuela. Recientemente el Ministerio de Defensa de Brasil anunció el haber duplicado el número de efectivos entre 70.000 y 130.000 hombres junto con una centena de vehículos blindados para la región¹¹ como parte de la jugada diplomática de la mediación de la CELAC en apoyo a Guyana.

La firma del “Pacto de Argyle”, promovido por el Presidente Lula, el pasado 14 de diciembre¹², se ha convertido en un compromiso poco beneficioso para los intereses de la república. No es tan cierto que se salió victorioso como se ha hecho creer, sino que al tras luz de la firma, se denota la parcialización hacia Guyana de todos los testigos, asistentes e invitados, como si Venezuela fuera la agresora al reclamar sus derechos históricos en un territorio usurpado por los mismos protagonistas del Tratado de Versalles.

En este nuevo capítulo de la reclamación, en esta oportunidad en San Vincent y las Grenadinas, al igual que en el Tratado de Washington de 1897, hoy son los EE.UU con sus adláteres de Inglaterra, el *Commonwealth* y Brasil quienes asumen el protagonismo de esta operación. Al inicio del primer acto, se encuentra como telonero a Brasil con sus bandeirantes quienes, desde principios del siglo XVI, invadieron territorios originalmente españoles, bajo los términos del Tratado de Tordesillas; continuando su expansión más allá de sus fronteras orientales, al penetrar en Guyana con miras a una salida al caribe oriental y al atlántico norte.

INTERESES DEL DEPARTAMENT OF STATE

En esta conspiración contra Venezuela, a pesar de las diferencias políticas entre la Casa Blanca y el Palacio de Planalto, Brasil juega el papel de testaferro de los intereses americanos. En este contexto, llama a las Partes a la paz y a la concordia, pero pasa por alto; que

⁷ Travassos: Trabajos publicados. Aspectos Geográficos Sul Americanos, foi publicado em 1931, Projeção Continental do Brasil, 1938

⁸ RIVAROLA Andrés. Geopolítica de la integración, una perspectiva latinoamericana

⁹ Obras de Golbery Aspectos Geopolíticos do Brasil (1957), Geopolítica do Brasil (1967) y Planejamento Estratégico (1955),

¹⁰ William MALLINSON; Zoran RISTIC (2016). «The Political Poisoning of Geography». The Threat of Geopolitics to International Relations: Obsession with the Heartland (Cambridge Scholars Publishing, p. 3 (19 / 30 en PDF)).

¹¹ Brasil refuerza frontera con Venezuela. Voz de America <https://www.vozdeamerica.com/a/brasil-refuerza-frontera-venezuela-guyana-tensiones-esequibo/7385401.html>

¹² Lula enviará a un asesor especial a la reunión sobre Esequibo. <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20231212-lula-enviar%C3%A1-a-un-asesor-especial-a-la-reuni%C3%B3n-entre-venezuela-y-guyana-sobre-esequibo>

desde los descubrimientos petroleros costa afuera en 2015, año en el cual Exxon Mobil anunció el descubrimiento de un gran yacimiento de petróleo en aguas del Esequibo. La empresa estadounidense ha invertido miles de millones de dólares en la exploración y producción de petróleo en la región.

En el campo político y diplomático Estados Unidos votó a favor de una resolución de la Organización de Estados Americanos (OEA) que respaldaba la soberanía de Guyana sobre el Esequibo. La resolución también pedía a Venezuela que reanudara las negociaciones con Guyana para resolver la disputa.

En el militar, a partir de 2013, se han venido firmando una serie de acuerdos en el marco para la cooperación militar y defensa entre los dos países. En este orden, se registran: un Acuerdo de Asistencia Militar (AAM), 2014; un Acuerdo de Cooperación en Materia de Seguridad Marítima (ACSM), 2015 con el objetivo de fortalecer la capacidad de defensa de Guyana; promover la seguridad regional y combatir el narcotráfico, el terrorismo y la migración ilegal; acuerdos que cubren actividades como entrenamiento militar; suministro de equipos militares y de operaciones conjuntas al momento que sea necesario. Al mismo tiempo los últimos responsables del Comando Sur, el almirante Craig Faller y la Teniente General *Laura Richardson* de forma inusual, no común para un comandante ni propia de los jefes militares, se han caracterizado por dar declaraciones políticas a partir de la firma de los Acuerdos de Cooperación y asistencia militar a Guyana, que se sabe, son una fachada para la provisión de armas y pertrechos a la hora necesaria. En estos momentos en que supuestamente se habla de una escalada estos acuerdos financiados por EE.UU, confirman de donde viene la escalada militar.

El interés de Estados Unidos en Guyana además de las razones económicas y petroleras está el reconstruir las maltrechas relaciones políticas desde la época de Forbes Burnham. En la actualidad existen varias razones. En primer lugar, está buscar reducir su dependencia de los combustibles fósiles de Oriente Medio. En segundo lugar, diversificar su cartera de proveedores de petróleo y en tercer recomponer las relaciones Washington -Georgetown. En consecuencia, existe un interés estratégico de los Estados Unidos en proteger sus intereses petroleros en Guyana a través de una combinación de diplomacia, apoyo a la inversión y defensa de la soberanía de Guyana.

Con esta celada, queda a las autoridades redefinir las posiciones y estrategias a seguir tanto ante la Corte Internacional de Justicia¹³, como ante los organismos multilaterales regionales: Esta visto que la CELAC, El CARICOM y ninguno de los participantes en la reunión de San Vicente y las Grenadinas, demostraron la mínima identificación con la posición venezolana. Todos llamaron a una paz condicionada, a que Venezuela depusiera sus aspiraciones y reclamaciones como si fuera la agresora; desconociendo el derecho de Venezuela de no reconocer la jurisdicción de la CIJ.

Toca a las autoridades definir una clara estrategia, teniendo en cuenta el avance imperial de las potencias que apoyan a Guyana; donde la formalización de una misión militar americana en Guyana representa una operación tenaza, considerando que ya en Colombia existen varias bases militares desde hace más de 20 años, en (Ocaña, Norte de Santander, fronteriza con Venezuela; en Aguachica y Chiriguana, en el Cesar, al norte de Colombia).

En este contexto, los escenarios no son muy favorables: -Políticamente dos gobiernos enfrentados como Cuba y los EE.UU, coinciden en un tema como Guyana; - Diplomáticamente no son conocidos los países que apoyan a Venezuela en su reclamación; - Financiera-

¹³ Quinta Aranguren, Juan José. Diccionario Jurídico de la Corte Internacional de Justicia. Colección Derecho Internacional. Editorial Tirant Lo Blanch. Bogotá 2021.

mente, las transnacionales respaldan las operaciones en la ex colonia inglesa y - Jurídicamente hasta ahora las estrategias no han dado los resultados esperados, con dos fallos en contra en la Corte Internacional de Justicia.

INTERESES DE LA GRAN BRETAÑA

El interés de la Gran Bretaña en la Republica Cooperativa de Guyana como ex colonia queda claro en dos notas una de la BBC mediante la cual anuncia que : *“Reino Unido se prepara para enviar un barco de guerra HMS Trent a Guyana en un gesto de apoyo diplomático y militar a la antigua colonia británica”*¹⁴. Y otra nota de la agencia EFE, en la cual emite su postura ante conflicto Venezuela-Guyana: *El gobierno británico llamó a Venezuela a cesar sus acciones injustificadas contra Guyana y reiteró que el buque de guerra llegará mañana a Guyana dentro de una serie de maniobras de rutina en el Caribe, y por ende, no representan un acto de guerra ni de provocación.*

De acuerdo a esta nota, la frontera entre ambos países se acordó en 1899 a través del arbitraje internacional es decir no existe el Acuerdo de Ginebra y seguimos apoyando la integridad territorial de Guyana, un importante aliado regional y socio de la Commonwealth”.

LA DECLARACIÓN ENTRE LÍNEAS

La declaración en el numeral (1) implica “garantías a Guyana” sobre un refreno de Venezuela respecto al uso de amenazas y un hipotético uso de la fuerza, lo cual nunca ha estado realmente planteado.

1. Acordaron que Guyana y Venezuela, directa o indirectamente, no se amenazarán ni utilizarán la fuerza mutuamente en ninguna circunstancia, incluidas las derivadas de cualquier controversia existente entre ambos Estados

Siendo Guyana quien detenta el territorio, y se presenta como la agraviada, el compromiso obliga “política y diplomáticamente dentro de las circunstancias, a actuar sólo de cierta manera, o a no hacer alguna cosa, mientras Inglaterra desplaza uno de sus naves de guerra¹⁵ basado en Gibraltar en el Atlántico norte a las cálidas aguas del Caribe en protección de sus ex colonia.

“El HMS Trent está actualmente desplegado en el Caribe y visitará Guyana a partir del 29 de diciembre como parte de una serie de compromisos de rutina en la región”, le dijo a CNN un vocero del gobierno del Reino Unido a través de un comunicado. Agregó que actualmente trabajan “con socios en la región para evitar una escalada” y que siguen “monitoreando de cerca la situación”.

De seguida, en esta adivinanza, el numeral (6)

6. Acuerdan que ambos Estados se abstendrán, ya sea de palabra o de hecho, de intensificar cualquier conflicto o desacuerdo derivado de cualquier controversia entre ellos. Los dos Estados cooperarán para evitar incidentes sobre el terreno que conduzcan a tensiones entre ellos. En caso de que se produzca un incidente de este tipo, los dos Estados se comunicarán inmediatamente entre sí, con la comunidad del Caribe (Caricom), con la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) y con el Presidente de Brasil para contenerlo, revertirlo y evitar que se repita.

¹⁴ <https://www.bbc.com/mundo/articles/c28ywym41y8o>. James Landale Role, Corresponsal diplomático de la BBC. 24 diciembre 2023

¹⁵ CNN Reino Unido llama a Venezuela a cesar los ejercicios militares cerca de Guyana y confirma la visita del buque patrullero a las costas guyanesas. <https://cnnespanol.cnn.com/2023/12/29/reino-unido-venezuela-a-ejercicios-militares-guyana-orix/>

Claramente se requiere que ambos que cooperaran para evitar incidentes, no obstante, al mismo tiempo Guyana recibe cooperación militar de Estados Unidos, Inglaterra, Canadá y Brasil; (preguntamos no se puede considerar estos movimientos como escalada militar encubierta);

Mientras el numeral (4) y (8) apenas toman nota de la reclamación y del proceso judicial seguido en la Corte Internacional de Justicia; con un estruendoso silencio, de la troica, de la Comisión Mixta de Lula, CARICON y CELAC que se encuentran ante una grave aporía. Numeral (8)

4. Tomaron nota de la afirmación de Guyana de que está comprometida con el proceso y los procedimientos de la Corte Internacional de Justicia para la resolución de la controversia fronteriza. Tomaron nota de la afirmación de Venezuela de su falta de consentimiento y falta de reconocimiento de la Corte Internacional de Justicia y su jurisdicción en la controversia fronteriza.

CONSIDERACIONES FINALES

En razón de todo lo expuesto, teniéndose en cuenta que:

- El argumento de la convocatoria es reducir las tensiones.
- La presencia de altas personalidades de la región como testigos de excepción, le dieron un carácter especial y particular a este encuentro, al comprometer a sus gobiernos al fiel cumplimiento de los acuerdos alcanzados en esta cumbre
- Los mecanismos diplomáticos y políticos producto de la convocatoria y del encuentro en San Vicent y Grenadinas, no han tenido los resultados esperados.
- Por lo contrario, Guyana ha aprovechado este encuentro para estrechar sus lazos con EE.UU, Inglaterra y Brasil para fortalecer sus capacidades militares, derivando ello en una escalada militar en la región; las respuestas de Venezuela pudieran trabajarse en las siguientes acciones:

Primero.- Exhortar a la cancillería a tomar nota del decurso que viene teniendo el “Pacto de Agryle” ante el doble discurso del gobierno de Brasil, el cual organiza una reunión para supuestamente reducir la escalada y aliviar las tensiones entre Venezuela y Guyana, mientras moviliza sus fuerzas armadas hacia la triple¹⁶ frontera y su mantiene silencio ante la escalada que Guyana auspicia

Segundo.- Condenar las declaraciones “fariseicas” de los comandantes del Comando Sur de los Estados Unidos; así como de miembros de la Commonwealth; del CARICOM y del agregado militar de Canadá al involucrarse en cuestiones políticas y diplomáticas, fuera de su competencia, en favor de Guyana, aludiendo una supuesta escalada militar de Venezuela, cuando en todos los foros internacionales Venezuela ratifica su compromiso con la “Diplomacia Bolivariana de Paz”.

Tercer.- Rechazar la argumentación del gobierno de Georgetown y de las empresas transnacionales que ilegalmente operan en la zona en reclamación de las intenciones de Venezuela de anexarse por la vía militar la zona en reclamación.

¹⁶ GONZÁLEZ OROPEZA, Hermann. y DONIS RÍOS, Manuel. *Historia de las fronteras de Venezuela*. Cuadernos Lagoven. Lagoven, S.A. Caracas 1989. 180 p.

Cuarto.- Denunciar formalmente ante la comunidad Internacional el encubrimiento que a través de acuerdos de cooperación militar Washington y Georgetown, están potenciado las capacidades militares de Guyana, cuando a los pocos días del Pacto de Agryle, se llevaron a cabo maniobras militares aéreas conjuntas, a través del Comando Sur de Estados Unidos) y la Fuerza de Defensa de Guyana.

Quinto.- Advertir sobre la provocación que representa él envió por parte de Inglaterra de una nave de guerra a *Guyana* como apoyo diplomático y militar a su antigua en el Caribe.

Sexto.- convocar a la Secretaria del CARICOM, a la Troica de la CELAC, al Jefe de la Secretaria PTP de la CELAC; y a la Comisión Conjunta de Ministros de Relaciones Exteriores, a los fines de que compruebe las desviaciones que ha tenido el “Pacto de Agryle” y verifique el equipamiento militar que Guyana está desarrollando, el cual pone en peligro la paz de la región.

NUESTRO PARECER

- La multilateralización de la reclamación, está fuera de los mecanismos acordados dentro del Acuerdo de Ginebra 1966.
- Estratégicamente representa un riesgo para los intereses de Venezuela, el peso y protagonismo que se le da al CARICOM, cuando este organismo, públicamente ha expresado su parcialidad con la Republica Cooperativa de Guyana.
- El punto central de este encuentro fue bajar la tensión por la reclamación del territorio Esequibo. La discusión de temas importantes, comunes a dos países fronterizos, desvían nuestro objetivo en la reclamación al formar parte de la agenda ordinaria de las negociaciones entre las cancillerías.
- A pesar de las reservas que se puedan tener sobre algunos magistrados de la Corte Internacional de Justicia, se recomienda reconocer la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia¹⁷, como la instancia mas apropiada donde se puede demostrar nuestros derechos sobre el Esequibo y ratifique la nulidad del fraudulento Laudo de Paris/1899, debido a que una decisión en contrario tendría un alto costo para el gobierno y la integridad territorial del país.

BIBLIOGRAFÍA

Badell Madrid. La Reclamación de Venezuela sobre el territorio Esequibo. Serie Estudios. Academia de Ciencias Políticas y Sociales 106-107 Editorial Torino

Carrillo Batalla Coordinador La Reclamación Venezolana sobre la Guyana Esequiba. Academia de Ciencias Políticas y Sociales Editorial Torino 2008

Couto e Silva Golbery Aspectos Geopolíticos do Brasil (1957), Geopolítica do Brasil (1967) y Planejamento Estratégico (1955),

Faundez L. Héctor. La Competencia de la Corte Internacional de Justicia y el Caso Guyana Contra Venezuela. Colección Estudios No. 1126.

González Oropeza, Hermann. y Donis Ríos, Manuel. Historia de las fronteras de Venezuela. Cuadernos Lagoven. Lagoven, S.A. Caracas 1989. 180 p.

¹⁷ FAUNDEZ L. Héctor. La Competencia de la Corte Internacional de Justicia y el Caso Guyana Contra Venezuela. Colección Estudios No. 1126. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Caracas 2020.

Morales I Academia de Ciencias Políticas y Sociales. La Reclamación Venezolana sobre la Guyana Esequiba . p. 193-199. Editorial Torino 2008

Quinta Aranguren, Juan José. Diccionario Jurídico de la Corte Internacional de Justicia. Colección Derecho Internacional. Editorial Tirant Lo Blanch. Bogotá 2021.

Ratzinger Joseph; John Henry Newman, Hans Urs von Balthasar, Luigi Giussani, Jean Pierre Ramírez e Iván Palomino (1999). Via Crucis. Encuentro Ediciones.

Rivarola Andrés Geopolítica de la integración, una perspectiva latinoamericana

Travassos Mario: Trabajos publicados. Aspectos Geográficos Sul Americanos, foi publicado em 1931, Projeção Continental do Brasil, 1938

William Mallinson; Zoran Ristic (2016). «The Political Poisoning of Geography». The Threat of Geopolitics to International Relations: Obsession with the Heartland (Cambridge Scholars Publishing, p. 3 (19 / 30 en PDF)).

Fuentes Digitales

BBC Landale R <https://www.bbc.com/mundo/articles/c28ywym41y8o>. James

France 24 Lula enviará a un asesor

<https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20231212-lula-enviar%C3%A1-a-un-asesor-especial-a-la-reuni%C3%B3n-entre-venezuela-y-guyana-sobre-esequibo>

MPPRE Comunicado.

<https://mppre.gob.ve/2023/12/14/controversia-venezuela-guyana-resolvera-conformidad-acuerdo-ginebra/>

Revanales G. EL NACIONAL.

<https://www.elnacional.com/opinion/guyana-en-su-escalada-militar/> diciembre 27, 2023

Voz de America. CNN Brasil refuerza frontera <https://cnnespanol.cnn.com/2023/12/29/reino-unido-venezuela-a-ejercicios-militares-guyana-orix/>

Voz de America: <https://www.vozdeamerica.com/a/brasil-refuerza-frontera-venezuela-guyana-tensiones-esequibo/7385401.html>

LA PRIVATIZACIÓN: UN PASO NECESARIO PARA LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y LOS VENEZOLANOS

Aurelio Useche Kislinger

*Ingeniero Civil. Ms Ex Profesor Universitario
Miembro Honorario de La Academia de Ingeniería y El Hábitat*

No es posible y justo socialmente, trasladar las pérdidas de las empresas del Estado a la población, como es el caso de nuestros días en Venezuela que padece de una inflación del 400%. Nada más empobrecedor que la inflación. Hay que desmontar este Estado ineficiente, manejado por elites, y cargando sobre los más pobres esas ineficiencias. Privatizar es parte de una política social de equidad y darle oportunidades de trabajo bien remunerado a la población. No es mediante subsidios y subvenciones escondidas en dádivas a los pobres.

Resumen: *La privatización puede conducir a una mayor eficiencia y modernización de las empresas del Estado, así como en la prestación de servicios públicos como agua, y electricidad, entre otras áreas de responsabilidad como educación y salud. Hay que desmontar al Estado para lograr prosperidad. Es decir, lograr uno que se ocupe de aquellas actividades que el sector privado no pueda hacerlo. Un Estado subsidiario.*

Palabras Clave: *Privatizar y eficiencia económica.*

Abstract: *Privatization may lead to achieve greater efficiency and modernization of government owned business, as well as the provision of public utilities like water supply and electricity, and other areas of government responsibilities such as education and health. The need to reduce state dimensions is indispensable for economic and social prosperity. A state focused on responsibilities that private sector cannot assume: A subsidiary state.*

Key words: *Privatization and economic efficiency.*

ANTECEDENTES

En Marzo de 1992, fui designado Miembro de la Junta Directiva del Fondo de Inversiones. Desde esa posición pude compenetrarme con los procesos de privatización en marcha para ese entonces. El Directorio, me encargó de coordinar los planes de privatización a los efectos de su seguimiento. Para ese entonces estaban en marcha los procesos para la privatización de las Empresas Eléctricas Enelven y Enelbar. Además, Planta Centro, que se había logrado separar contable y operativamente de Cadafe, como una unidad de negocios. Se encontraban adicionalmente en la lista Aeropostal, Indulac y el segundo tramo de las acciones de la CANTV, que todavía estaban en la cartera del Fondo, luego del proceso de 1989 de venta de la porción mayoritaria de acciones de CANTV. Fui igualmente designado miembro de la Junta Directiva de VIASA, empresa recién bajo administración privada desde 1990. La situación política dominante, luego del Golpe de Estado, influyo para que los procesos en marcha fueran diferidos los concursos de oferta pública.

En Mayo de 1993, el Presidente Carlos Andrés Pérez fue removido de su cargo. Sin embargo, ello, no interrumpió, los planes de privatizaciones. La documentación para los concursos públicos de las empresas eléctricas estaba lista para convocar los respectivos concursos. Sin embargo, hacia fines de 1993, ante la inminencia de las elecciones, las convocatorias públicas para los concursos de presentación de oferta para Enelven, Enelbar y Planta Centro fueron suspendidas hasta que las nuevas autoridades tomaran la decisión. Y así fue.

El Gobierno de Rafael Caldera interrumpió por siempre, los planes de privatización, salvo las colocaciones de las acciones de la CANTV en los mercados de capitales nacionales e internacionales, por sus efectos en la imagen del país, ante un nuevo gobierno. Estaba ya en puerta, la crisis financiera que trajo como consecuencia la intervención y quiebra de un conjunto de instituciones financieras. La polémica decisión del BCV de otorgarles auxilios financieros a los bancos a través de FOGADE fue de tal impacto, que generó una masiva fuga de capitales, por lo cual las autoridades decidieron decretar un control de cambios. En vista de la mala experiencia, el Gobierno decidió, que los Bancos de Venezuela y Consolidado, fuesen recapitalizados por FOGADE con la finalidad de ser vendidos a inversionistas locales e internacionales. Las otras instituciones fueron liquidadas. Las pérdidas acumuladas fueron absorbidas por FOGADE y por consiguiente irrecuperables para la República.

Fui contratado por el Banco Consolidado para que les asistiera en el proceso de venta de General de Seguros, C.A para ese entonces la segunda empresa aseguradora en el mercado venezolano. Posteriormente, fui designado Miembro de la Junta Directiva del Banco de Venezuela y del Banco de Venezuela International, con sede en el Estado de Florida. Allí permanecí, hasta que se efectuaron los concursos públicos para la venta de las acciones de General de Seguros y del Banco de Venezuela, proceso este último que incluía la inversión en Florida.

El tema de la privatización anda rondando en la Administración del Estado desde hace ya unos cuantos años atrás. Han sido muchos los debates alrededor del mismo y siempre las resistencias han privado a la hora de las decisiones, por lo cual los procesos realizados siempre tuvieron enormes escollos. Desde luego las privatizaciones de la CANTV, y luego SIDOR y los Bancos estatizados fueron exitosas en sus resultados económicos, como en los beneficios para el país, en términos de ahorro público, al no tener que enfrentar los costos directos e indirectos provenientes de su gestión operativa.

No fue así con el caso de VIASA, al no haber un acuerdo con los Sindicatos de Pilotos, Personal Auxiliar de vuelos y administrativo quienes desde el inicio se opusieron a las normas y regulaciones establecida por la Junta Directiva de la empresa privatizada. El personal de pilotos de VIASA apostó desde siempre a la reversión de la privatización y que el Estado continuara como accionista principal, financiando el enorme déficit operacional. Pero, se equivocaron. Los accionistas principales Iberia, y sus socios venezolanos del sector privado, así como el Fondo de Inversiones de Venezuela decidieron liquidar la empresa, al no estar dispuesto a reponer las pérdidas acumuladas de operación durante 1993 y 1994. Ya en 1993 los accionistas habían aportado el capital perdido desde su privatización en 1989. Nunca entendieron que ya el rentismo financiando, a las empresas del Estado, estaba agotado. Pilotos y empleados de VIASA continúan por allí deambulando, solicitando el pago de sus prestaciones a un Estado arruinado.

Es importante mencionar que Iberia, tenía como estrategia dominar el Caribe como mercado y al igual constituir un “hub” o centro de distribución de vuelos de Iberia entre Europa y América Latina. Para ello tenía la intención de adquirir el antiguo Terminal Internacional en el Aeropuerto Internacional Simón Bolívar en Maiquetía. Ello no fue posible por la terca posición de los pilotos por no operar aviones de dimensión mediana capacidad como 727-200 para vuelos cortos en el Caribe. VIASA contaba para el momento de la privatización

con solo 5 Aviones DC10-30 ya con 15 años de servicio que cubrían las rutas de Nueva York y Europa, adquiridos en 1975 y dos equipos Airbus 300 con 15 años igualmente de servicio y de corto alcance, rentados que atendían los vuelos a Miami fundamentalmente. Mientras que Iberia, contaba con una flota de mas de 80 aviones para ese entonces. Además, pilotos y sobrecargos rechazaron las normas de horas de descanso y tarifas para el pago de los viáticos, así como pasajes gratuitos o muy bajo costo para familiares aprobadas por la Junta Directiva. Fueron suspendidos los pasajes de gracias a los funcionarios del Gobierno y de los demás Poderes del Estado como Congreso y Corte Suprema de Justicia, entre otros.

El Gobierno de Chávez, creo una nueva empresa denominada CONVIASA, intentado emular a la anterior empresa, pero bajo el designio militar. Los resultados operativos y económicos son desconocidos, y son parte del secreto militar. Pero seguramente deficitarios, atendiendo las limitaciones de equipos con los que cuenta para operar. Resulta ver con asombro, como se opera con equipos ya obsoletos e ineficientes, en la industria de la aviación. No puede ser otra.

El caso del sector eléctrico llama la atención, por cuanto en vez de haber sido privatizado algunas de las empresas estatales como Enelven y Enelbar y activos como Planta Centro, se hizo todo lo contrario. Se expropió y nacionalizó a La Electricidad de Caracas, así como sus empresas filiales de Guarenas y Guatire, y la operación del Centro de Generación de dirigido a suministrar energía confiable al Complejo Refinador de Paraguaná. A todo este complejo operacional, le fueron agregados CADFE, Planta Centro, EDELCA, ENELVEN y ENELBAR para crear un monstruo de mil cabezas denominado CORPOELEC, empresa cuyas Autoridades, Gerentes y Administradores han mostrado las mayores de las incapacidades vistas, para manejar al sector eléctrico, teniendo como resultado un sistema eléctrico vulnerable, bajo constante racionamiento y ocurrencia de apagones imprevistos, como resultado de la deficiente e improvisada gestión. Y desde luego con seguramente resultados financieros deficitarios, no publicados. La profunda recesión económica observada durante los últimos 7 años trajo como resultado un descenso en la demanda de energía y, aun así, los administradores del sector eléctrico nacional mantienen al país bajo racionamiento

De igual modo, la CANTV fue nacionalizada de nuevo, al igual que SIDOR. La complacencia inicial de los trabajadores de esas empresas por las nuevas nacionalizaciones ha venido progresivamente disminuyendo, al verse reducido sus remuneraciones y haber perdido valor las acciones de las empresas en su poder, adquiridas, por cierto, con facilidades de pago durante los procesos de privatización. En nuestros días, ambas empresas han disminuido su eficiencia operativa. El servicio de teléfonos y telecomunicaciones de la CANTV en franco deterioro, imposibilitados de invertir para adecuarse a los nuevos avances de la tecnología informática de las telecomunicaciones. El caso de SIDOR es patético. Llegó a exportar, un monto equivalente cercano a los \$18.000 MM anuales¹. Ahora, apenas produce algunos cientos de miles de Dólares, que no cubren ni mínimamente su operación. Los trabajadores de SIDOR añoran los tiempos de SIDOR privatizada. También los de la CANTV.

También fueron de significación los procesos de ventas de los Bancos estatizados, empresas de seguros y otras relacionadas con la crisis financiera de 1994. Si se efectúa un balance de los recursos aplicados al auxilio del sector financiero en comparación con los montos producidos por las ventas de esas instituciones para sus compradores, nos encontramos con un balance igualmente negativo, con pérdidas de capital asumidas por la República, las cuales no podrán ser recuperadas.

¹ UPDATE 1-FACTBOX-Steelmaker Ternium Sidor in Venezuelan takeover Reuters Metals upsets, offsets, and onsets in 2007 The Fabricator.

No obstante, el Banco de Venezuela, que fue recapitalizado por el Estado a consecuencia de quiebra en el año 1994, con motivo de la crisis financiera, y que fue privatizado en una operación muy exitosa, fue estatizado de nuevo. Hoy día sus empleados, que vieron con simpatía esa decisión, también se lamentan el bajo monto de sus remuneraciones. El banco presta un servicio deficiente y se encuentra muy congestionado por ser el agente pagador de remuneraciones de empleados del Gobierno y Empresas del Estado, sin que prive algún beneficio en su gestión de negocios. Sus operaciones de crédito comercial inexistentes, dado las pocas disponibilidades para su desembolso.

Y, además, se encuentra en una enorme obsolescencia tecnológica que le impide prestar un servicio eficiente a sus clientes. Y quizás en el futuro con el exterior, cuando sea posible operar en el mercado financiero internacional. Si hay algún negocio que es exigente, en cuanto a tecnología son los bancos e instituciones financieras las cuales demandan que una porción importante de sus ingresos se destine precisamente a la inversión en tecnología.

Queda pendiente el caso de la Industria del Aluminio que en el pasado estuvo en consideración. Sin embargo, la resistencia de la CVG y sus administradores expresada en forma pública puso en evidencia que, si bien pudo haber existido una intención, esta fue timorata. No fue posible en ese entonces. Hoy día, esa industria, al igual que las demás empresas pertenecientes al circuito accionario de la CVG, se encuentran prácticamente paralizadas con una producción que no alcanza a más del 8.9 %² de la capacidad instalada. Tanto en Venalum, como Alcasa.

Finalmente, está la situación de PDVSA. Hay que tener presente que PDVSA fue posible constituir la por la existencia de un conjunto de empresas privadas operadoras de petróleo que formaban parte grandes corporaciones americanas, británicas y holandesas, las cuales se habían sido constituidas y organizadas, a lo largo del proceso que implicó la explotación del petróleo desde la década de los años 20. Ante la negativa de otorgar nuevas y renovar las concesiones que se vencían en 1983, estas empresas decidieron no invertir en el desarrollo de nuevos yacimientos, así como en la adecuación y expansión de las refinerías. Entre 1970 y 1976 para el momento de la nacionalización y creación de PDVSA la producción había disminuido de tres a dos millones de barriles diarios por la desinversión ocurrida en el tiempo. Las refinerías de Amuay, Cardón y Puerto La Cruz, los procesos eran solo de destilación atmosférica siendo que la mayoría del crudo que se procesaba era crudos medianos y pesados, era ineficientes en virtud del gran volumen de residual que se generaba en la refinación. De igual modo sucedía en los campos de producción, por cuanto la inversión en recuperación de yacimientos fue la mínima para continuar operando, pero insuficiente para aumentar la producción de crudos.

PDVSA fue creada con el espíritu de ser una empresa privada del Estado, pero fuera de toda consideración e influencia política en sus decisiones gerenciales y en sus operaciones. Fue muy sabia, la decisión sobre PDVSA una empresa tenedoras de acciones de las empresas negociadas. Se mantuvo la cultura gerencial, factor de extrema importancia en el manejo de negocios de esta magnitud. Por lo cual, no había interferencia del Estado en sus operaciones, salvo las obligaciones tributarias.

PDVSA tenía garantizada autonomía financiera y por consiguiente fue acumulando reservas, que fueron utilizadas en la expansión y modernización de sus activos operacionales. No hubo que crear y organizar empresas. Ya estaban creadas, con personal técnico, administrativo y operacional formadas con un gran esmero a lo largo del tiempo. PDVSA, con el visto bueno de los Gobiernos democráticos que se alternaron desde su creación, emprendie-

² Industria de aluminio de Guayana cierra 2021 con una producción al 8,9% Tal Cual Diciembre 2021.

ron cuantiosas inversiones, tanto en las refinerías modernizando y adecuando sus instalaciones, para operar bajo conversión profunda con lo cual se aumentó considerablemente la producción de gasolinas y otros derivados los cuales podían ser colocados en el exterior con un nivel mayor de ingresos y de este modo aumentar el valor de sus exportaciones. De igual modo se incrementó la inversión en exploración y producción logrando aumentar notoriamente el nivel de las reservas probadas de petróleo. Siendo estas de las de mayor dimensión en el mundo.

PDVSA logro instrumentar una estrategia de internacionalización, haciendo inversiones en adquirir total o parcialmente empresas de petróleo como Veba Oel y Ruhr Oel en Alemania, Nynas en Bélgica y Suecia. Así como en los Estados Unidos con la adquisición de CITGO, que para ese entonces tenía una gran participación en el mercado interno de gasolina a través de las estaciones de servicio 711, la cual se compatibilizaba con un conjunto de refinerías en Texas y Luisiana que venían procesando crudos venezolanos con una capacidad de refinación de un millón de barriles por día. PDVSA llego a tener quizás una dimensión equivalente a EXXON, Shell, Chevron en su mejor época.

La autonomía financiera de PDVSA en cuanto al Fondo de Reserva destinado al financiamiento de las inversiones para las expansiones fue transferida al BCV a fines de 1982 habida cuenta la intensa fuga de capitales que había surgida en el país, por la caída abrupta de los ingresos externos por la exportación de petróleo. El nuevo acuerdo con el BCV, PDVSA mantuvo solo una cuenta operativa de unos 300 millones de Dólares.

En 1997, se tomó una decisión controversial por sus implicaciones gerenciales, de transformar a PDVSA en una empresa operadora, mediante un proceso de fusión de las empresas filiales, Lagoven, Maraven y Corpoven que entronizó una confrontación cultural de la tradición gerencial de años en cada una, haciéndola más vulnerable a una eventual intervención política al tener una sola junta directiva nombrada por el Poder Ejecutivo. Las motivaciones fueron darle mayor eficiencia a la industria petrolera.

En los últimos años de operación sin intervención política, consciente de las limitaciones de recursos de capital propios, fue exitosa en el proceso de apertura para invitar inversionistas internacionales a participar en áreas del negocio, de conformidad con lo establecido en el Artículo 5 de la Ley de Nacionalización de la Industria Petrolera. Fueron incorporados de nuevo campos a la producción que se mantenían inactivos, al igual que se desarrollaron las inversiones de capital privado y asociaciones estratégicas para la explotación y producción de la Faja del Orinoco.

Hoy PDVSA es una empresa arruinada y quebrada. Tiene en su balance más pasivos que activos. Tiene obligaciones financieras en el exterior con un monto superior a los \$ 49.000 millones³. Además, de una deuda corriente de unos \$ 25.000 millones con proveedores. Y con una enorme imposibilidad de lograr recuperar sus niveles de ingresos en el corto plazo, por cuanto sería necesario invertir una cantidad, que hoy día se discute con frecuencia en los escenarios profesionales, la cual se estima en el orden de los \$ 180.000 millones de Dólares en 10 años. Estas cifras aun cuando son estimaciones muy preliminares, reflejan cuan distante está el Estado venezolano de asumir esas inversiones.

UN PROGRAMA DE PRIVATIZACIONES

Todas las áreas de actividad económica, y digamos de negocios como es la generación, producción y distribución de energía eléctrica, empresas de telecomunicaciones como la

³ Para junio de 2023 Venezuela tiene vencido al momento unos 90.000 millones de dólares, repartida en: Bonos de la República \$51 MM y Bonos de PDVSA \$49 MM. Wikipedia.

CANTV y Movilnet, SIDOR producción de acero, Complejo Alcasa-Venalum-Interalumina producción de aluminio, Banco de Venezuela, y Petróleo son fundamentalmente negocios y deben corresponder su desarrollo al sector privado dentro de la esfera de una economía de mercado, en un régimen democrático de libertades. Ello sin menoscabo que la prestación de servicios de agua potable y saneamiento sean igualmente transferidos total o parcialmente al sector privado para su gestión operativa. Del mismo modo, otros servicios públicos, como aeropuertos, puertos y el Metro de Caracas. El transporte de pasajeros intraurbano y urbano ya son de hechos privados en Venezuela

Dentro de esta óptica es que se debe analizar a la privatización como una política de Estado que permita redimensionar efectivamente al sector público, y no tener los venezolanos en general temor alguno por vender y transferir empresas del Estado al sector privado de la economía, incluyendo a los inversionistas provenientes de países de América del Norte, América del Sur, Asia y Europa. Es un proceso indispensable para lograr crecimiento económico y prosperidad. Y elevar el nivel de bienestar de la población.

Una estrategia de crecimiento con baja inflación es indispensable para lograr los objetivos de equidad y eficiencia en forma estable. Para ello, es indispensable el logro del equilibrio interno lo cual exige la eliminación del déficit fiscal. Por ello el redimensionamiento del sector público, apoyado por la privatización, así como un aumento de la eficiencia en la prestación de los servicios básicos como ya se indicó con anterioridad.

La privatización debe formar parte de una nueva estrategia de desarrollo económico, en la cual se requiere de un Estado fortalecido y eficiente en el desempeño de sus funciones básicas de proveer seguridad, salud, educación y un sistema judicial que logre aplicación estricta de la ley en los procesos judiciales sin interferencia política. Pero, a su vez un Estado que promueva la competencia y estimule la expansión y consolidación de una moderna economía de mercado, sobre la cual debe recaer la responsabilidad fundamental del futuro del desarrollo nacional.

Los venezolanos cuentan con un Estado, sobredimensionado, con deficientes fuentes de ingreso, que impide ser financiado a través del sistema tributario en una economía deprimida. Y, en consecuencia, el Estado debe reducir finalmente, su ámbito de acción como empresario, para propiciar que sean los privados quienes asuman la producción de bienes y servicios en el país en un ámbito político de libertades dentro de un sistema democrático de alternancia de Gobiernos.

El Estado deberá concentrar su acción en asignar, los escasos recursos públicos provenientes del sistema de tributación a las actividades verdaderamente estratégicas que aseguren los niveles de gobernabilidad indispensables, que permitan otorgar confianza -política e institucional- en el funcionamiento normal del país, en todas sus funciones básicas.

La conducción de los procesos de privatización debe ser dirigida, ejecutada y decidida por profesionales, una vez realizados los necesarios debates públicos donde discutan los alcances y objetivos de un programa de privatizaciones, así como sobre los procesos necesarios para su ejecución exitosa.

Desde luego un aspecto básico es el necesario apoyo político a los procesos de privatización, en el entendido que es una decisión de Estado, que tiene como objetivo, que sea la economía privada quien asuma el rol fundamental de las inversiones, para propiciar el crecimiento económico como base para lograr mejorar sustancialmente el nivel de vida de general de la población.

El sector político debe tener un convencimiento profundo que su participación a destiempo puede ser un factor de perturbación con el riesgo que el país, es decir los venezolanos, puedan incurrir un costo mayor por los diferimientos en los procesos. No es posible someter

un contrato de venta cuya finalidad es establecer las reglas a través de las cuales se efectuará una transacción mercantil, a un debate parlamentario. Entendiendo que una de las competencias constitucionales de los parlamentos, se refiere al control político de los Gobiernos, se debe presentar información permanente sobre los procesos de privatización al Parlamento, sobre los procesos y su marcha. Pero, los parlamentos no tienen funciones ejecutivas de Gobierno y en consecuencia es loable discutir, consideraciones políticas legítimamente.

Un aspecto crucial cual es la fijación de los precios bases y su indispensable confidencialidad de los llamados a concursos públicos para la presentación de ofertas. Para fijar los precios base, es necesario valorar a las empresas como negocio en marcha y no se refiere exclusivamente a venta de activos. En todo caso, la venta de activos también tendrá que ser valorada con base a los ingresos netos de operación. Este tema de los precios base, no puede ser sometido a discusiones de la opinión pública para ser debatido por periodistas, políticos, opinadores de oficio improvisados, sino que más bien debe formar parte muy íntima de la estrategia de negociación. Sobre este último aspecto, ya son varios los casos en que el precio final de venta ha quedado rezagado por la ausencia de suficientes competidores debido a una discusión pública en los medios que solo perjudica a los procesos. Citemos los casos del Banco de Venezuela y Consolidado en los cuales no existió puja alguna entre los participantes.

La dirección institucional del proceso debe recaer en un ente especializado, que asuma la conducción de los procesos hasta su culminación.

Hasta ahora la gran responsabilidad había recaído en el Fondo de Inversiones de Venezuela, hoy transformado en BANDES. Además, FOGADE el Fondo de Garantías de Depósitos Bancarios dirigió y ejecuto las privatizaciones de los Bancos de los cuales era su único accionista luego que fueran recapitalizados en 1995.

Ambas instituciones tienen una finalidad distinta, no obstante que en el pasado el FIV fue encomendado asumir la dirección y ejecución de los procesos de privatización a consecuencia de la política de inversiones en las empresas públicas, cuyas pérdidas acumuladas fueron absorbidas por aportes de capital del FIV, transformándose en su único accionista.

Así se fue el caso de las empresas de la CVG y su expansión en el primer gobierno de CAP. Recuérdese que este proceso de capitalización por pérdidas acumuladas, se inició a finales del primer gobierno del Presidente Pérez, continuó con el Presidente Herrera, generando un inmenso debate político y público acerca de a quién le correspondía la titularidad del control de dichas empresas CVG o FIV en virtud que esta institución había capitalizado a casi todas las empresas de la CVG, y en atención a los preceptos de la Ley que creo el Fondo de Inversiones de Venezuela y al derecho mercantil, le correspondía nombrar a los administradores de las empresas.

Fue durante el segundo gobierno del Presidente Pérez, que el tema se resolvió por una influencia política determinante del Presidente de la CVG, Sucre Figarella, mediante la elaboración y firma de un convenio de pagos entre la CVG y el FIV.

Al correr del tiempo, la CVG no pudo cumplir con los términos de repago de las acciones, precisamente por los resultados negativos de pérdidas acumuladas en ese corto periodo de tiempo. Sin embargo, por la presión política ejercida del Presidente de la CVG, este ente recupero el control gerencial, pero los fondos para cubrir las perdidas nuevamente provinieron del FIV, mediante otro acuerdo de pagos. El valor de las acciones transferidas a la CVG se estimaba en unos 15.000 millones de Dólares. De esta manera las reservas liquidas del FIV desaparecieron con estos compromisos de capitalización. De esta cartera accionaria sólo se pudo privatizar SIDOR por 2.800 millones de Dólares. Sin embargo, quedaron pendiente las empresas del sector aluminio estimadas, con un valor de venta de unos 1.500 millones de Dólares. Para ese entonces, había quedado pendiente decisiones sobre el caso de la operación

total o parcial de estar EDELCA, Ferrominera del Orinoco entre otros, cuyos valores pueden estar cercano en el orden de los 5.000 millones de Dólares. El valor de EDELCA como empresa en marcha por cierto muy vinculado a la suerte del complejo del aluminio, SIDOR y del resto del sector eléctrico estatal, sus principales clientes corporativos.

Este dilema de administradores vendiendo empresas públicas es inconveniente e ineficiente, y puedo asegurar que la venta será llevada a cabo, cuando ya no sea posible extender más la cuerda asistente del Estado. Será entonces seguramente tarde para obtener el mejor precio. Así fue el caso de CADAFE cuyos administradores eran los que estaban organizando la privatización. Ello representa un conflicto de intereses, y seguramente puede dar lugar a situaciones indebidas de influencias y manejo de información confidencial contrarios a la transparencia indispensable de estos procesos.

Mirando hacia el futuro, siendo la República quien finalmente es poseedora de las acciones de todas las empresas del Estado, será quien debe asumir institucionalmente la dirección y ejecución del Programa de Privatizaciones. Y desde luego sea el Ministerio de Hacienda, hoy en día conocido como Ministerio de Economía y Finanzas Públicas la entidad que asuma el proceso.

La participación de la Banca de Inversión Internacional es crucial a la privatización, puesto que adicional a su rol de asesor financiero, lo más importante es el contacto y conocimiento de los mercados internacionales de capitales. La selección de los Bancos de Inversión debe ser objeto de concurso de credenciales unidos a la oferta económica por la prestación de sus servicios de asesoría en la elaboración de las valoraciones de las empresas, selección del precio base y la elaboración de los términos de referencia para la realizar los concursos, así como en la redacción de los contratos de venta de las acciones.

En el pasado no se fue totalmente eficiente en la selección de los Bancos de Inversión. Las razones de estas deficiencias están estrechamente vinculadas a los procesos de selección, en los cuales el criterio determinante ha sido el precio. Por ello, algunos de estos entes, sólo por razones de ingresar comercialmente al mercado venezolano, presentaron ofertas muy por debajo de los costos reales de prestación de los servicios mencionados. A la hora de la verdad, habían designados profesionales jóvenes, con poca experiencia en el manejo de estos asuntos, aun cuando con una aceptable formación académica. Por ello los procesos sufrieron algunos contratiempos y desde luego pérdida de oportunidades.

Los procesos de privatización en el futuro inmediato, además de revertir los casos de la CANTV y SIDOR, ya en otras circunstancias tiene por delante el sector eléctrico, las empresas de Aluminio y PDVSA. Quizás sea este último el más complejo, por la naturaleza de haber sido el sector fundamental empresarial del país.

PDVSA no puede ser privatizada como un solo ente empresarial. Habrá que definir áreas de negocio a vender, como pueden ser las refinerías de Amuay, Cardón y Puerto La Cruz. De mismo modo los campos de exploración y producción en operación o inactivos con posibilidad cierta de recuperación, incluidas las áreas costa afuera. Quizás sea necesario darle a PDVSA un rol distinto al de operador, y mas bien sea transformada en una agencia de negocios, en conexión con la política externa petrolera del país.

Las asociaciones estratégicas deberán ser objeto de un programa especial, atendiendo que en la actualidad existen socios privados de empresas de capital estatal de Irán, China y Rusia. Y, por consiguiente, hay implicaciones de política internacional que trasciende a estas consideraciones.

El caso de PDVSA y el petróleo merece una atención política especial. Lo cierto, es que seguramente, quienes formaron parte del personal gerencial de PDVSA, tengan un interés legítimo de ser un factor de decisión. Sin embargo, debo advertir que la tentación de una

reconstrucción de PDVSA estará presente en la definición de las opciones políticas. Ello sería un grave error. Nunca se podrá lograr financiamiento y participación de las empresas petroleras multinacionales que permita construir un negocio que requerirá inmensos recursos de capital y de tecnología. Desde hace más de 25 años no se invierte en PDVSA. Sus procedimientos tecnológicos están obsoletos.

Surge entonces la idea de contratar a uno o varios Bancos de Inversión, para que asesore a la República en la definición de las opciones para lograr el objetivo de reestructurar el sector petrolero y la privatización. Al mismo tiempo se debe designar un equipo de profesionales expertos en los negocios petroleros, que asesore a la República en la definición de la estrategia de privatización del sector petrolero.

Debe tenerse en cuenta que en aquellos procesos de venta en los cuales, por razones de interferencias políticas y la presencia perturbadora de intereses contrapuestos, la República puede entregar en fideicomiso a las agencias multinacionales las acciones de las empresas para que sean privatizadas con mandatos claros y sencillos. Con ello seguramente se lograrían ahorros de tiempo importante sin sostener debates políticos inútiles. No se trata de que el BID, Banco Mundial actúen como asesores o

Bancos de inversión. Serían más bien beneficiarios de un mandato en el cual actuarían a nombre del propietario y seguramente encontrarán las mejores condiciones para la venta. Habría que pensar seriamente en esta posibilidad para el caso del aluminio y el sector eléctrico en la cual existe una situación muy grave y sería, que compromete muy severamente a las finanzas del país. Además, hay que tener buen cuidado que una discusión política a destiempo puede ser un factor de incremento de riesgo en las clasificaciones a las cuales Venezuela debe someterse periódicamente para tener acceso a los mercados de capitales internacionales. Necesidad imperiosa para el financiamiento las actividades productivas del país en los próximos 10 años.

Una última reflexión. No se tiene información clara y verificable sobre la situación de estas empresas del Estado que hemos mencionado, las cuales son las de mayor envergadura en el país. Habrá que esperar a que sea la próxima administración quien pueda tener mediante auditoría una dimensión clara de la situación económica y financiera de las mismas. De todos modos, existen otras muchas más empresas en poder del Estado.

La gran mayoría de los problemas sociales del país se han originado por la irresponsabilidad del Gobierno y de un Estado basado en la renta petrolera, que se ha caracterizado por controlar la vida ciudadana, en una burocracia entrampada en permisos, requisitos y obstáculos, que dificultan el emprendimiento y la iniciativa privada. La Venezuela del futuro será aquella que sea construida por los privados, en armonía con un sector público cuyo rol será la definición de políticas que tengan como sentido, la creación de riqueza dentro de un régimen de respeto a las leyes, libertades e instituciones. Y la educación de la población para que pueda desempeñarse con autonomía, en base a sus capacidades adquiridas sin depender de subvenciones ni subsidios del Estado.

Siempre me viene a la mente lo siguiente. ¿Tienen que ser necesariamente los maestros empleados públicos? Al igual los médicos, enfermeras y especialistas en salud. Lo mismo aplica a los profesores universitarios y universidades públicas. Y así otras muchas funciones que en criterio estatista tienen que ser empleados públicos. Estoy seguro de que muchas de esas funciones pueden ser realizadas por privados, sin que ello implique que no hay alguna política social que ampare aquellos con pocos ingresos. Ese es otro tema, lo cual no implica, por cierto, la existencia de una enorme burocracia estatal.

MIRANDO HACIA EL FUTURO

Recientemente, fueron convocadas para Octubre de 2023 la convocatoria de unas elecciones primarias para la elección del candidato de la oposición a enfrentar en las elecciones de 2024 al candidato del régimen, quien seguramente será Nicolas Maduro.

Apenas estamos a meses de esa fecha. Seguramente este tema de la privatización estará en el debate público de los candidatos en esta campaña electoral y allí quizás pudiésemos percibir si los políticos de oposición tengan una opinión clara sobre la privatización.

EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LAS APLICACIONES DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA

Marianela Zubillaga*

Profesora Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: *La inmediatez de las comunicaciones, a través de los diversos canales que nos ofrecen las plataformas de mensajería, ya sea correo electrónico, de texto o instantánea, o a través de las redes sociales, ha conllevado a que, a través de éstos, se crucen informaciones, comentarios, opiniones, pero también -y lo que nos interesa en el ámbito jurídico- manifestaciones de voluntades que tengan efectos jurídicos y que constituyan evidencia y prueba de la celebración de negocios jurídicos, incumplimientos contractuales o extracontractuales, incluso delitos, entre otros... Es por ello, por lo que vamos a analizar si todo el contenido de lo que se intercambia a través de dichas aplicaciones, (como conversaciones escritas, mensajes de voz, información sobre la geolocalización, videos o imágenes), pueden ser considerados medios de pruebas, a la luz de la legislación interna vigente, a los fines de que puedan ser llevadas a un proceso, por lo que se analizará su regulación en Venezuela, tanto la legislación como la jurisprudencia existente en esta materia.*

Palabras Clave: *Mensajería instantánea, mensajes de datos, documento electrónico, prueba, valoración.*

Abstract: *The immediacy of communications, through the various channels offered by messaging platforms, whether email, text or instant messaging, or through social networks, has led to the crossing of information, comments, opinions, but also -and what interests us in the legal- field expressions of will that have legal effects and that constitute evidence and proof of the celebration of legal transactions, contractual or non-contractual breaches, even crimes, among others... That is why we are going to analyze whether all the content that is exchanged through these apps, (such as written conversations, voice messages, information on geolocation, videos or images), can be considered means of proof, in light of current internal legislation, for the purpose of being brought to a trial, so their regulation in Venezuela will be analyzed, both legislation and existing case law in this matter.*

Key words: *Instant messaging, data messages, electronic document, evidence, evaluation.*

INTRODUCCIÓN

Estamos sumergidos en un acelerado avance y cambio ante la irrupción del fenómeno digital y tecnológico en todas las esferas del quehacer humano, ya sea en la pública como la privada. Nadie puede abstraerse de esta realidad digital, ni de los avances de la tecnología.

La inmediatez de las comunicaciones, a través de los diversos canales que nos ofrecen las aplicaciones de mensajería, ya sea correo electrónico, de texto o instantánea, o a través de

* Abogado Cum-laude Universidad Católica Andrés Bello (1988). Profesora Asistente Derecho Mercantil (Prácticas) y Fundamentos Derecho Mercantil (2011-2021). Abogado socia de Baumeister & Brewer, abogados consultores.

las redes sociales, ha conllevado a que, a través de éstos, se crucen informaciones, comentarios, pero también -y lo que nos interesa en el ámbito jurídico- manifestaciones de voluntades que tengan efectos jurídicos y que constituyan evidencia y prueba de la celebración de negocios jurídicos, incumplimientos contractuales o extracontractuales, incluso delitos, entre otros...

La pandemia producto del COVID 19 a partir de marzo de 2020, que aisló a gran parte de los habitantes del planeta, exacerbó esta necesidad de comunicación a través de plataformas de mensajería instantánea; conllevó a que ciertos procesos legales ante administraciones públicas o judiciales se ventilaran a través de ella; así como a un incremento impresionante de compras a través de este canal, mediante el denominado “comercio conversacional”¹, con lo cual han tomado una relevancia fundamental para el Derecho.

¹ “¿Qué es el Comercio Conversacional? y ejemplos.

Una tecnología que permite a las marcas y a los consumidores interactuar entre sí a través del chat o la mensajería, la asistencia por voz y otras interfaces de lenguaje natural. En pocas palabras: El comercio conversacional o C-commerce utiliza el lenguaje natural para interactuar con los clientes durante su viaje de compra, ofreciéndoles ayuda y recomendaciones personalizadas mientras se alimentan las relaciones a largo plazo”. Consultado en: <https://dqcertificaciones.eu/que-es-el-comercio-conversacional/>. Sobre el crecimiento de este canal de comunicación y compra, Sergio Villa, en el artículo “Las tendencias de la mensajería móvil para 2022” afirma que:

“El uso de los SMS de empresas y otras herramientas de mensajería móvil son cada vez mayores, y con ello el éxito asociado a estas prácticas comerciales. Desde pymes hasta grandes empresas optan por estos canales de comunicación que cuentan con dos ventajas fundamentales: la excelente tasa de apertura y el amplio retorno de la inversión. Concretamente, se prevé que el número de personas que utilizan actualmente aplicaciones de mensajería móvil se incremente hasta los 3.000 millones en 2022, según Statista. Pero, ¿qué implica este crecimiento acelerado para las empresas que buscan mejores formas de relacionarse con sus clientes y empleados? Esendex, proveedor líder en soluciones de comunicación móvil empresarial, en colaboración con PwC, elaboró una encuesta este 2021 a más de 4.300 empresas para investigar cómo está evolucionando el uso de la mensajería móvil. Gracias a ello, se ha confirmado cómo este tipo de herramientas están incrementando de manera muy rápida en las compañías, especialmente en España. Nuestro país lidera el ranking global en el uso de mensajería móvil (mensajes enviados a través de SMS, servicios de comunicación enriquecida, y aplicaciones de mensajería como WhatsApp Business, Apple Business Chat y Facebook Messenger), tanto entre las grandes empresas (68%) como en pymes (49%). Una cifra por encima de la media internacional, que se sitúa en el 47%.

(...)

Así, una de las principales tendencias es el auge del comercio conversacional. En este sentido, WhatsApp Business cobra especial relevancia ya que permite acompañar a los consumidores durante todo su proceso de compra. El hecho de que el 89% de los consumidores prefieran interactuar con las empresas igual que lo hacen con sus familiares o amigos, y a través de los mismos canales, avala por sí mismo, la importancia del denominado “C-commerce”. Consultado en: <https://digitalisthub.com/las-tendencias-de-la-mensajeria-movil-para-2022/#:~:text=Concretamente%2C%20se%20prev%C3%A9%20que%20el,con%20sus%20clientes%20y%20empleados%3F>. Por lo que respecta concretamente a la aplicación *WhatsApp Business*, traemos a colación un artículo del País de España, de Juan Diego Godoy, “Qué es WhatsApp Business y cómo utilizarlo mejor”, que señala que: “En enero de 2018 llegó una variación de la aplicación de mensajería instantánea enfocada a empresas y pequeños negocios. WhatsApp Business buscaba ser el gurú del servicio y atención al cliente. Y cuatro años después, con más de 175 millones de usuarios activos, parece que lo ha conseguido y marca tendencia facilitando el nacimiento de otras aplicaciones que ofrecen el mismo servicio. Sobre todo, en los últimos años, en los que la pandemia y los constantes confinamientos han obligado a las personas a quedarse en casa y a las empresas a vender sus productos y servicios vía digital. ¿Qué hay detrás del boom del comercio por mensajería instantánea? ¿Es una moda enriquecida por la pandemia o se trata de un modelo que ha llegado para quedarse?

Por lo tanto, los sistemas de mensajería instantánea se erigen hoy en día -en todas partes del mundo- como un medio probatorio fundamental, a los fines de demostrar la ocurrencia de determinados hechos, celebración de contratos, transacciones, etc.... Es por ello, por lo que vamos a analizar si todo el contenido de lo que se intercambia a través de dichas aplicaciones, (como conversaciones escritas, mensajes de voz, información sobre la geolocalización, videos o imágenes), son considerados medios de pruebas a la luz de la legislación interna vigente, a los fines de que puedan ser llevadas a un proceso, por lo que se analizará su regulación en Venezuela, a través de la legislación y se analizará la jurisprudencia existente en esta materia.

Por ser WhatsApp (y ahora WhatsApp Business, concretamente en el área comercial y de ventas) la aplicación de mensajería más utilizada, nos centraremos en el análisis de dicha aplicación.

1. *La aplicación WhatsApp*²

Como ya se dijo, esta aplicación ofrece un servicio de mensajería instantánea, o en otras palabras, permite una comunicación en tiempo real, entre dos (comunicación bidireccional) o más personas (comunicación multidireccional), a través de sus dispositivos (teléfonos inteligentes, computadoras o tabletas), los cuales deben estar conectados a internet, permitiendo el intercambio de textos o conversaciones escritas o a través de mensajes de voz, realización de llamadas o videollamadas, intercambio de documentos, direcciones, ubicación geolocalizada, contactos, fotos o imágenes, videos.

Para poder descargar la aplicación en un dispositivo electrónico es indispensable tener un número de teléfono móvil, a la cual se asociará la cuenta del usuario, el cual tiene un IMEI, que es único e intransferible³, por lo que, en principio, tanto el emisor como el o los

El contexto mundial de la pandemia dejó en evidencia que las empresas deben contar con maneras rápidas y eficaces para atender a sus clientes y concretar ventas. Durante estos tiempos, WhatsApp se convirtió en un recurso simple y conveniente. Según nuestra investigación, las personas prefieren comunicarse con las empresas por mensaje para recibir ayuda y son más propensas a hacer una compra cuando lo pueden hacer², explican desde WhatsApp. Consultado el 11 de septiembre de 2022 en: <https://elpais.com/tecnologia/2021-07-19/que-es-whatsapp-business-y-como-utilizarlo-mejor.html>

Por último, según la página Puro Marketing, “El crecimiento del comercio conversacional a través de WhatsApp Business se multiplicará por seis durante 2022”, consultado el 11 de septiembre de 2022, en: <https://www.puromarketing.com/96/36148/crecimiento-comercio-conversacional-traves-whatsapp-business-multiplicara-seis-durante-2022>

² Esta aplicación “... se creó en el 2009, gracias a la idea de uno de sus fundadores, Jan Koum. En primera instancia, él quería crear una aplicación que le permitiera enviar notificaciones a amigos, pero luego la idea cambió y el objetivo se convirtió en crear una aplicación de mensajería instantánea. (...) Brian Acton, quien sería el cofundador de la aplicación, se involucró en el proyecto gracias a Koum, quien (...) le pidió que fuera su socio y que juntos pusieran en marcha el proyecto. (...)”

En octubre de 2009, Acton contactó a varios viejos amigos de Yahoo!, contándoles su proyecto y reunió US\$ 250,000 dólares en fondos iniciales. Esto sirvió para que Acton sea nombrado como cofundador y reciba acciones de la empresa.

Actualmente cuentan con más de 2000 millones de usuarios a nivel mundial y es propiedad de Mark Zuckerberg, el creador de Facebook. Dicha compra se dio en el año 2014, luego de que Zuckerberg cerrara el trato con una suma total de \$ 19 mil millones de dólares”. Consultado el 11 de septiembre de 2022, en: <https://mott.marketing/informacion-sobre-que-es-quien-creo-y-como-funciona-la-aplicacion-whatsapp/>

³ “IMEI son las siglas, en inglés, de ‘International Mobile Equipment Identity’ En castellano, la identidad internacional de un equipo móvil. En otras palabras, es un código que los fabricantes de

receptores de los mensajes, están debidamente identificados y también permite verificar -si se activa esa función en la configuración de la aplicación-, si el mensaje fue leído por el receptor. Según la propia aplicación, permite "...el cifrado de extremo a extremo [que] garantiza que solo tú y la persona con quien te comuniqués puedan leer o escuchar lo que se envía, y que nadie más, ni siquiera WhatsApp, pueda hacerlo. Esto ocurre debido a que, gracias al cifrado de extremo a extremo, los mensajes se aseguran con un candado y solo tú y el destinatario tienen la llave especial que se necesita para desbloquearlos y leerlos. Todo esto es automático, sin que haya necesidad de activar ninguna opción en los ajustes ni de crear chats secretos especiales para asegurar los mensajes"⁴. Por otra parte, los mensajes intercambiados a través de las distintas conversaciones o chats se almacenan en el dispositivo (y no en los servidores de la aplicación)⁵, por lo que para conservarlos se deben hacer copias de seguridad según el sistema operativo que tenga el teléfono.

Dos características resaltamos de la aplicación, que consideramos que son importantes desde el punto de vista legal: En primer lugar, que la aplicación debe utilizarse con un número de teléfono, cuyo titular o propietario está registrado en la operadora de servicio de telefonía celular, de manera que es posible identificar -en principio- a quien envíe o reciba un mensaje; y, en segundo lugar, que los mensajes solo están guardados o se archivan en el propio dispositivo.

2. *Los mensajes a través de WhatsApp como mensajes de datos*

En primer lugar, procederemos a revisar si los mensajes de WhatsApp se pueden subsumir dentro de alguna de las categorías jurídicas definidas en la ley.

En el derecho comparado tenemos que Ley Modelo de la UNCITRAL de la ONU, define al mensaje de datos como "... se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax"⁶.

Por su parte, el Código de Comercio Mexicano, reformado en el 2003, a los fines de adicionar algunas disposiciones en materia de firma electrónica los define como "La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología"⁷.

teléfonos asocian a cada móvil de manera exclusiva y envían a la red cada vez que se conecta. Como el número de bastidor en un automóvil o el DNI en las personas físicas, el IMEI es un número de 15 cifras que identifica cada teléfono. Es único e intransferible". Consultado el 11 de septiembre de 2022, en: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20220426/8224431/que-es-imei-movil-por-que-es-importante-conozcas-nbs.html#:~:text=IMEI%20son%20las%20siglas%2C%20en,cada%20vez%20que%20se%20conecta>.

⁴ Consultado el 11 de septiembre de 2022 en: <https://www.whatsapp.com/security>

⁵ En las Preguntas Frecuentes de la aplicación se afirma que: "Lamentablemente, no podemos ayudarte a restaurar tus chats, documentos, archivos multimedia, copias de seguridad ni el historial de llamadas. En la mayoría de los casos, el historial de chat y los archivos multimedia solo están disponibles en tu teléfono móvil o el de tu destinatario."

Nota: No podemos eliminar tus mensajes debido a que no almacenamos tus mensajes en nuestros servidores una vez que son entregados a sus destinatarios". Consultado el 11 de septiembre de 2022, en: https://faq.whatsapp.com/244747566768320/?locale=es_LA.

⁶ La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico Guía para su incorporación al derecho interno con la 1996 con el nuevo artículo 5 aprobado en 1998 bis", Número de venta: S.99.V.4 ISBN 92-1-333278-5

⁷ Consultado el 11 de septiembre en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccom/CCom_ref29_29ago03.pdf

En el vecino país, el artículo 2 de la ley 527 de 1999, los define como, "...la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex, o el telefax"⁸.

En el derecho interno, tenemos, en primer lugar, el artículo 2 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE)⁹, define a los mensajes de datos, como "Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio".

En segundo lugar, el literal o) del artículo 2 de la Ley Especial contra los Delitos Informáticos¹⁰ los define como "Cualquier pensamiento, idea, imagen, audio, data o información, expresados en un lenguaje conocido que puede ser explícito o secreto (encriptado), preparados dentro de un formato adecuado para ser transmitido por un sistema de comunicaciones".

De su lectura se concluye que, los mensajes a través de la aplicación en comento cumplen con todas las características incluidas en ambos artículos, por lo que constituyen mensajes de datos, porque se originan en formato electrónico (a través del teléfono móvil o aplicaciones descargadas en computadoras o tabletas), que se almacenan en la memoria del dispositivo o si se hacen soportes de seguridad, en servicios en la nube¹¹. Por lo tanto, al cumplir con todos los extremos de ley citados, tendrán la validez y eficacia que ésta le atribuye a esta categoría de medios probatorios.

De manera que, a los mensajes de WhatsApp, al ser mensajes de datos según la definición contenida en el artículo 2 de la LMDFE, a tenor de lo contenido en el artículo 1 *ejusdem* se les debe otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico¹².

La propia Exposición de Motivos enumera a los principios que guían al texto legislativo y la regulación en materia de mensajes de datos, destacando los siguientes:

- a. Equivalencia funcional¹³: contenida en el artículo 4º, al atribuir a los mensajes de datos el mismo valor probatorio que la Ley concede a los instrumentos escritos, "... los cuales gozan de tarifa legal y producen plena prueba entre las partes y frente a terceros de acuerdo con su naturaleza"¹⁴. Es decir, no se puede negar los efectos jurídicos, ni su validez, a la información o a los hechos allí contenidos, por el hecho de encontrarse representado en un mensaje de datos.

⁸ Consultada el 11 de septiembre en: https://www.redjurista.com/Documents/ley_527_de_1999_congreso_de_la_republica.aspx#/

⁹ *Gaceta Oficial* N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

¹⁰ *Gaceta Oficial* N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

¹¹ Los sistemas para hacer las copias de seguridad serán distintos según el software del teléfono, pero tanto en Android como en iOS se pueden hacer copias de seguridad, guardando toda la información en su forma original.

¹² El Artículo 1 de la citada norma señala que: "El presente Decreto-Ley *tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico* a la Firma Electrónica, *al Mensaje de Datos* y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas,..." (subrayado añadido).

¹³ Este principio fue desarrollado por la CNUDMI en la Ley Modelo y ha sido adoptado por gran parte de los países en su derecho interno.

¹⁴ Exposición de Motivos.

- b. Eficacia Probatoria, por lo que respecta a la forma como se deben traer al proceso judicial, el mismo artículo señala que será conforme a lo previsto para las pruebas libres, en el Código de Procedimiento Civil¹⁵.
- c. Tecnológicamente neutra, contenida en el artículo 1º¹⁶, ya que no se refiere ni versa sobre una tecnología determinada, sino que incluye a las existentes y a las futuras.
- d. Respeto a las formas documentales existentes, ya que, según la propia exposición de motivos, la ley "...no obliga a la utilización de la firma electrónica en lugar de la manuscrita, sino que su utilización es voluntaria. Tampoco se pretende alterar las restantes formas de los diversos actos jurídicos, registrales y notariales, sino que se propone que un mensaje de datos firmado electrónicamente no carezca de validez jurídica únicamente por la naturaleza de su soporte y de su firma".
- e. Libertad contractual, ya que autoriza a las partes que escojan la modalidad de sus operaciones o transacciones.

3. *Los mensajes de WhatsApp como documentos electrónicos*

Debemos partir de la definición de "documento", a efectos legales. En este sentido, podemos citar al maestro Hernando Devis Echandía, quien parte de considerar al documento como un objeto de percepción, al afirmar que: "(...) el juez necesita percibir el documento, para asumirlo como medio de prueba. Esas percepciones sensoriales pueden ser diversas: visuales, para verificar la clase de materia que lo forma, como papel o tela o plástico o cuero, etc., la clase de escritura o de dibujo empleado y el material que se utilizó para escribir o dibujar (tinta, pintura, lápiz, máquina de escribir o de imprimir, etc.); olfativas, para conocer si contiene o no perfumes u olores nauseabundos, si está impregnado o no de cierto olor propio del lugar, del recipiente, caja o cartera en donde se presume que estuvo guardado y el olor propio de la clase de papel empleado; auditivas, cuando interesa precisar el ruido que puede percibir al ser rasgado el documento o estrujado en una mano o dejado caer al piso"¹⁷. Siendo así, se consideran documentos, por ejemplo, fotografías, películas, videograbaciones, dibujos, planos, incluso, cuadros, murales, esculturas, discos, entre otros.

Siguiendo a Carnelutti, -citado por Devis Echandía- un documento como medio de prueba desde el punto de vista jurídico, requiere cumplir con los siguientes requisitos: "a) debe referirse a una cosa o un objeto formado mediante un acto humano y que tenga aptitud representativa. Generalmente son cosas muebles, pero un cuadro, un mural o un escrito estampado en una pared son también indudablemente documentos, aun cuando no puedan agregarse al expediente, sino que deben probarse mediante inspección judicial y, en ocasiones, con auxilio de peritos; b) que represente un hecho cualquiera; y c) que tenga una significación probatoria"¹⁸.

En el derecho comparado, el Reglamento (UE) N° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de

¹⁵ Artículo 395.

¹⁶ La norma en comento dice, a la letra que: "El presente Decreto-Ley será aplicable a los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas independientemente de sus características tecnológicas o de los desarrollos tecnológicos que se produzcan en un futuro. A tal efecto, sus normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los Mensajes de datos y Firmas Electrónicas".

¹⁷ CHANDÍA HERNANDO, Devis. "Compendio de Derecho Procesal, pruebas judiciales". T.II, 13ra ed. Medellín. Biblioteca Jurídica Dike, 1994, p. 416.

¹⁸ *Ob.cit.*, p. 422.

confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, (Reglamento N° 910/2014) lo define de una manera más amplia a la normativa local, al señalar, en el artículo 3, numeral 35, que se entiende por documento electrónico, “todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual”¹⁹.

También podemos citar a la CNUDMI, quien aprobó en el año 2018, la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos”, en la cual afirma que por documento electrónico “... se entenderá la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, incluida, cuando proceda, toda la información lógicamente asociada o vinculada de alguna otra forma a ella de modo que forme parte del documento se haya generado simultáneamente o no”²⁰.

En el ámbito legislativo venezolano y en el área que nos ocupa, tenemos que la Ley Especial contra los Delitos Informáticos²¹, contiene un concepto de *documento* en el literal e) del artículo 2 y los define como “registro incorporado en un sistema en forma de escrito, video, audio o cualquier otro medio, que contiene data o información acerca de un hecho o acto capaces de causar efectos jurídicos”.

Por otra parte, la Ley Infogobierno²² define al *documento electrónico*, en su artículo 5, numeral 6), como aquel “Documento digitalizado que contiene un dato, diseños o información acerca de un hecho o acto, capaz de causar efectos jurídicos”.

De manera que, en nuestra opinión, si por una parte, entendemos por documento, un medio de prueba que representa un hecho que tiene “significación probatoria” o que “cause efectos jurídicos”; y por la otra, un mensaje de datos es “toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”, concluimos que los mensajes de datos -y en el caso que nos ocupa, concretamente los mensajes a través de WhatsApp- que contengan o representen hechos o evidencias, contenidos en medios de diversas naturaleza, serán documentos electrónicos.

Es de advertir que la LMDFE no hace referencia alguna ni define al documento electrónico, sino que versa únicamente sobre los mensajes de datos²³, atribuyéndoles eficacia y valor jurídico, por lo que, en nuestro criterio, debemos entender que dicha norma se refiere a aquellos mensajes de datos que representen un hecho, acto o idea, constituyendo documentos electrónicos.

En consecuencia, los mensajes de WhatsApp pueden ser documentos electrónicos, en la medida que representen hechos o evidencias, que estén ya sea de manera escrita, auditiva, o visual, audiovisual, en forma electrónica, que está archivada en un soporte electrónico y siempre que se pueda conservar en su formato original.

4. *Los mensajes de WhatsApp en el campo probatorio*

Del estudio de la normativa hecha con anterioridad podemos afirmar que los mensajes enviados a través de WhatsApp, al ser catalogados como mensajes de datos, a tenor de la LMDFE, constituyen un medio de prueba válido dentro del ordenamiento jurídico venezolano, ya que dicha norma le atribuye -en su artículo 1- eficacia y valor jurídico.

¹⁹ Consultado en: <https://www.boe.es/doue/2014/257/L00073-00114.pdf>

²⁰ Comisión de las Naciones Unidas Para el derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos”. Naciones Unidas, Viena, julio de 2018. SBN 978-92-1-362736-5.

²¹ *Gaceta Oficial* N° 37.313 del 30 de octubre de 2001

²² *Gaceta Oficial* N° 40.274 del 17 de octubre de 2013.

²³ Y la firma electrónica, la cual no entra en el ámbito de este trabajo.

Concatenado con este artículo, el 4 tasa el valor que tienen los mensajes de datos, al afirmar que: “Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”.

Lo relevante a estos efectos es establecer cuáles son los mecanismos para producir y conservar la prueba y cómo promoverla en un proceso de manera válida, para hacer valer dicha eficacia y valor.

Y este es el aspecto que mayores trabas trae en un proceso judicial, ya que la mayoría de las personas cree que al tomar una foto o hacer una “captura” o *screenshot* de un mensaje de datos enviado o recibido en un momento determinado, se está “conservando” la prueba. Nada más alejado de la realidad. Para ello, se debe citar al artículo 7 de la citada normativa que pauta que:

“Cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho Mensaje de Datos esté disponible. A tales efectos, se considerará que un Mensaje de Datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación”.

Del citado artículo se desprende que, para que un mensaje de WhatsApp valga como documento electrónico, es necesario demostrar en el proceso, su integridad o inalterabilidad y haberlo conservado en su formato original.

A. *Integridad o inalterabilidad del mensaje de WhatsApp*

Para que el mensaje de WhatsApp pueda tener algún valor, es necesario que sea aportado al proceso de manera completa, en otras palabras, no puede haber sido alterado, en el sentido de que no se haya eliminado o borrado partes del mensaje, de manera unilateral. Así, por ejemplo, si nos referimos a una conversación por chat, quien promueva la conversación no puede hacerlo de manera parcial, ya que debe guardar la integridad de la información o elementos contenidos en el chat²⁴, a los fines de verificar si, desde que se creó, ha sido sujeto de alguna modificación o alteración, ya sea en su contenido o en el momento de su archivo, que lo altere de alguna manera.

No obstante, dado que la LMDFE, a través de su artículo 38, solo otorga el carácter de integridad a aquellos mensajes de datos que contienen una firma electrónica con certificado electrónico²⁵, al no tener los mensajes de datos enviados a través de WhatsApp una firma electrónica de tal naturaleza, el requisito de la integridad no se cumple con la sola consigna-

²⁴ En mi opinión, este requisito no implica que no pueda haber mensajes borrados por parte de alguna de las partes, en el propio texto de la conversación, siempre que tal borrado haya sido hecho para todos los integrantes del chat. En ese caso, sería el retiro de una declaración hecha, pero que consta a todos los integrantes del chat. Lo contrario, es decir, cuando se elimina algún mensaje, pero solo para una parte, podría asimilarse a la “mutilación” del documento electrónico, ya que el autor está alterando el documento original, por lo que perdería todo valor probatorio.

²⁵ El certificado electrónico es “un mensaje de datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la Firma Electrónica”. (Artículo 2 de la Ley). A su vez, según la exposición de motivos, el Proveedor de servicios de Certificación “da certeza de la autoría de un mensaje de datos mediante la expedición del certificado electrónico”.

ción del mensaje datos al expediente. En principio, se deberán promover otras pruebas, particularmente la de experticia, si se quiere dejar constancia de la integridad del mensaje en cuestión.

B. *Formato original*

El mensaje de WhatsApp en formato original es aquel que se encuentra en alguno de los dispositivos o *smartphones* de las personas que participan en una determinada conversación o chat, de manera que, conforme a la norma en comento, a los fines de verificar la originalidad del mensaje de datos, se deberá promover y traer a juicio el dispositivo telefónico que contiene el mensaje de datos que se quiere hacer valer. En este sentido se pronunció la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, al sostener que:

“Es evidente, pues, que el documento electrónico o mensaje de datos es un medio de prueba atípico, cuyo soporte original está contenido en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa y es sobre esto que debe recaer la prueba”²⁶.

En el caso del WhatsApp el soporte original está contenido en el propio teléfono, ya que como se indicó en páginas precedentes, en este tipo de aplicación, los mensajes de datos no se guardan en un servidor de un tercero, sino en el teléfono del emisor y receptor del mensaje. Tal situación, dificulta la prueba de su integridad y originalidad, ya que no es posible requerirle a dicho tercero prueba alguna o certificación sobre los mensajes de la conversación, debiendo hacerse directamente en los teléfonos a través de los cuales se participó en la conversación y que enviaron los mensajes de datos o documentos electrónicos que se pretenden valer. Ello no impide que sí se puedan traer al proceso, en caso de ser útiles para probar determinados hechos, mediante prueba de informes a la empresa prestadora de servicios de datos móviles, los datos de tráfico producidos durante el intercambio a través de WhatsApp, como, por ejemplo, el origen y destino, ruta, hora, tamaño y duración de la comunicación, siempre que esa información sea conservada por la empresa operadora.

En este sentido, debemos entender que al tratarse de un documento electrónico que debe ser presentado en la misma forma en que se creó, lo legal será que, al llevarlo al proceso se consigne la copia de seguridad que fue emitida a través de la propia aplicación, mediante su grabación en un soporte electrónico como un cd o *pendrive*²⁷.

C. *La autenticidad del mensaje de WhatsApp*

El obstáculo de mayor calibre que presentan los mensajes de WhatsApp está vinculado con su autenticidad, o en pocas palabras con la dificultad de que hagan prueba de que, las declaraciones o manifestaciones de voluntad o los hechos que se pretenden probar, son atri-

²⁶ Sentencia N° 769 del 24 De octubre De 2007, Exp. N° 2006-000119, caso Distribuidora Industrial De Materiales C.A. (DIMCA), contra ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., consultada el 11 de septiembre de 2022 en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#>

²⁷ Gastón Bielli, profesor argentino y Presidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático, sobre el tema del formato original, afirma que: “No será admisible, por tanto, la copia impresa en papel, ya que se entiende que ésta es la simple reproducción de otro documento que fue creado y almacenado electrónicamente. La impresión es la reproducción de textos e imágenes que se encuentran en medios electrónicos utilizando diferentes tintas, generalmente sobre papel. A veces, por razón de las nuevas tecnologías, al juez se le dificulta la labor de identificar lo que es original de lo que no lo es esa copia no es el Documento electrónico original generado a través de la plataforma de mensajería, sino una simple reproducción del mismo (carente de metadatos), que por más que permite entrever la ocurrencia de aquellos sucesos invocados, no causa per se la necesaria convicción como para tener a estos por ocurridos. Tampoco se podrá establecer la integridad del documento (es decir, que el mismo no fue alterado por la parte o por terceros), o asegurar su necesaria preservación a los efectos de ser peritado con posterioridad”. Consultado el 12 de septiembre de 2022 en: <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4384-prueba-electronica-incorporacion-admision-y-valoracion-capturas>.

buides a los emisores o destinatarios de dichos mensajes, según sea el caso, todo ello en virtud del riesgo asociado a la suplantación de identidad, creación de cuentas falsas, manipulación de la mensajería instantánea o *hackeo*.

Al igual que con lo señalado con la característica de la integridad, la LMDFE señala que solo los mensajes de datos que tengan firmas electrónicas certificadas son los que permiten "...vincular al signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de éste..." teniendo en este caso, "...la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa"²⁸.

De manera que, no teniendo los mensajes de WhatsApp una firma electrónica certificada, en el caso que se tenga que probar su autenticidad, tendrán que promoverse en principio, pruebas adicionales, como de experticia o de informes a las compañías operadoras de telefonía, por ejemplo, para dejar constancia de quién es el titular de la línea y del teléfono emisor o receptor de los teléfonos que participaron en el intercambio de chats o mensajes de datos que se pretenden hacer valer en un proceso.

5. Valoración de los mensajes de WhatsApp

En el derecho español se ha analizado y atribuido valor probatorio en muchas jurisdicciones a los mensajes de WhatsApp. Sin fines exhaustivos, podemos citar a una sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, N° 556/2016, del 27 de enero de 2016, (Rec. 4577/2015), que ha sido destacada en el ámbito forense español, que establece los supuestos con base a los cuales se puede valorar en el proceso un mensaje de WhatsApp, afirmando, que de darse alguno de ellos sería valorada en su conjunto: a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); o, cuando, d) cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores²⁹.

También se puede reseñar la noticia sobre una sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Vigo, Galicia, la cual atribuyó la "categoría de contrato verbal" a una conversación de WhatsApp, entre unos propietarios de una vivienda que vivían fuera de la ciudad y su inquilina, a través de la cual las partes compartieron sus datos bancarios, fotos y sus identificaciones y habían acordado todos los términos del alquiler. Luego del impago de varias mensualidades, los arrendadores incoaron demanda con fundamento en el contrato suscrito a través de los mensajes de WhatsApp. La sentencia consideró que el intercambio de mensajes entre ambas partes era un acuerdo jurídicamente válido y, por tanto, exigible ante los tribunales³⁰.

En nuestro país, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) se ha pronunciado en materia de pruebas electrónicas, pero limitadas a correos electrónicos. No obstante, dado que -como se ha analizado en páginas anteriores- los mensajes a través de WhatsApp son mensajes de datos, que guardan mucha similitud con los correos electrónicos sin firma electrónica certificada, somos de la opinión que dicha jurisprudencia es plenamente aplicable a los mensajes en estudio, por lo que se procederá a hacer una breve referencia sobre la evolución jurisprudencial en este tema, no sin antes destacar las semejanzas entre los dos medios citados.

²⁸ Artículo 19 de la LMDFE.

²⁹ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6090313cda7f6b0e/20160303>

³⁰ Consultado el 8 de septiembre de 2022, en: https://elpais.com/economia/2019/10/11/actualidad/1570792235_849723.html. Se debe notar que la interpretación del juzgado contenida en la noticia no sería aplicable en el caso venezolano, donde la norma contenida en el artículo 4 de la LMDFE atribuye a los mensajes de datos la misma eficacia jurídica que los documentos escritos.

Tal similitud se fundamenta en que, en primer lugar, en ambas aplicaciones, las cuentas pertenecen a personas identificables según se hayan registrado. En este sentido, en la mensajería de WhatsApp, se puede identificar a la persona titular del número de teléfono, según el registro que haya hecho ante la operadora de telefonía. Por su parte, los correos electrónicos también se logra dicha identificación, según la información que haya dado al momento de abrir la cuenta³¹. En segundo lugar, en ambas los mensajes de datos son almacenados, con la diferencia de que en los WhatsApp dicho depósito se realiza en los propios dispositivos móviles en cambio, en los correos electrónicos, en principio se pueden conservar en el servidor de la aplicación del servicio³², o en su defecto, también en el PC o *laptop*.

Por lo que respecta a la jurisprudencia dictada en la materia, podemos hacer referencia a una de las primeras sentencias, en la cual el Tribunal se pronunció sobre los mensajes de datos³³, y la imposibilidad darle certeza ante la ausencia del ente certificador, por lo que concluyó que, "...en razón de que la falta de certificación electrónica no puede ser atribuida a la parte que se quiere servir de las pruebas emitidas por medios electrónicos, lo procedente, en aplicación de los medios probatorios previstos en el Código de Procedimiento Civil, es analizarlas tomando en cuenta otros aspectos que se evidencian de su contenido".

En este caso, como los mensajes de correos electrónicos provenían de tercero, la ausencia de ratificación por parte de los emisores condujo a que fueran desechados del juicio.

En otra sentencia³⁴, se discutió el medio de prueba utilizado para llevar al expediente los correos electrónicos, ya que el promovente los promovió en copia simple, solicitando luego la prueba de la exhibición del original. El TSJ rechazó tal medio de prueba ya que sostuvo que,

"... los documentos electrónicos no pueden ser exhibidos, por cuanto la manera en la cual son almacenados los datos electrónicos, impide que puedan ser presentados al juicio, pues ellos están en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa, razón por la cual se está frente a la necesidad de una experticia para verificar la autoría de los documentos que se emitan con tales características y si estos están en poder del adversario, hasta tanto se ponga en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica".

³¹ En este caso, probablemente será más fácil evacuar la prueba de informes sobre la titularidad de una cuenta de teléfono a la operadora de servicios telefónicos que a la proveedora de servicios de mensajería de correo electrónico.

³² Se conservarán los mensajes, siempre que no se haya escogido la opción de descargar el correo y el método para recibir los correos sea POP3, ya que, en este caso, al descargarlos sí se borran del servidor, a menos que durante su configuración se haya escogido la opción "Dejar una copia de todos los mensajes en el servidor" para los buzones de correo POP3. Para más información sobre este tema ver: <https://www.ionos.es/ayuda/correo/temas-generales/diferencias-entre-imap-y-pop3/#:~:text=Una%20vez%20descargados%20los%20correos,sincronizados%20entre%20los%20distintos%20dispositivos.>

³³ Sentencia N° 00157, Exp. No. 2004-0183 de la Sala Político Administrativa, de fecha 13 de febrero de 2008, caso: PDV-IFT, PDV Informática y Telecomunicaciones S.A. contra INTESA INFORMÁTICA, NEGOCIOS Y TECNOLOGÍA, S.A. y SAIC (BERMUDA) LTD.

³⁴ Sentencia 769 del 24 De Octubre De 2007, Sala Casación Civil, Distribuidora Industrial De Materiales C.A. (DIMCA), contra ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., Exp. N° 2006-000119. Consultada el 10 de septiembre de 2022 en: historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/RC-00769-241007-06119.HTM

De manera que el Tribunal Supremo dejó sentado que, es la experticia, el medio de prueba adecuado para llevar a un juicio un documento electrónico, y agregó que es a través de dicha prueba se verificará si el mensaje de datos cumple con las características de originalidad e integridad, así como para determinar su autoría³⁵.

Por último, concluyó que, frente a la impugnación de la contraparte, el juez ha debido, atendiendo a la normativa sobre prueba libre del Código de Procedimiento Civil, a la que remite el artículo 4 de la LMDFE, señalar la forma conforme a la cual se tramitaría la experticia al PC o al servidor correspondiente. En el caso en estudio, como se dijo con anterioridad, tal evaluación se deberá realizar al equipo telefónico en cuestión.

En una tercera sentencia de la Sala De Casación Civil, de fecha (Exp. Nro. 2011-000237) (Transporte Doroca vs., Cargill de Venezuela)³⁶, en la cual se discutió el valor de unos correos electrónicos, el Tribunal ratificó el criterio del tribunal de alzada quien dejó sentado que, si no son objeto de impugnación por la contraparte, "... los mensajes de datos y firmas electrónicas, reproducidos en formato impreso, debían considerarse semejantes, en cuanto a su eficacia y valor probatorio, a las copias o reproducciones fotostáticas, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, razón por la cual le dio pleno valor probatorio a los correos electrónicos al amparo de lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, con base en que los mismos no fueron impugnados en su oportunidad legal" y en consecuencia declaró a los correos electrónicos en discusión, como fidedignos en su contenido.

Por último, citamos a la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 12 de julio de 2022, Exp. N° AA21-C-2018-000142, que ha dado un paso más en la atribución del valor probatorio a los mensajes de datos contenidos en correos electrónicos, al afirmar que, si no son impugnados, deben considerarse "fidedignos y auténticos"³⁷.

³⁵ Sobre estos aspectos sostuvo que: "... el objeto de esta especial experticia consiste en determinar la autoría del mensaje de datos, esto es, el emisor o la persona autorizada para actuar en su nombre o un sistema de información programado por el emisor o bajo su autorización, para que opere automáticamente y, así saber desde cuál y hacia cuál dirección o puerto electrónico fue enviado y recibido el mensaje; bajo cuál firma electrónica fue enviado; la fecha y hora de la emisión del mensaje; su contenido; y cualquier otro dato de relevancia para el proceso que las partes soliciten o el juez ordene para resolver la controversia.

Otra característica del documento electrónico es que éste debe estar conservado en su estado original. En efecto, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas exige que cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos esté disponible. Para determinar esto, es necesario el examen de un experto a la base de datos del PC o del proveedor de la empresa del cual fue enviado el documento electrónico.

Por tanto, la Sala considera que es necesario certificar si el documento electrónico ha sido conservado y si el mensaje está inalterado desde que se generó o, si por el contrario, ha sufrido algún cambio propio del proceso de comunicación, archivo o presentación, por hechos de la parte o terceros, de conformidad con el artículo 7 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas antes transcrito, lo cual sólo es posible a través de una experticia en la base de datos del PC o el servidor de la empresa que ha remitido el documento electrónico".

³⁶ Consultada el 9 de septiembre en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/RC.000460-51011-2011-11-237.html>

³⁷ En primer lugar, la Sala reiteró lo sostenido en sentencias anteriores conforme a la cual, "... la valoración de los correos electrónicos se rige por la normativa prevista en el Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y por el Código de Procedimiento Civil. El

Este avance de la jurisprudencia no puede llevarnos a menospreciar la forma cómo se deben llevar al proceso, los mensajes de datos contenidos en WhatsApp. Hemos observado que a veces se pretenden hacer valer simples fotos a teléfonos consignadas mediante copias, donde extraídas fuera de contexto, para hacer valer una declaración particular, de manera aislada.

Consideramos que, ya que el máximo tribunal ha dejado claro que las impresiones de los mensajes de datos son catalogadas de “fidedignas y auténticas” siempre que no sean impugnadas, recordemos que deben cumplirse con los principios de autenticidad, integralidad y originalidad, por lo tanto, no olvidemos que, dado su origen electrónico, la promoción en ese mismo medio, a través de un CD o un pendrive, por ejemplo, de la totalidad del mensaje de datos, es la más adecuada.

Ahora bien, no somos ajenos y entendemos que dado el sistema judicial venezolano, para el juez pueda ser más accesible, presentar la prueba en formato impreso, por lo que, si los mensajes de datos contenidos en WhatsApp se van a promover en esta forma, deberá consignarse en copia el contenido completo del chat o conversación, y no en partes o copias aisladas de extractos de la conversación; si contiene audios, deberán transcribirse completamente, y solicitar se fije un día para su reproducción, las imágenes deberán ser impresas, todo, conservando las fechas, horas de la emisión y recepción y demás datos que brinda el teléfono, y en dichas copias deberán constar los números de teléfonos del emisor y receptor y su nombre, así como las fechas.

Por último, si hay una impugnación de la prueba, se deberá promover la experticia sobre todos los teléfonos o dispositivos que participaron en la conversación, a los fines de dejar constancia de la veracidad de su contenido y de que cumplen con los requisitos exigidos por la LMDFE.

CONCLUSIONES

La rapidez de las negociaciones, particularmente en el ámbito comercial y mercantil en el entorno actual, han conllevado a que la mensajería de texto instantánea en general y particularmente a través de WhatsApp, sea uno de los mecanismos más utilizados para el intercambio información, pero también de voluntades y la celebración de contratos y acuerdos.

Luego del análisis de la ley, se concluye que los mensajes de datos de la citada aplicación de mensajería son perfectamente subsumibles dentro de la definición de mensajes de datos de la LMDFE, y pueden contener documentos electrónicos, en la medida que sean

referido Decreto-Ley en su artículo 4° establece que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos y su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil”.

Y concluyó afirmando que: “Asimismo, mediante sentencia de esta Sala N° 108 de fecha 11 de abril de 2019, caso: María Antonia Cabeza Ávila, señaló: “...la Sala observa que *las copias fotostáticas o las reproducciones realizadas por cualquier medio mecánico (impresiones de correos electrónicos), se reputarán fidedignas, siempre que no sean impugnadas por la contraparte*, ya en la contestación a la demanda si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de pruebas, esto es, la no impugnación, *la cual se entenderá como un reconocimiento de la autenticidad y veracidad de su contenido...*”

En consecuencia, de conformidad con lo anteriormente señalado, *los correos electrónicos que no fueren impugnados por la parte contra quienes se pretenden que obren, se considerarán fidedignos y auténticos en su contenido*”. (Subrayado añadido). Consultada el 2 de septiembre en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/317874-RC.000212-12722-2022-18-142.HTML>

mensajes de datos que contengan alguna información, hecho, acto o declaración que sea relevante desde el punto de vista jurídico o probatorio y en consecuencia tienen la misma eficacia que los documentos escritos.

Se observa que, en Venezuela, a pesar de que inicialmente el Tribunal Supremo de Justicia de una manera un poco tímida dejó establecido el valor que tienen los mensajes de datos contenidos en medios electrónicos, ante el entorno digital, ha ido avanzando en el reconocimiento de su existencia y valoración, atribuyéndoles -hoy en día- el valor de fidedignos y auténticos en su contenido, si no son impugnados.

En consecuencia, ante la incertidumbre sobre si la parte contra quien obra el mensaje de datos lo vaya a impugnar, es prudente aportar al juicio (ya sea con el documento electrónico o durante la promoción y evacuación de pruebas), una experticia de un perito informático, que confirme las características de autenticidad, originalidad, integridad del documento electrónico.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, 2019, Manual de legislación europea en materia de protección de datos Edición de 2018. Consultado el 11 de septiembre de 2022, en: https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_SPA.pdf

Arévalos Ortiz, N. E. (2021). “Desafíos en la validación de los mensajes de datos como medios de prueba en el Derecho Civil”. Revista Científica Estudios E Investigaciones, 9, 121-122. <https://doi.org/10.26885/rcei.foro.2020.121>

Armenta-Deu Teresa. “Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes soc...)”. consultado el 7 de septiembre en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7329024>

Berti Guerrero Guido. “El comercio electrónico on-line y las operaciones de comercio digital en el derecho venezolano”. Revista Gestión y Desarrollo Libre, Año 1 N° 2, 2016. p.p. 75 - 90 ISSN 2539-3669. Consultado el 7 de septiembre de 2022, en: https://revistas.unilivre.edu.co/index.php/gestion_libre/article/download/3217/2624/5190

Bielli Gastón, “Prueba Electrónica: Incorporación, admisión y valoración de capturas de pantalla en el proceso de familia”, consultado en <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4384-prueba-electronica-incorporacion-admision-y-valoracion-capturas>

Comisión de las Naciones Unidas Para el derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico Guía para su incorporación al derecho interno con la 1996 con el nuevo artículo 5 aprobado en 1998 bis”, Naciones Unidas, Nueva York, 1999 Número de venta: S.99.V.4 ISBN 92-1-333278-5.

Comisión de las Naciones Unidas Para el derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos”. Naciones Unidas, Viena, julio de 2018. SBN 978-92-1-362736-5.

De Miguel Asensio, Pedro A. “Derecho Privado de Internet”. Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, SAU, Sexta edición.

Doctrina Cualitas, “¿Qué es el Comercio Conversacional? y ejemplos. consultado el 11 de septiembre de 2022 en: <https://dqcertificaciones.eu/que-es-el-comercio-conversacional/>

Frutos, Alex. “Qué es el IMEI de tu móvil y por qué es importante que lo conozcas”. Barcelona 26 de abril de 2022. Consultado el 11 de septiembre en: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20220426/8224431/que-es-imei-movil-por-que-es-importante-conozcas-nbs>. Html # :~:text=IMEI%20son%20las%20siglas%2C%20en,cada%20vez%20que%20se%20conecta

Godoy Juan Diego, Ciudad de Guatemala - 18 jul 2021. “Qué es WhatsApp Business y cómo utilizarlo mejor”, El País, consultado el 8 de septiembre en: <https://elpais.com/tecnologia/2021-07-19/que-es-whatsapp-business-y-como-utilizarlo-mejor.html>

González Izan. “Hay que saber que tras cada dato que se manda por WhatsApp hay un data center”. El Español. 10 de mayo de 2020. Consultada el 11 de septiembre de 2022 en: https://www.elespanol.com/omicrono/20200510/saber-dato-manda-whatsapp-data-center/488452226_0.html

Granero Horacio R y otros. “Prueba Digital: E-Mails, chats, SMS, WhatsApp, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles, capturas de pantalla, contratos electrónicos, IA y otras tecnologías”. 1ª edición, Buenos Aires, Albremática, 2021. Libro Digital, EPUB, Archivo digital: ISBN 978-987-8343-36-5.

Ledesma Narváez Marianella. “La prueba documental electrónica”. Revista Foro Jurídico, N° 15, 2016, pp. 17 - pp 25 / ISSN 2414-1720. Consultada el 8 de septiembre en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19832/19876>

Mosquera González José Alejandro. “Evidencia Digital: contexto, situación e implicaciones nacionales”. consultado el 7 de septiembre en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7510308.pdf>

Pinochet Olave, Ruperto. (2002). “el documento electrónico y la prueba literal”. Ius et Praxis, 8(2), 377-412. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000200012>

Reglamento (UE) N° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. Consultado en <https://www.boe.es/doue/2014/257/L00073-00114.pdf>

Salinas Adriana. “Historia de WhatsApp: qué es, quién la creó y cómo funciona”. Moot Noticias de Marketing Digital y Redes Sociales, consultada el 11 de septiembre de 2022 en: <https://mott.marketing/informacion-sobre-que-es-quien-creo-y-como-funciona-la-aplicacion-whatsapp/>

Villa, Sergio, “Las tendencias de la mensajería móvil para 2022”, 16 diciembre, 2021, Digital Transformation Hub, consultado el 11 de septiembre en: <https://digitalisthub.com/las-tendencias-de-la-mensajeria-movil-para-2022/#:~:text=Concretamente%2C%20se%20prev%C3%A9%20que%20el,con%20sus%20clientes%20y%20empleados%3F>

EL INTENTO DE INHABILITACIÓN POLÍTICA CONTRA MARÍA CORINA MACHADO, MEDIANTE UNA “CERTIFICACIÓN DE MERA RELACIÓN” PROHIBIDA POR LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela.

Director de la Revista.

Resumen: *Este comentario se refiere a la la absolutamente ilegal e ilegítima “inhabilitación política” de María Corina Machado para postularse como candidata a las elecciones presidenciales, efectuadas mediante una “certificación de mera relación” que no es ni siquiera un “acto administrativo” y en todo caso están prohibidas en la ley Orgánica de la Administración Pública.*

Palabras Clave: *Acto administrativo; Certificados de mera relación; Inhabilitaciones Políticas.*

Abstract: *This article refers to the absolutely illegal and illegitimate “political disqualification” of Maria Corina Machado to run as a candidate for the presidential elections, carried out by means of an “administrative certification” that is not even an “administrative act” and in any case is prohibited in the Organic Law of the Public Administration.*

Key words: *Administrative acts; administrative certifications; Political disqualifications.*

I. EL BURDO INTENTO DE INHABILITAR POLÍTICAMENTE A MARÍA CORINA MACHADO

La inhabilitaciones políticas, como la que con fecha 27 de junio de 2023 se ha pretendido “declarar” contra María Corina Machado, destacadísima líder política del país que ha emergido como indudable ganadora en el proceso de las elecciones primarias de candidatos de oposición para unas elecciones presidenciales que supuestamente tendrán lugar en 2024, por un funcionario inferior de la Contraloría General de la República en una forma burda e inicua, como la expresada en un “oficio” dirigido a un Diputado de nombre Brito, no es un hecho político nuevo en el país, así como no lo ha sido en otros países gobernados por gobiernos populistas y autoritarios, conducidos por *clepto kakistocracias*. Años atrás, se dictaron medidas de ese tipo contra otros líderes de oposición, como Henrique Capriles y Leopoldo López.

Sin embargo, lo que si es cierto ahora, es que nunca antes, en ningún caso precedente ocurrido dentro o fuera del país, se haya pretendido imponer una inhabilitación política en una forma tan inconstitucional, ilegal, rústica, burda, tosca, ruda, bruta, grosera, basta, inculta, ignorante, ignara, iletrada e indocta como la supuestamente contenida en el mencionado “oficio” que no es sino una ilegal “certificación de mera relación” emitida por un funcionario de la Contraloría General de la República de bajo nivel, a cargo de llevar a cabo unos supuestos e indeterminados “procedimientos especiales,” de nombre Antonio José Meneses Rodríguez; documento que el mismo Contralor General de la República no se atrevió a emitir.

Por ello, con razón, la Comisión Nacional de Primarias, a cargo de realizar las elecciones primarias para escoger el candidato de la oposición, luego de considerar que “esta medida arbitraria forma parte de una práctica reiterada cuyo propósito ha sido impedir la libre expresión de la voluntad de los electores,” y de que con el mencionado oficio de la Contraloría, se “ha extendido a quince años la medida de inhabilitación de doce meses que dictó en 2015, en franca violación al derecho al debido proceso previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República,” expresó que:

“Estas medidas de inhabilitación dictadas por la Contraloría General de la República son una sanción de carácter inconstitucional y contrarias a los estándares internacionales sobre Derechos Humanos, pues no solo atentan contra la garantía según la cual el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos únicamente puede ser suspendido mediante sentencia judicial firme (artículo 42 de la Constitución de la República), sino también contra la participación y deliberación libre y plural de ideas que requiere toda sociedad democrática. Tales sanciones no son obstáculo para la participación en la Primaria, como ha sostenido reiteradamente esta Comisión.” (Véase el texto en: <https://www.lapatilla.com/2023/06/30/comision-rechazo-inhabilitacion/>).

El derecho a ser electo, por lo demás es un valor universal de la democracia, garantizado, además de en las Constituciones de los Estados, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (art. 25.2) y en la Convención American de Derechos Humanos (Art. 23.1.b), la cual es precisa en establecer que solo por Ley se puede restringir el ejercicio de este derecho, exclusivamente, entre otros casos, “por razones de *condena, por juez competente, en proceso penal*” (art. 23.2), lo que excluye absolutamente toda restricción por vía administrativa, como la que en Venezuela se ha atribuido inconstitucionalmente al Contralor General de la República.

En Venezuela, esa atribución del Contralor viola el artículo 42 de la Constitución que establece enfáticamente que el ejercicio de los derechos políticos, como el derecho a ser electo, “sólo puede ser suspendido por *sentencia judicial* en los casos que determine la ley.”

II. LA SUPUESTA E INEXISTENTE INHABILITACIÓN POLÍTICA DECRETADA CONTRA MARÍA CORINA MACHADO

El intento de inhabilitación política decretada por el régimen depredador en contra de María Corina Machado que se ha manifestado en el mencionado “oficio” de un funcionario subalterno de la Contraloría, sin duda era una de esas medidas “anunciadas” que parecía que el régimen tomaría inevitablemente contra ella, ante el avance arrollador de su candidatura opositora, hasta ahora sólo para unas “elecciones primarias” de candidatos de oposición, pero que se perfila contra el gobierno conducido por la *clepto kakistocracia*, que ha usado el aparato del Estado para destruir al país.

Pero con el intento, y la forma como lo ha hecho, en realidad, lo que ha demostrado el régimen es que efectivamente está acabado y perdido, y además, hundido en su propia incompetencia, de manera que renunciando, por ahora, a usar al dócil Tribunal Supremo de Justicia para cometer una nueva inconstitucionalidad - como hasta ahora ha ocurrido -, recurrió al más fácil y burdo expediente de hacer que un funcionario de ínfimo nivel de la Contraloría General de la República, el Sr. Antonio José Meneses Rodríguez, quien firma con el pomposo título de “Director General de Procedimientos Especiales,” emitiera el mencionado “oficio” No. DGPE-23-08-00-008 de fecha 27 de junio de 2023, notificándole a un diputado de la Asamblea nacional de nombre José Dionisio Brito Rodríguez, que María Corina Machado está inhabilitada por un período de quince años para el ejercicio de cualquier cargo público, sin que ella se hubiese enterado de procedimiento ni de decisión alguna en tal sentido, y en todo caso, sin haber sido citada o notificada, sin poder defenderse y sin que se sepa quién pudo haber adoptado esa supuesta decisión, ni desde cuándo ha podido haber comenzado a tener efectos.

Lo cierto, como se ha dicho, es que pocas veces hay ocasión en el ámbito de la Administración Pública de tener a la vista un documento “oficial” con tantos vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad juntos, razón por la cual no puede llegarse a otra conclusión racional, por su contenido y forma, que no sea que en realidad, el autor del mismo, independiente de quien lo haya firmado, lo que ha querido con el texto es deliberadamente burlarse del propio gobierno del Estado depredador, emitiendo un “oficio” como el que se comenta.

No puede haber otra explicación, y ni siquiera la que pudiera apuntar al nivel de ignorancia o incompetencia extrema de quienes lo hubieran podido haber confeccionado, ya que racionalmente no podría llegar a los extremos que asaltan, a cualquier lector del mismo. Pero como la duda es libre, y el “oficio” ha circulado y es conocido hay que asumir que quien lo firma, lo concibió, hasta que alegue lo contrario.

De allí los comentarios al texto del oficio que hacemos a continuación, transcribiendo su texto íntegramente; comentarios que incluimos (*en cursiva*) intercalados en el texto, para tratar de desenmarañarlo:

Ciudadano

JOSÉ DIONISIO BRITO RODRÍGUEZ

Diputado de la Asamblea Nacional de la Republica Bolivariana de Venezuela Presente.

OFICIO N.0DGPE-23-08-00-008

FECHA: 27/06/2023

Me dirijo a usted, en la oportunidad de brindarle en nombre de la Contraloría General de la República, Máximo Órgano de Control Fiscal, un saludo institucional y dar respuesta a su comunicación de fecha 26 de junio de 2023, recibida en la misma fecha, por medio de la cual solicitó conocer el estatus de la inhabilitación para ejercer funciones en la Administración Pública que pesa sobre la ciudadana MARÍA CORINA MACHADO PARISCA, titular de la cedula de identidad No. V.-6.914.799.

Se observa de este párrafo, que se trata de una comunicación que se remite, no a la Sra. María Corina Machado, quien sería la supuesta destinataria de la sanción que se anuncia, sino a un Diputado de nombre Brito, en respuesta a la solicitud que éste habría formulado a la Contraloría para conocer sobre el “estatus de la inhabilitación” de aquella.

La respuesta al diputado Brito por el Sr. Meneses Rodríguez, no es por tanto - no podría serlo - una “decisión,” una “providencia” o un “acto administrativo” de la Contraloría, de imposición de una sanción administrativa a la Sra. Machado, sino un simple pero ilegal documento informativo destinado a un Diputado sobre asuntos que se refieren a la situación administrativa de ella. Si se llegase a considerar que el texto del oficio es efectivamente una decisión del órgano contralor de imponer esa sanción, el mismo además de inconstitucional, sería ilegal por violar el artículo 105 de la ley Orgánica de la Contraloría que reserva la facultad de imponer esas sanciones, en forma “exclusiva y excluyente” al Contralor General de la República.

Por su contenido, en realidad, el documento no es una decisión, acto o providencia administrativa sino una “certificación de mera relación,” cuya emisión está prohibida en el artículo 173 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (que conforme al artículo 2 de la misma se aplica a la Contraloría), y que ha sido expedida ilegalmente por un funcionario incompetente, con el solo objeto de dar su “testimonio” sobre hechos de los cuales supuestamente conoce, y expresar sus “opiniones” sobre los mismos, contenidos en expedientes archivados o en curso; todo lo cual está prohibido en Venezuela, y por lo cual el funcionario emisor del certificado debería ser sancionado administrativamente.

Por otra parte, conforme a los artículos 77 y 79 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, las investigaciones de los órganos de control fiscal tienen “carácter reservado,” por lo que no puede cualquier persona, así sea diputado, si no es parte interesada en el procedimiento respectivo, acudir a la Contraloría a solicitar y obtener información sobre la situación de otras personas; estando en todo caso prohibido a los funcionarios encargados o en conocimiento de dichas investigaciones, emitir certificados de mera relación sobre los hechos u opiniones relativos a las mismas.

Al respecto, cumpla con informarle que a la ciudadana MARÍA CORINA MACHADO PARISCA, titular de la cédula de identidad No. V.-6.914.799, le fue impuesta la sanción de inhabilitación para el ejercicio de cualquier cargo público, mediante Resolución No. 01-00-000398 de fecha 13 de julio de 2015, por el periodo máximo previsto en el numeral 2 del artículo 39 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra la Corrupción, el cual mantiene su vigencia en el numeral 2 del artículo 44 de la vigente Ley Contra la Corrupción, en el marco de la auditoría patrimonial sustanciada por la Dirección de Declaraciones Juradas de Patrimonio de la Dirección General de Procedimientos Especiales de este Máximo Órgano de Control Fiscal.

De nuevo, con este párrafo, se reafirma que el documento es una certificación de mera relación prohibida en la Ley Orgánica de la Administración Pública (art. 173), en el cual solo se informa que a la Sra. Machado, mediante Resolución de la Contraloría de 2015, le fue impuesta la sanción de multa e inhabilitación para ejercer cualquier cargo público “por el periodo máximo previsto en el artículo 39.2 de la Ley contra la Corrupción” (vigente en 2015), que era de doce (12) meses.

Dichas sanciones, que se establecían en la Ley “por no cumplir con la obligación de presentar declaración jurada de patrimonio o documentación requerida en el proceso de verificación patrimonial” han continuado reguladas en la reforma de la Ley de 2022 (art. 44.2).

Del mismo modo le informo, que se continúa con la investigación patrimonial encontrándose que la ciudadana MARÍA CORINA MACHADO PARISCA, titular de la cédula de identidad No. V.-6.914.799, está inhabilitada para el ejercicio de cualquier cargo público por el periodo de QUINCE (15) AÑOS, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y numeral 2 del artículo 44 de la Ley Contra la Corrupción.

En este párrafo, la certificación de mera relación informativa que está prohibida en la Ley, emitida por el funcionario Meneses Rodríguez, al informar sobre supuestos hechos nuevos que la Sra. Machado nunca conoció - hasta leer las declaraciones del Diputado Brito al “anunciar” el contenido del oficio que recibió, sobre una supuesta “investigación patrimonial” que se dice se continuó en la Contraloría y que el funcionario que firma dice que “se encontró” (“encontrándose”), - como quien se puede encontrar algo en alguna parte (una engrapadora, por ejemplo, en una gaveta), y sobre que la Sra. Machado había sido nuevamente sancionada, esta vez con “inhabilitación para el ejercicio de cualquier cargo público por el periodo de quince (15) años, “de conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y numeral 2 del artículo 44 de la Ley contra la Corrupción,” a pesar de que desde 2015 no ha ejercido cargo público alguno, pero sin mencionarse en forma alguna que hubiera habido una decisión del único funcionario que puede dictar esos inconstitucionales actos que es el Contralor general de la República. Se trata de una absurda e inadmisiblemente “conversión” de una sanción de 12 meses de inhabilitación por una de 15 años, “decretada” en una certificación de mera relación emitida por un funcionario subalterno, totalmente ilegal e inconstitucional.

Al relator de la información contenida en la carta que dirigió al diputado Brito, en efecto, en este párrafo de su relación, en el que se hace referencia al artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría, por lo visto se le olvidó mencionar el procedimiento administrativo que en el caso se podría haber seguido a espaldas de la interesada, ni si fue el caso, cómo y cuándo se la citó y fue oída la Sra. Machado para poder haber ejercido su derecho a la defensa, ni la fecha de emisión de la nueva "Resolución" del Contralor General de la República - si es que la hubo -, quien en los términos de dicho artículo es el único funcionario que "de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento" tiene asignada la competencia para declarar la responsabilidad administrativa de un funcionario público, y la inconstitucional competencia para imponerle la sanción de inhabilitación política por 15 años, la cual en todo caso, solo procedería cuando se incurra en alguno de los veintinueve (29) supuestos de "actos, hechos u omisiones" que se enumeran y tipifican en el artículo 91 de la misma Ley Orgánica, que el relator de la certificación de mera relación por supuesto no menciona.

Además, se observa que al hacer referencia el documento, junto con el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría, al antes indicado artículo 44.2 de la Ley contra la Corrupción (que es el de la reforma promulgada el 2 de mayo de 2022, Gaceta Oficial Extra No. 6699), el relator del documento, sin darse cuenta - o deliberadamente, dándose cuenta para burlare de sus superiores - está informando que la "inhabilitación política" supuestamente impuesta a la Sra. Machado, que habría "encontrado," tiene que haber sido impuesta después de mayo de 2022, es decir, durante los últimos trece meses, lo que por supuesto no ha ocurrido.

III. EL BURDO INTENTO DE ACHACAR A MARÍA CORINA MACHADO TODOS LOS EFECTOS DESTRUCTIVOS DEL ESTADO DEPREDADOR, CAUSADOS POR EL PROPIO GOBIERNO

A partir del párrafo anteriormente transcrito de la ilegal y errada certificación de "mera relación" informativa del testimonio del Sr. Meneses Rodríguez contenida en el oficio dirigido al diputado Brito, que pone en evidencia el abuso, la incongruencia, el error, la ignorancia y la arbitrariedad propias de las actuaciones de la kakistocracia, en los párrafos siguientes de la misma, el Sr. Meneses procedió a insistir en su actuación ilegal al emitir la "certificación de mera relación" en los términos prohibidos por el mencionado artículo 173 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, pero esta vez expresando "su opinión" sobre hechos o datos que son supuestamente de su conocimiento en el expediente archivado o en curso, que habrían sido determinados ("se determinó" afirma), pero no expresa quién determinó, qué fue lo que realmente se determinó, y con cuáles consecuencias (solo que "se determinó"); y en otros casos dice que son "hechos públicos, notorios y comunicacionales" ignorando que solo los jueces pueden dar por probados hechos notorios, en su sentencia, dictada un proceso judicial en el cual se ha ejercido el derecho a la defensa, se ha abierto un lapso probatorio con derecho a promover, evacuar y controlar las pruebas conforme al Código de Procedimiento Civil (art. 506); en la forma siguiente:

A continuación, se hace de su conocimiento los actos, hechos, omisiones e irregularidades administrativas en las que ha incurrido la ciudadana MARÍA CORINA MACHADO PARISCA, titular de la cedula de identidad No. V.-6.914.799, que atentan contra la ética pública, la moral administrativa, el estado de derecho, la paz y la soberanía de la Republica Bolivariana de Venezuela:

Se determinaron errores (sobrestimaciones y subestimaciones) así como omisiones en las declaraciones juradas de patrimonio evaluadas en el marco de la auditoria patrimonial seguida a la ciudadana MARÍA CORINA MACHADO PARISCA, titular de la cedula de identidad V-6.914.799. Así mismo, se determinó la existencia de fondos

administrados por justificar que representó, un porcentaje cerca del cincuenta por ciento (50%) de los fondos administrados en el periodo evaluado, constituidos por depósitos y notas de crédito de origen no conocidos en bancos nacionales como Mercantil, C.A., Banco Universal y Venezolano de Crédito, S.A., Banco Universal y operaciones de depósitos y notas de crédito de origen no conocidos en moneda extranjera a través de la institución financiera Venezolano de Crédito, S.A., Banco Universal/Cayman Branch.

Adicionalmente, son hechos públicos, notorios y comunicacionales que la ciudadana MARÍA CORINA MACHADO PARISCA, antes identificada, ha sido partícipe de la trama de corrupción orquestada por el usurpador JUAN GERARDO ANTONIO GUAIDÓ MÁRQUEZ, titular de la cedula de identidad No. V-16.726.086, que propició el bloqueo criminal a la República Bolivariana de Venezuela, así como también, el despojo descarado de las empresas y riquezas del pueblo venezolano en el extranjero, con la complicidad de gobiernos corruptos, dentro de los cuales se destacan la entrega de la empresa CITGO HOLDING, INC y CITGO PETROLEUM CORPORATION con un valor aproximado de treinta y cuatro mil millones de dólares americanos (US\$ 34.000.000.000,00) a la empresa canadiense CRYSTALLEX por mil quinientos millones de dólares americanos (US\$ 1.500.000.000,00), lo que causó un daño al patrimonio de la Nación por treinta y dos mil quinientos millones de dólares americanos (US\$ 32.500.000.000,00). La entrega al ex presidente de la República de Colombia Iván Duque de la empresa MONOMEROS COLOMBO VENEZOLANOS, S.A., la cual fue llevada a la quiebra; el secuestro y robo de las treinta y un (31) toneladas de oro venezolano cuyo valor estimado es de mil millones de dólares americanos (US\$ 1.000.000.000,00) por parte del gobierno de Inglaterra y su monarquía. Adicionalmente, el bloqueo de las cuentas bancarias y el robo de un avión del pueblo venezolano. Concluyendo que el bloqueo solicitado por MARÍA CORINA MACHADO PARISCA, en connivencia con el usurpador JUAN GERARDO ANTONIO GUAIDÓ MÁRQUEZ, entre otros, ha generado el secuestro de cuatro mil millones de dólares americanos (US\$ 4.000.000.000,00) retenidos en el sistema bancario internacional. Causando un daño al patrimonio de la República Bolivariana de Venezuela por la cantidad de ciento cuarenta mil millones de dólares americanos (US\$ 140.000.000.000,00).

Participó en la trama de corrupción orquestada por el usurpador JUAN GERARDO ANTONIO GUAIDÓ MÁRQUEZ, titular de la cedula de identidad N. V-16.726.086, que propició el bloqueo criminal a la República Bolivariana de Venezuela, generando como consecuencia que unos diez millones de dólares americanos (US\$ 10.000.000,00), fueron bloqueados por las sanciones internacionales impuestas al Estado Venezolano por Washington, impidiendo completar el monto requerido para ser beneficiario del mecanismo COVAX, creado por Naciones Unidas para garantizar un acceso equitativo a la inmunización. Atentando contra el derecho a la vida de nuestro pueblo.

Cómplice de la trama de corrupción conocida como El Cucutazo orquestada por el usurpador JUAN GERARDO ANTONIO GUAIDÓ MÁRQUEZ, titular de la cedula de identidad No. V-16.726.086, que sustrajo la cantidad de US\$ 99.100.000.000,00, de la supuesta ayuda humanitaria.

Solicitó la aplicación de sanciones y bloqueo económico que generó daños en la salud del pueblo venezolano, por cuanto la banca internacional no aceptó los fondos provenientes de nuestra Nación y los existentes en esos bancos fueron bloqueados, pretendiendo hacer entender en hechos públicos, notorios y comunicacionales que las sanciones de Estados Unidos y sus naciones aliadas contra Venezuela están solo dirigidas a funcionarios del país, siendo que las medidas coercitivas unilaterales atentan contra las Áreas de la Nación al impedir que se ejecuten operaciones cambiarias para la compra de

alimentos, repuestos, inclusive medicamentos. Dichas sanciones impuestas por el expresidente Barack Obama y continuadas por el expresidente Donald Trump y por el actual mandatario estadounidense, se han ido agudizando de manera unilateral generando una pérdida de veinte mil millones de dólares americanos (US\$ 20.000.000,00), recursos que estaban destinados a la compra de medicamentos. Esa pérdida de recursos se da por la imposibilidad de hacer compras en dólares, debido a las sanciones de Washington a la República Bolivariana de Venezuela, por lo que el legítimo Poder Ejecutivo se ha visto en la necesidad estratégica de realizar transacciones en otras divisas, y las comisiones de los pagos elevan la adquisición de fármacos en medio de esta coyuntura económica consecuencias de esas sanciones. Generando además la imposibilidad de comprar medicamentos antirretrovirales para garantizar el tratamiento a más de 60 mil pacientes de VIH-SIDA, y que contemplan las vacunas para niños y adolescentes.

Del mismo modo impiden las sanciones la llegada de tratamientos contra la malaria y el sarampión, los cuales fueron adquiridos, pero nunca llegaron, porque el proveedor internacional al conocer que el cargamento era para el Ministerio del Poder Popular para la Salud de la República Bolivariana de Venezuela, lo suspendió.

Adicionalmente, el sabotaje de los Estados Unidos contra la salud de los pacientes en Venezuela, con el bloqueo de fondos enviados a entidades financieras en el extranjero no ha dejado que unas 300 mil dosis de insulinas lleguen al país. En virtud de que la entidad financiera Citibank, con sede en Estados Unidos, negó que el Gobierno Nacional utilizara esos recursos dejando a más de 450 mil pacientes dependientes sin tratamiento. Así como también, pretendió que los pacientes oncológicos y muy especialmente los niños no recibieran sus tratamientos.

Igualmente, producto de la solicitud de aplicación de sanciones económicas al Estado Venezolano, generó la migración de cientos de venezolanos, los cuales en principio fueron utilizados para atacar a la República Bolivariana de Venezuela y posteriormente objeto de xenofobia, hoy día siendo repatriados por el Plan Vuelta a la Patria del Gobierno Nacional.

Finalmente, la ciudadana MARÍA CORINA MACHADO PARISCA, titular de la cédula de identidad V-6.914.799, incumplió las disposiciones establecidas en el artículo 191 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone que los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional no podrán aceptar o ejercer cargos públicos sin perder su investidura, salvo en actividades docentes, académicas, accidentales o asistenciales, siempre que no supongan dedicación exclusiva, toda vez que aceptó la acreditación como representante alterna de la delegación de la República de Panamá ante la Organización de Estados Americanos (OEA) a partir del 20 de marzo de 2014, perdiendo así la investidura de Diputada de la Asamblea Nacional, incumpliendo con el deber de honrar y defender la Patria.

Luego de toda esta absurda enumeración de una parte de los males de la República, producto de la guerra que el Estado mismo, conducido por la clepto kakistocracia a la cual sirve el "relator" Meneses Rodríguez, mediante la cual se ha destruido todo en el país, pero que éste ignora y al contrario los atribuye inicualemente a una supuesta "culpa" de María Corina Machado, el "oficio" concluye con su firma en el documento, larga, grande y enrevesada, que lo único que demuestra es que quizás es un funcionario que no firma muchos documentos, sino algunos eventuales, en "procedimientos especiales" como el que lo llevó a firmar la inconstitucional e ilegal certificación de mera relación que ha emitido en este caso.

Esta, no es otra cosa que un nuevo misil de esa guerra destructiva desatada por el Estado depredador, como hemos dicho, conducido por una clepto kakistocracia, contra el país, sus instituciones, sus ciudadanos y en general sus habitantes.

**

Precisión terminológica:

La *Cleprocracia*, del griego (klepto: *ladrón*, y κράτος: *gobierno*), es un gobierno cuyos líderes corruptos usan el poder político para expropiar la riqueza de las personas y la tierra que gobiernan, generalmente malversando fondos del gobierno a expensas de la población en general (Véase en: <https://www.google.com/search?q=kleptocracy>); y una *kakistocracia* (del griego: kakistos (κάκιστος: *peor*; y κράτος: *gobierno*), con el sentido literal de un gobierno dirigido por los peores, menos calificados o más inescrupulosos ciudadanos (Véase <https://www.google.com/search?q=kakistocracy>).

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL SEGUNDO SEMESTRE DE 2023

Recopilación y selección
por Gabriel Sira Santana

Abogado
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

SUMARIO

I. RÉGIMEN DE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

1. *Leyes*. 2. *Acuerdos*. A. *Régimen del Poder Público*. B. *Régimen de la Economía*.

II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Poder Ejecutivo. a. Ministerios. b. Viceministerios. c. Comisiones presidenciales. d. Empresas del Estado. e. Fundaciones del Estado. f. Otros órganos y entes. B. Poder Judicial. C. Poder Ciudadano. a. Ministerio Público. D. Poder Electoral.

III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema presupuestario*. A. Patrimonio. 2. *Sistema de contratación pública*.

IV. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones internacionales*. A. Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional. 2. *Seguridad y defensa*. A. Operativos y planes de seguridad ciudadana.

V. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Tributos*. 2. *Correo*. 3. *Instituciones financieras, aseguradoras y mercado de valores*. 4. *Telecomunicaciones*. 5. *Agricultura y pesca*. 6. *Energía y minas*. 7. *Servicios e industrias*.

VI. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación*. A. Educación básica y media. B. Educación superior. 2. *Régimen laboral*. 3. *Cultura*. 4. *Vivienda y hábitat*. 5. *Salud*. 6. *Programas sociales y de protección social*.

VII. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Zonas económicas especiales*. 2. *Ambiente y recursos naturales*. 3. *Transporte y tránsito*. A. *Sistema de transporte terrestre*. B. *Sistema de transporte acuático y aéreo*.

I. RÉGIMEN DE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA¹

1. *Leyes*

Ley de reforma del Estatuto que rige la Transición a la Democracia para Restablecer la Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.L. N° 76 del 15-12-2023.

Ley de reforma de la Ley Especial del Fondo para la Liberación de Venezuela y Atención de Casos de Riesgo Vital. G.L. N° 76 del 15-12-2023.

2. *Acuerdos*

A. *Régimen del Poder Público*

Acuerdo de creación de la figura de Administrador Único de Corporación Eléctrica Nacional S.A. (CORPOELEC). G.L. N° 75 del 07-12-2023.

B. *Régimen de la Economía*

Acuerdo con relación a los bonos emitidos por la República Bolivariana de Venezuela regidos por las leyes del Estado de Nueva York de los Estados Unidos de América. G.L. N° 74 del 11-08-2023.

II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*

A. *Poder Ejecutivo*

a. *Ministerios*

Resolución N° 7 del Ministerio del Poder Popular de Agricultura Urbana, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda. G.O. N° 42.664 del 04-07-2023 (Reimpresión).

Resolución N° 31 del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda. G.O. N° 42.664 del 04-07-2023.

Resolución N° 47 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se aprueba el Reglamento Interno de Funcionamiento de la Comisión Intraministerial de Acceso a los Recursos Genéticos, de este Ministerio. G.O. N° 42.686 del 07-08-2023.

Decreto N° 4.835, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Comercio Exterior. G.O. N° 42.688 del 09-08-2023.

b. *Viceministerios*

Decreto N° 4.844, mediante el cual se modifica la denominación del Despacho del Viceministro o de la Viceministra de Comunas y Movimientos Sociales por Despacho del Viceministro o de la Viceministra de Movimientos Sociales, del Ministerio del Poder Popular Para las Comunas y los Movimientos Sociales. G.O. N° 42.695 del 18-08-2023.

Decreto N° 4.903, mediante el cual se ordena la creación del Despacho del Viceministerio de Comunicación e Información Presidencial, integrado a la estructura organizativa del

¹ La información se ha extraído de la Gaceta Legislativa de la Asamblea Nacional (G.L.), disponible en <https://www.asambleanacionalvenezuela.org/gacetas>

Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno, el cual ejercerá las funciones que venía desempeñando la Oficina de Prensa Presidencial del Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e Información; y en general la rectoría de las políticas, planes, programas y acciones en materia de cobertura y difusión comunicacional de las actividades del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.782 del 20-12-2023.

c. *Comisiones presidenciales*

Decreto N° 4.853, mediante el cual se crea con carácter permanente la Comisión Presidencial para la Conservación y Desarrollo Sostenible del Lago de Maracaibo, como órgano asesor del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.701 del 28-08-2023.

d. *Empresas del Estado*

Decreto N° 4.842, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa del Estado, bajo la forma de sociedad anónima, que se denominará Logística PEQUIVEN, S.A., la cual estará bajo el control accionario de Petroquímica de Venezuela, (PEQUIVEN) S.A., ente adscrito al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Petróleo. G.O. N° 42.694 del 17-08-2023.

Providencia N° 14 del Conglomerado Agrosur, S.A., mediante la cual se establece el Reglamento Interno del Conglomerado Agrosur, S.A. G.O. N° 42.676 del 21-07-2023.

Resolución N° 22 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se transfiere a la empresa PETROSUR, S.A., el derecho a desarrollar actividades primarias de exploración en busca de yacimientos de petróleo crudo pesado y extrapesado, la extracción de tales petróleos crudos en su estado natural, y su recolección, transporte y almacenamientos iniciales, de conformidad con el artículo 9 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, en el área geográfica delimitada por el Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante Resolución N° 007 de 20-01-2020, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.803 de la misma fecha. G.O. N° 42.702 del 29-08-2023.

e. *Fundaciones del Estado*

Decreto N° 4.869, mediante el cual se modifica la denominación de la Fundación “Centro de Estudios Latinoamericanos Rómulo Gallegos”, ente adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Cultura, quedando en adelante como Fundación “Centro de Estudios Latinoamericanos y del Caribe Rómulo Gallegos”, pudiendo utilizar la abreviatura de “CELARG”. G.O. N° 42.722 del 26-09-2023.

f. *Otros órganos y entes*

Decreto N° 4.826, mediante el cual se crea el Servicio Desconcentrado Banco Soberano de Datos de Petróleo y Gas, sin personalidad jurídica, dependiente jerárquicamente del Ministerio del Poder Popular competente en materia de petróleo y gas, el cual gozará de autonomía funcional, presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión en el cumplimiento de sus funciones. G.O. N° 42.668 del 11-07-2023.

Decreto N° 4.865, mediante el cual se proroga por un lapso de seis meses, contado a partir del 17-09-2023, el plazo para el proceso de reestructuración de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP). G.O. N° 42.717 del 19-09-2023.

Resolución N° 24 de la Vicepresidencia de la República, mediante la cual se proroga, por un lapso de seis meses, contado a partir del 04-10-2023, el plazo para el proceso de sujeción del Servicio Nacional de Administración y Enajenación de Bienes Asegurados o Incautados, Confiscados y Decomisados. G.O. N° 42.731 del 09-10-2023.

Resolución N° 45177 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se cambia la denominación del Centro de Doctrina Militar Bolivariana, orgánico del Comando Estratégico Operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana a Centro de Doctrina de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana General en Jefe Jacinto Rafael Pérez Arcay; y se adscribe al Viceministerio de Educación para la Defensa. G.O. N° 42.737 del 18-10-2023.

Providencia N° 392 del SAREN, mediante la cual se crea la Notaría Pública del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN). G.O. N° 42.761 del 21-11-2023.

Resolución N° 204 del Ministerio del Poder Popular para la Ciencia y Tecnología, mediante la cual se constituye el Comité de Bioética de este Ministerio, como un cuerpo colegiado independiente, institucional, interdisciplinario, plural y de carácter consultivo de los proyectos de investigación científica que se promuevan y desarrollen bajo la rectoría de la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología e innovación. G.O. N° 42.787 del 28-12-2023.

Resolución N° 10-2023 del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Comercio Exterior, mediante la cual se establece las Normas sobre la Organización y Funcionamiento del Consejo Superior de Armonización Tributaria. G.O. N° 6.783 Extraordinario del 29-12-2023.

B. *Poder Judicial*

Resolución N° 2023-0003 de la Sala Plena, mediante la cual se establece que ningún Tribunal despachará desde el 15-08-2023 hasta el 15-09-2023, ambas fechas inclusive. Durante ese período permanecerán en suspenso las causas y no correrán los lapsos procesales. Ello no impide que se practiquen las actuaciones que fueren necesarias para el aseguramiento de los derechos de alguna de las partes, de conformidad con la Ley. G.O. N° 42.691 del 14-08-2023.

C. *Poder Ciudadano*

a. *Ministerio Público*

Resolución conjunta N° 189 del Ministerio Público y Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se dictan los lineamientos dirigidos a las y los Fiscales del Ministerio Público y otros órganos receptores de denuncia, específicamente a los órganos de investigación penal y cuerpos policiales habilitados. G.O. N° 42.786 del 27-12-2023.

D. *Poder Electoral*

Resolución N° 231023-0109 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se resuelve, entre otros, dar a conocer a las venezolanas y los venezolanos, en quienes reside la soberanía intransferiblemente, conforme lo previsto en el artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las preguntas que se formularán en el Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, para que la voluntad del pueblo se exprese el día 03-12-2023; las cuales estarán estructuradas para ser respondidas con un "SI" o con un "NO". G.O. N° 42.746 del 31-10-2023.

III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema presupuestario*

A. *Patrimonio*

Providencia N° 2023-004 de la Oficina Nacional de Contabilidad Pública, mediante la cual se dicta la Reforma de la Providencia Administrativa N° 2021-001, de fecha 04-01-2021, mediante la cual se establece el Plan de Cuentas Patrimoniales. G.O. N° 42.768 del 30-11-2023.

2. *Sistema de contratación pública*

Providencia N° DG-2023/023 del Servicio Nacional de Contrataciones, mediante la cual se establece el Procedimiento para la Certificación de los Miembros de las Comisiones de Contrataciones, en el Marco del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. G.O. N° 42.686 del 07-08-2023.

Resolución conjunta N° 014-2023 y N° 009-2023, mediante la cual se fija el Valor de la Unidad Para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU). G.O. N° 42.703 del 30-08-2023.

IV. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones internacionales*

A. *Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional*

Resolución N° DM/264 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se ordena publicar el texto Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Serbia sobre la Exención de Visados para los Titulares de Pasaportes Ordinarios. G.O. N° 42.721 del 25-09-2023.

Acuerdo N° DM/333 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Tunecina sobre la supresión de visas para los portadores de Pasaporte Diplomático, de Servicio, o Especiales. G.O. N° 42.754 del 10-11-2023.

Resolución N° DM/367 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe el Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Ruanda sobre la Supresión de Visas para Pasaportes Diplomáticos, Especiales, Oficiales o de Servicio. G.O. N° 42.783 del 21-12-2023.

Resolución N° DM/368 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe el Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Uganda sobre la Supresión del Requisito de Visa para los Titulares de Pasaportes Diplomáticos, Especiales o de Servicio. G.O. N° 42.783 del 21-12-2023.

Resolución N° DM/369 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe el Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Árabe Saharaui Democrática sobre Exención de Requisito de Visa para los Titulares de Pasaportes Diplomáticos, Especiales, Oficiales y/o de Servicio. G.O. N° 42.783 del 21-12-2023.

2. *Seguridad y defensa*

A. *Operativos y planes de seguridad ciudadana*

Resolución Conjunta N° 53718 y N° 0183 de los Ministerios del Poder Popular para la Defensa y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se ordena al Comando Estratégico Operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (CEOFANB), que gire instrucciones pertinentes a los Comandantes de las Regiones Estratégicas de Defensa Integral, para establecer estricto control del desplazamiento fronterizo de personas, tanto por vía terrestre, aérea y marítima, así como el paso de vehículos; se mantiene la suspensión del porte de armas de fuego y armas blancas señalada en la Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para la Defensa, y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela que en ella se menciona; se prohíbe el expendio y distribución de bebidas alcohólicas en todo el territorio nacional; se prohíbe en todo el territorio nacional las reuniones y manifestaciones públicas, concentracio-

nes de personas y cualquier otro acto similar que pueda perturbar o afectar el normal desarrollo del proceso electoral; se prohíbe el traslado, desplazamiento, transporte, empleo u operación de maquinarias pesadas en todo el territorio nacional; se prohíbe la distribución y comercialización al mayor y detal de artificios pirotécnicos y de artefactos de elevación por combustible sólido en todo el territorio nacional; desde las 12:01 a.m. del viernes 01-12-2023, hasta las 11:59 p.m. del lunes 04-12-2023; con motivo del Referendo Consultivo en Defensa del Territorio de la Guayana Esequiba del próximo 03-12-2023. G.O. N° 42.767 del 29-11-2023.

V. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Tributos*

Decreto N° 4.821, mediante el cual se dicta el Decreto de Exoneraciones en Materia Aduanera. G.O. N° 6.750 Extraordinario del 01-07-2023.

Decreto N° 4.822, mediante el cual se dicta la reforma parcial del Decreto N° 2.647 de 30-12-2016, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.281 Extraordinario de la misma fecha. G.O. N° 6.750 Extraordinario del 01-07-2023.

Providencia N° SNAT/2023/46 del SENIAT, mediante la cual se autoriza la emisión y circulación de formularios, en las cantidades que en ella se especifican. G.O. N° 42.686 del 07-08-2023.

Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios. G.O. N° 6.755 Extraordinario del 10-08-2023.

Decreto N° 4.843, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA), en los términos y condiciones previstos en este Decreto, a las operaciones de ventas nacionales de los bienes muebles corporales efectuadas a los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, estrictamente necesarios para la ejecución de los Proyectos para la Rehabilitación y Funcionamiento de los Sistemas de Producción de Agua Potable a Nivel Nacional, que en él se señalan. G.O. N° 42.694 del 17-08-2023.

Decreto N° 4.864, mediante el cual se exonera del pago del impuesto al valor agregado, en los términos y condiciones previstos en este decreto, a las operaciones de ventas nacionales de los bienes muebles corporales, efectuadas dentro del Plan de Dotación Escolar y Distribución de Kits y Morrales Escolares 2023-2024. G.O. N° 42.716 del 18-09-2023.

Decreto N° 4.868, mediante el cual se exonera del pago del impuesto al valor agregado y la tasa por determinación del régimen aduanero, a las importaciones de bienes muebles corporales que realicen los órganos o entes de la Administración Pública Nacional, destinados exclusivamente para la continuidad, confiabilidad y eficiencia de la prestación de los servicios de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. G.O. N° 42.722 del 26-09-2023.

Providencia N° SNAT/2023/31 del SENIAT, mediante la cual se legaliza la emisión y circulación de bandas de garantía para licores, por las cantidades que en ella se especifican. G.O. N° 42.731 del 09-10-2023.

Decreto N° 4.902, mediante el cual se prorroga, hasta el 09-06-2024, la vigencia del Decreto N° 4.525, publicado en la Gaceta Oficial N° 42.145, de 09-06-2021, y en consecuencia quedan vigentes las dispensas de los regímenes legales para la exportación allí señalados, en los términos y condiciones indicados en el citado Decreto. G.O. N° 42.775 del 11-12-2023.

Providencia N° SNAT/2023/70 del SENIAT, mediante la cual se autoriza la emisión y circulación de formularios, en las cantidades que en ella se especifican. G.O. N° 42.775 del 11-12-2023.

Providencia N° SNAT/2023/71 SENIAT, mediante la cual se legaliza la emisión y circulación de bandas de garantías para licores, en las cantidades que en ella se indican. G.O. N° 42.775 del 11-12-2023.

Providencia N° SNAT/2023/75 del SENIAT, mediante la cual se establece el calendario de sujetos pasivos especiales y agentes de retención para aquellas obligaciones que deben cumplirse para el año 2024. G.O. N° 42.782 del 20-12-2023.

Providencia N° SNAT/2023/76 SENIAT, sobre el calendario de sujetos pasivos no calificados como especiales para actividades de juegos de envite o azar a cumplirse en el año 2024. G.O. N° 42.782 del 20-12-2023.

Providencia N° SNAT/2023/74 del SENIAT, mediante la cual se anulan las bandas de garantía para licores, en las cantidades que en ella se especifican. G.O. N° 42.785 del 26-12-2023.

Resolución N° 11-2023 del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Comercio Exterior, mediante la cual se establece las Tablas de Valores Máximos Aplicables a Impuestos y Tasas Estadales y Municipales. G.O. N° 6.783 Extraordinario del 29-12-2023.

Decreto N° 4.907, mediante el cual se establece las exoneraciones de impuestos de importación e impuesto al valor agregado a la importación de las mercancías que en él se señala. G.O. N° 6.784 Extraordinario del 29-12-2023.

Decreto N° 4.908, mediante el cual se modifica el artículo 21 del Decreto N° 2.647 de fecha 30-12-2016, mediante el cual se promulga el Arancel de Aduanas, en los términos que en él se indica. G.O. N° 6.784 Extraordinario del 29-12-2023.

2. *Correo*

Providencia N° CJ/9/2023 de IPOSTEL, mediante la cual se establece un sistema de actualización de las tarifas relativas a los Servicios Postales Universales (SPU), Expresos y Conexos a nivel nacional e internacional con el propósito de que los mismos garanticen la sustentabilidad y progresividad permanente, conforme a los diferentes análisis de una estructura de costos emanados por el Instituto; y se clasifican los Servicios Postales de la manera que en ella se indica. G.O. N° 42.727 del 03-10-2023.

3. *Instituciones financieras, aseguradoras y mercado de valores*

Resolución N° 29.23 de la SUDEBAN, mediante la cual se dictan las “Normas Relativas al Capital Social Mínimo para la Constitución, Funcionamiento y Operación de las Instituciones Bancarias y Casas de Cambio”. G.O. N° 42.664 del 04-07-2023.

Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora. G.O. N° 6.770 Extraordinario del 29-11-2023.

4. *Telecomunicaciones*

Providencia N° 46 de CONATEL, mediante la cual se dicta la Providencia Administrativa contentiva del Plan Nacional de Nombres de Dominio “.ve”. G.O. N° 42.723 del 27-09-2023.

5. *Agricultura y pesca*

Providencia N° 7/2023 del INSAI, mediante la cual se establecen las normas que regulan el registro, supervisión y control de los insumos agroecológicos u orgánicos y sus actividades inherentes, en la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.687 del 08-08-2023.

Providencia N° 9/2023 del INSAI, mediante la cual se establecen normas, medidas y procedimientos fitosanitarios para la exclusión, contención, control y erradicación de la plaga *Trogoderma granarium* Everts, en la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.687 del 08-08-2023.

Providencia N° 4/2023 del INSAI, mediante la cual se declaran plagas de control oficial en el cultivo de la Palma Aceitera *Elaeis Guineensis* Jaq; y se establecen las medidas fitosanitarias para su exclusión, manejo y control en la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.691 del 14-08-2023.

Providencia N° 5/2023 del INSAI, mediante la cual se establecen las normas, medidas y procedimientos para garantizar la detección, prevención y control de la Roya *Hemileia vastatrix* (Berkeley & Broome), en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.691 del 14-08-2023.

Providencia N° 6/2023 del INSAI, mediante la cual se establecen las normas, medidas y procedimientos para garantizar la detección, prevención y control del insecto Broca del Café *Hypothenemus hampei* (Ferrari), en la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.693 del 16-08-2023.

Providencia N° 7/2023 del INSAI, mediante la cual se establecen las normas, medidas y los procedimientos fitosanitarios para la detección, prevención y control de la plaga “Caracol Gigante Africano” *Achatina fulica* (Bowdich 1822), para la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.693 del 16-08-2023.

Resolución N° 17/2023 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se dictan las normas para el funcionamiento de las asociaciones de productores o beneficiadoras de café y torrefactoras. G.O. N° 42.721 del 25-09-2023.

Resolución N° 22/2023 del Ministerio del Poder Popular Para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se fija el plazo de vigencia de los permisos fitosanitarios y zoonutarios otorgados para la importación de animales, vegetales, productos y subproductos de ambos orígenes. G.O. N° 42.762 del 22-11-2023.

Providencia N° 10/2023 del INSAI, mediante la cual se establecen las normas, medidas y procedimientos fitosanitarios para la prevención de la contaminación por micotoxinas de materias primas de origen vegetal o productos y subproductos que se deriven de éstas, así como el control y disposición final de los mismos que presentan tal condición, en la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.777 del 13-12-2023.

Resolución conjunta N° 48 y N° 24-23 de los Ministerios del Poder Popular para el Ecosocialismo y de Pesca y Acuicultura, mediante la cual se dictan las normas para el manejo, control y erradicación de la especie exótica invasora *Pez León* (*Pterois* spp), en todo el territorio nacional. G.O. N° 42.787 del 28-12-2023.

6. *Energía y minas*

Resolución N° 12 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se actualiza el esquema tarifario para las mediciones fiscales realizadas por el Servicio Autónomo de Metrología de Hidrocarburos (SAMH) en los buques tanqueros en las operaciones de cabotaje, exportación e importación. G.O. N° 42.663 del 03-07-2023, reimpresión en G.O. N° 42.674 del 19-07-2023.

Resolución N° 14 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se ajusta el precio del combustible Diésel para el sector industrial, a razón de USD 0,32 /Lt. G.O. N° 42.663 del 03-07-2023, reimpresión en G.O. N° 42.674 del 19-07-2023.

Resolución N° 15 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se establecen las tarifas de flete para el transporte terrestre de productos derivados de hidrocarburos, desde las plantas de suministro propiedad de PDVSA, hasta los puntos de expendio en el mercado interno y clientes finales, quedando el precio por kilómetro recorrido (tarifa plana y tarifa de montaña) de la manera que en ella se señala. G.O. N° 42.667 del 10-07-2023.

Resolución N° 17 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se ajusta el precio del combustible tipo Diésel para el sector industrial, a razón de 3 Bs./Lt. G.O. N° 42.676 del 21-07-2023.

Resolución N° 19 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se establecen las tarifas del servicio de transporte para el mercado interno desde los centros de despacho, así como las tarifas de distribución del gas metano para las redes industriales y domésticas. G.O. N° 42.702 del 29-08-2023.

Resolución N° 20 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se establecen los precios del gas metano para el mercado interno, tanto para el gas metano proveniente del gas natural asociado como del gas natural no asociado. G.O. N° 42.702 del 29-08-2023.

7. *Servicios e industrias*

Decreto N° 4.874, mediante el cual se incorpora a la Cartera Única Productiva Nacional el sector productivo desarrollado por las mujeres mediante proyectos que requieran financiamiento a fin de promover y fortalecer la soberanía económica nacional. G.O. N° 42.742 del 25-10-2023.

Resolución N° 85 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se establece el Reglamento Técnico de material de fricción para sistema de frenos de vehículos automotores. G.O. N° 42.755 del 13-11-2023.

Resolución N° 86 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se establece el Reglamento Técnico de ruedas de acero para vehículos automotores. G.O. N° 42.755 del 13-11-2023.

Resolución N° 87 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se establece el Reglamento Técnico para la prestación del servicio general de estacionamiento. G.O. N° 42.755 del 13-11-2023.

Resolución N° 88 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se establece el Reglamento Técnico de tapa de radiador de uso automotor e industrial. G.O. N° 42.755 del 13-11-2023.

Resolución N° 92, mediante la cual se establece el Reglamento Técnico de ataúdes. G.O. N° 42.755 del 13-11-2023.

Resoluciones N° 94/2023, 95/2023, 96/2023, 97/2023, 98/2023, 99/2023, 100/2023, 101/2023, 102/2023, 103/2023, 104/2023, 105/2023, 106/2023, 107/2023, 108/2023, 109/2023, 110/2023, 111/2023, 112/2023, 113/2023, 114/2023, 115/2023, 116/2023, 117/2023, 118/2023, 119/2023, 120/2023, 121/2023, 122/2023, 123/2023, 124/2023, 125/2023, 126/2023, 127/2023, 128/2023, 129/2023, 130/2023, 131/2023, 132/2023, 133/2023, 134/2023, 135/2023, 136/2023, 137/2023 y 138/2023 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante las cuales se establecen las Normas Venezolanas COVENIN que en ellas se mencionan. G.O. N° 6.782 Extraordinario del 22-12-2023.

VI. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación*

A. *Educación básica y media*

Resolución N° 14 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se crea el Observatorio de la Calidad Educativa Venezolana, como instancia científica de investigación sistemática, seguimiento y evaluación de alcance nacional e internacional que orientará la política educativa en Venezuela, en el marco del cumplimiento del Plan de la Patria (2019-2025) y de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas. G.O. N° 42.737 del 18-10-2023.

Resolución N° 17 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se dicta el Plan de Estudio para la Educación Media General en la Mención de Ciencia y Tecnología. G.O. N° 42.738 del 19-10-2023.

Resolución N° 18 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se dictan los Planes de Estudios para la Educación Técnica Profesional en la opción Educación Media Técnica. G.O. N° 42.739 del 20-10-2023.

B. *Educación superior*

Resolución N° 47 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación en Estudios Militares, como el conjunto de actividades académicas conducentes al otorgamiento al Título de Licenciado o Licenciada en Estudios Militares, en las menciones que en ella se señalan. G.O. N° 42.721 del 25-09-2023.

Resolución N° 056 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea las menciones de Mantenimiento Aeronáutico y de Gestión de Tripulación de Cabina de Pasajero del Programa Nacional de Formación en Aeronáutica Civil, como proceso mediante el cual se ejecuta el proyecto educativo que conduce al otorgamiento de títulos de: Ingeniera o Ingeniero en Aeronáutica Civil Mención Mantenimiento Aeronáutico; Técnica Superior Universitaria o Técnico Superior Universitario en Aeronáutica Civil Mención Gestión de Servicio al Pasajero y de Licenciada o Licenciado en Aeronáutica Civil Mención Gestión de Tripulación de Cabina de Pasajero. G.O. N° 42.773 del 07-12-2023.

2. *Régimen laboral*

Resolución N° 588 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se imparte la homologación y la normativa laboral para la rama de actividad del sector privado construcción, que operan a escala nacional. G.O. N° 6.752 Extraordinario del 06-07-2023.

Resolución N° 648 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se deroga la Norma Técnica Programa de Seguridad y Salud en el Trabajo (NT-01-2008); y se dicta la nueva Norma Técnica Programa de Seguridad y Salud en el Trabajo (NT-04-2023). G.O. N° 42.712 del 12-09-2023.

Providencia N° 244-2023 del INPSASEL, mediante la cual se establece que los patronos y patronas de las entidades de trabajo, deben organizar los servicios de seguridad y salud en el trabajo propios o mancomunados, los cuales tienen como objetivo primordial la promoción, prevención y vigilancia en materia de seguridad, salud, condiciones y medio ambiente de trabajo, para proteger los derechos humanos a la vida, la salud y la integridad personal de los trabajadores y trabajadoras. G.O. N° 42.712 del 12-09-2023.

Providencia N° 245-2023 del INPSASEL, mediante la cual se establece que toda entidad de trabajo debe presentar el Programa de Seguridad y Salud en el Trabajo específico y adecuado a sus procesos de trabajo, el cual debe ser aprobado y registrado ante este Instituto; todo Programa de Seguridad y Salud en el Trabajo debe cumplir con los parámetros que en ella se señalan. G.O. N° 42.712 del 12-09-2023.

3. *Cultura*

Acuerdo mediante el cual se aprueba el traslado al Panteón Nacional de los restos simbólicos del Teniente de Navío Pedro Lucas Urribarrí Prieto y las Heroínas Ana María Campos y Domitila Flores. G.O. N° 42.670 del 13-07-2023.

Providencia N° 15 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural, como patrimonio cultural inmaterial en la subcategoría de institución social a Radio América “R.A. La Onda de la Alegría, C.A.” 90.9 FM. G.O. N° 42.670 del 13-07-2023.

Providencia N° 16 del Instituto del Patrimonio Cultural, Providencia mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural, a la Orquesta de Instrumentos Latinoamericanos (ODILA), así como sus creaciones artísticas, sus producciones discográficas y su colección de instrumentos musicales tradicionales y propios de las culturas ancestrales de América Latina y El Caribe. G.O. N° 42.670 del 13-07-2023.

Providencia N° 14 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se dicta la declaratoria como Bien de Interés Cultural de la República Bolivariana de Venezuela, la trayectoria cultural y artística del Maestro Laudelino Mejías, Portador Patrimonial de la Nación en Homenaje Post Mortem. G.O. N° 42.743 del 26-10-2023.

Providencia N° 17 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural a la Romería del Santo Niño de la Parroquia Santuario de Nuestra Señora de la Candelaria de Bailadores. G.O. N° 42.745 del 30-10-2023.

4. *Vivienda y hábitat*

Resolución N° 127 del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, mediante la cual se ordena la Ocupación Temporal del lote de terreno, bienhechurías e inmuebles denominado Parque Hábitat El Ingenio, y a su vez, se ordena la ocupación de urgencia, ubicado en la Parroquia Guatire, municipio Zamora en el estado Miranda. G.O. N° 42.787 del 28-12-2023.

5. *Salud*

Resolución N° 414 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se prohíbe la fabricación, almacenamiento, distribución, circulación, comercialización, importación, exportación, uso, consumo, publicidad, promoción, y patrocinio de los Sistemas Electrónicos de Administración de Nicotina (SEAN), Sistemas Electrónicos Similares Sin Nicotina (SSSN), consumibles, depósitos o cartuchos, envases de consumibles de recarga y demás accesorios, Productos de Tabaco Calentado Convencionales (PTC Convencionales y Herbales) y productos análogos. G.O. N° 42.682 del 01-08-2023.

Providencia N° 1 de la Comisión Nacional Antidopaje y Sustancias Nocivas a la Salud de la República Bolivariana de Venezuela, mediante la cual se dictan las normas antidopaje de la Comisión Nacional Antidopaje y Sustancias Nocivas a la Salud. G.O. N° 42.731 del 09-10-2023.

Providencia N° 11/2023 del INSAI, mediante la cual se establecen las medidas de bioseguridad para reducir el riesgo de introducción, radicación o establecimiento y propagación de las plagas y enfermedades cuarentenarias, emergentes y reemergentes, en la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.777 del 13-12-2023.

6. *Programas sociales y de protección social*

Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales. G.O. N° 6.759 Extraordinario del 25-10-2023 (Reimpresión).

VII. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Zonas económicas especiales*

Decreto N° 4.838, mediante el cual se crea la Zona Económica Especial de la Dependencia Federal Isla La Tortuga. G.O. N° 6.756 Extraordinario del 10-08-2023.

Decreto N° 4.839, mediante el cual se adapta la Zona Económica Especial Militar N° 1 del estado Aragua. G.O. N° 6.756 Extraordinario del 10-08-2023.

Decreto N° 4.840, mediante el cual se adapta la Zona Económica Especial de la Península de Paraguaná del estado Falcón. G.O. N° 6.756 Extraordinario del 10-08-2023.

Decreto N° 4.841, mediante el cual se crea la Zona Económica Especial del estado La Guaira. G.O. N° 6.756 Extraordinario del 10-08-2023.

Decreto N° 4.884, mediante el cual se crea la Zona Económica Especial del estado Nueva Esparta, con el objeto de establecer dentro de las poligonales que la conforman, un régimen socioeconómico especial y extraordinario, destinado a desarrollar, de acuerdo con las potencialidades nacionales y regionales que derivan de este ámbito territorial, actividades económicas estratégicas de los sectores productivos establecidos en el presente decreto. G.O. N° 6.769 Extraordinario del 29-11-2023.

2. *Ambiente y recursos naturales*

Resolución N° 83 del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, mediante la cual se deroga en su totalidad el contenido de la Resolución N° 150, de fecha 29-10-2014, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria 6.159, de fecha 10-12-2014, sobre la construcción del Parque Monumental Ana María Campos en el estado Zulia. G.O. N° 42.682 del 01-08-2023.

Resolución conjunta N° 23-23 y N° 89 de los Ministerios del Poder Popular de Pesca y Acuicultura y para el Ecosocialismo, mediante la cual se regula el aprovechamiento, cultivo y actividades conexas de las especies de algas y cianobacterias para su desarrollo sustentable y sostenibilidad, en la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.787 del 28-12-2023.

3. *Transporte y tránsito*

A. *Sistema de transporte terrestre*

Exhorto Oficial del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante el cual se establece la tarifa mínima del pasaje urbano en Bs. 9 y el pasaje máximo urbano será de Bs. 10. En el caso de las operadoras estatales de transporte el pasaje mínimo urbano será de Bs. 5. G.O. N° 42.713 del 13-09-2023.

Resolución N° 75 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se establece la tarifa máxima oficial para las rutas suburbanas a nivel nacional, a ser cobradas por los prestadores del servicio público de transporte terrestre de pasajeras y pasajeros, respectivamente, como en ella se señala. G.O. N° 42.713 del 13-09-2023.

Resolución N° 163 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se establece un límite máximo de velocidad permitida de 45 Kms/h, así como el estricto uso del canal derecho, para vehículos de carga con peso bruto vehicular igual o superior a los 3.500 Kg, en el tramo vial de 17 kilómetros, correspondiente a la Autopista Caracas-La Guaira. G.O. N° 42.747 del 01-11-2023.

Resolución conjunta N° 88 y 190 de los Ministerios del Poder Popular para el Transporte y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se establece un límite máximo de velocidad permitida de 45 Kms/h, así como el estricto uso del canal derecho, para vehículos de carga con peso bruto vehicular igual o superior a los 3.500 kg, en el tramo vial correspondiente a las carreteras nacionales (troncales), carreteras panamericanas, autopistas, avenidas, vías urbanas y otros del país. Asimismo, se implementarán dispositivos especiales de seguridad y control de velocidad que estará a cargo de los jefes de los Cuadrantes de Paz. G.O. N° 42.779 del 15-12-2023.

Resolución conjunta N° 199 y N° 89 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para el Transporte, mediante la cual se dicta los lineamientos para la habilitación de unidades de transporte terrestre público y privado de personas, para prestar servicio fuera de su ruta asignada. G.O. N° 42.788 del 29-12-2023.

B. *Sistema de transporte acuático y aéreo*²

Resolución N° 51569 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se designa al Servicio Autónomo de la Fuerza Aérea Venezolana (SAFAV), Órgano Desconcentrado que forma parte de la estructura organizativa de este Ministerio, como encargado de la recaudación y cobro de las tarifas a ser fijadas a nivel nacional por la autoridad competente en materia de transporte y aeronáutica civil, por la gestión y ejecución de los diferentes derechos operacionales por los servicios aeroportuarios que se generen por el uso de las infraestructuras, personal y equipos aeroportuarios en la Base Aérea “El Libertador”, ubicada en Palo Negro, estado Aragua y en la Base Aérea “Mayor Buena-ventura Vivas Guerrero”, ubicada en Santo Domingo, estado Táchira; y se autoriza para que pueda brindar servicios aeroportuarios y aeronáuticos, así como llevar a cabo la gestión de cobro por conceptos de derechos operacionales, prestación de servicios aeroportuarios, aeronáuticos y de base fija, que se generen del uso de la infraestructura y equipos en las Bases Aéreas indicadas en la disposición primera de esta Resolución. G.O. N° 42.672 del 17-07-2023.

Resolución N° 77 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se modifica el nombre del Aeropuerto Internacional Juan Vicente Gómez para que en adelante sea nombrado Aeropuerto Internacional General Cipriano Castro, el cual se encuentra ubicado en San Antonio del Táchira, municipio Bolívar del estado Táchira. G.O. N° 42.724 del 28-09-2023.

Resolución N° 83 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se modifica el nombre del Aeropuerto Nacional Dr. Miguel Ángel Urdaneta Fernández para que en adelante sea nombrado Aeropuerto Nacional Relámpago del Catatumbo, el cual se encuentra ubicado en Santa Bárbara, municipio Colón del estado Zulia. G.O. N° 42.772 del 06-12-2023.

² Transcripciones disponibles en el Boletín de Derecho Aeronáutico editado por el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), en <http://www.cidep.com.ve>

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Semestre de 2023

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
Abogado
Secretaria de Redacción de la Revista

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento jurídico*. A. Principios Fundamentales del Estado. a. Consideraciones sobre el Sistema Democrático representativo y participativo conforme a la Constitución de 1999. B. Sobre la controversia sobre el Esequibo y las políticas gubernamentales

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*. A. La garantía de acceso a la justicia: Pérdida de interés procesal. 2. *Derechos Individuales*. A. Libertad de Tránsito, Régimen conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos. 3. *Derechos Políticos*. A. Los Referendos Consultivos como Instrumento de Democracia Participativa B. Derecho a asociarse en partidos políticos y régimen de los partidos.

III. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Actos Administrativos; Vicios de fondo: Falso supuesto*.

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Recurso de Nulidad. Notificación. Cambio de criterio*. 2. *Recurso contra la Abstención o negativa de la Administración: Procedencia*.

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Competencia de la Sala Constitucional para ejercer el control previo de la constitucionalidad de los Referendos Consultivos*. 2. *Recurso de Interpretación: Improponible. Normas de carácter Sublegal*. 3. *Revisión Constitucional*. A. Improponible. B. Admisibilidad. 4. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Competencia. B. Admisibilidad: Legitimación Activa.

VI. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Impuestos Municipales*.

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento jurídico*

A. *Principios Fundamentales del Estado*

- a. *Consideraciones sobre el Sistema Democrático representativo y participativo conforme a la Constitución de 1999*

TSJ-SC (1469)

31-10-2023

Ponencia Conjunta

Caso: Elvis Amoroso, presidente del Consejo Nacional Electoral, con el objeto de que este órgano jurisdiccional "...se pronuncie acerca de la constitucionalidad de las preguntas que se formularán en el Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el tres (3) de diciembre de 2023.

Verificada la competencia de esta Sala Constitucional, con el objeto de resolver el asunto que aquí ha sido sometido al juzgamiento constitucional que realiza este órgano de justicia, considera necesario significar que el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que integra con fuerza normativa al Texto Fundamental, de acuerdo con la doctrina de la sentencia del 19 de enero de 1999, caso: "*Referendo Consultivo*", dictada por la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa y que ha sido mantenida por esta Sala, aclara que la intención del constituyente de 1999, siguiendo el mandato popular que le fue conferido por las ciudadanas y los ciudadanos en referéndum del 25 de abril de 1999, fue refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, con lo cual ya no sólo es el Estado el que ha de adoptar y someterse a la forma y principios de la democracia, sino también la sociedad (integrada por las ciudadanas y los ciudadanos venezolanos), quien debe desempeñar un rol decisivo y responsable en la conducción de los derroteros de la Nación.

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

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

De conformidad con lo anterior, la Constitución de 1999, reimpressa en Gaceta Oficial n° 5.453, Extraordinaria, del 24 de marzo de 2000, funda las bases axiológicas e institucionales para profundizar la democracia en Venezuela, al completar las tradicionales formas e instancias representativas de los sistemas democráticos contemporáneos, con novedosos y efectivos

mecanismos y medios de participación a través de los cuales las ciudadanas y los ciudadanos pueden, en los distintos niveles político-territoriales, ser protagonistas en las actividades estatales y en la toma de decisiones para la gestión del interés público y el bien común, rompiendo con la “*ilusión de participación*” que se creó durante la vigencia de la Constitución de 1961, y que tantas veces conspiró contra la estabilidad del sistema democrático en nuestro país (ver, Juan Carlos Rey, *El Futuro de la Democracia en Venezuela*, UCV, Caracas, pp. 332 y ss).

Denótese como la democracia social se establece en la Constitución de Weimar, como un sistema de asociación que promueve la reivindicación igualitaria de los derechos de las clases menos favorecidas, siendo que, en esta democracia, los mecanismos de la decisión política y la gestión de toda la institucionalidad del Estado están influidos por la participación activa de las asociadas y los asociados, no sólo en forma indirecta o representativa, sino en forma de cogestión. En el sistema de la democracia social las relaciones de poder entre el Estado y las ciudadanas y los ciudadanos son o tratan de ser paritarias; es un sistema participativo de mutua responsabilidad y, por ende, de mutua exigibilidad.

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

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

Dicho proceso de profundización de la cultura democrática del pueblo venezolano, vía proceso constituyente y Constitución, se ve además reforzado en sus propósitos por el marco jurídico internacional, suscrito y ratificado por la República Bolivariana de Venezuela, en materia de derechos humanos, siendo ejemplo de ello lo dispuesto en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, integrante del llamado bloque de la constitucionalidad de acuerdo con el artículo 23 del Texto Fundamental.

De tal manera que el carácter participativo de la democracia en Venezuela en los diferentes ámbitos de la actividad pública tiende progresivamente a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en los distintos niveles político-territoriales en que se distribuye el Poder Público a lo largo y ancho de la República, y por ello mismo, si bien la democracia representativa es la base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales, ésta se refuerza y profundiza únicamente con la participación y protagonismo permanente, ético y responsable de la ciudadanía.

Más allá del esfuerzo por definir la democracia, esta institución no se entiende con conceptos puramente teóricos. La democracia es un sistema de asociación política del Estado con sus ciudadanos, que tiene por finalidad lograr un estado de bienestar general. En los Estados constitucionales, este pacto describe la forma de gobierno que las sociedades han decidido para sí, modelando sus propios contenidos y alcances a partir de las circunstancias políticas, sociales y económicas prevalecientes, así como de los factores históricos, tradicionales y culturales.

En efecto, las sociedades son disímiles entre sí, y la democracia toma forma a partir de estas características particulares que dan identidad a cada sociedad. Como en la Grecia antigua, la forma más eficaz de reconocer la identidad de una sociedad es identificar a las mayorías a través de la muestra del voto; por ello se ha denominado la democracia como el gobierno de las mayorías. En realidad, la democracia es el gobierno del pueblo, donde las mayorías toman las decisiones políticas.

Ocurren de esta manera cambios en los sistemas de decisiones y en los esquemas de autoridad del Estado. El objetivo teleológico de la asociación es ahora el bienestar general para todos los individuos en condiciones de igualdad. El Estado democrático, está ahora comprometido con el diálogo social para lograr la más amplia y efectiva participación ciudadana, reconocer su identidad individual y colectiva y resolver el conflicto dicotómico entre los intereses individuales y los intereses sociales.

La actividad del Estado debe ser entonces comunicativa y deliberativa; es decir, las instituciones deben promover y canalizar los procesos de diálogo, discusión y negociación con los diversos factores de la sociedad civil, para alcanzar el consenso y hacerlos verdaderamente partícipes de la toma de decisión.

La democracia social exige, pues, la apertura de las instituciones estatales, para la participación de todas y todos los ciudadanos y las ciudadanas en cogestión Estado-sociedad. La sociedad no se limita a la sola contraloría, que era ya una forma democrática de participación, sino que debe participar efectivamente en la decisión política y la gestión estatal; pero lo hace investido del poder originario que propugna este modelo, posicionándola como otro factor de decisión en el sistema de frenos y contrapesos democrático.

De esta manera el pueblo es ahora copartícipe del poder para la conducción del Estado y sus instituciones; sin embargo, ello no disminuye la importancia del Estado; al contrario, el Estado ahora es el más importante factor de promoción del bien común, pues le corresponde la función de canalizar el diálogo y amalgamar el consenso social. Luego, la transferencia de poder a ese pueblo no debilita al Estado, sino que lo fortalece con esa participación protagónica a través del ejercicio directo de los mecanismos destinados para tal fin.

Se concibe así un sistema de cogestión, pero también de corresponsabilidad; por lo tanto, la participación ciudadana es un deber cuyo derecho correlativo al bien común y social también le es exigible a él mismo. Estado y sociedad comparten el poder, y ambas están mutuamente sometidas a las reglas y controles democráticos; de manera que se produce el doble control de la legalidad, legitimidad y eficacia.

Así pues, Estado y sociedad intervienen mutuamente en sus esferas de derechos y obligaciones. No obstante, éste no deja de ser un sistema democrático; por lo tanto, la limitación de los derechos ciudadanos se justifica sólo cuando sea capaz de procurar el bienestar general y social, y esté sometida a los límites del Derecho y a los principios de idoneidad, eficacia, proporcionalidad y no afectación del núcleo esencial que garantiza la dignidad de los derechos o libertades tutelados.

Sobre la base de los principios de Estado democrático y social, establecidos en el artículo 2; y de soberanía, fijado en el artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en su preámbulo, el cual “*propugna un conjunto de valores que se supone que han de quedar reflejados en el texto en general, en la realización política, en el ordenamiento jurídico y en la actividad concreta del Estado*” (M.A. Aparicio Pérez. Introducción al Sistema Político y Constitucional Español, Barcelona, Editorial Ariel, 7ma. Ed. 1994, p. 55), donde se señala como fin supremo “*establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural*”, surge el principio de participación, el cual informa a la estructura y la actuación del Estado y sirve al objetivo de otorgar al pueblo

ese mecanismo que le permite su aportación en la toma de decisiones políticas que definen el rumbo del Estado, así como también “*da un nuevo contenido a la funcionalidad de la soberanía popular, principalmente mediante la multiplicación de centros de decisión pública en los que se incorpore la voluntad social*” (Tomás Font i Llovet, *Algunas Funciones de la Idea de Participación*. *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 45, Enero-Marzo, Madrid, Editorial Civitas, 1985, p. 45 y ss.).

El principio de participación, como se apuntó, es una consecuencia del redimensionamiento del concepto de soberanía y atiende al modelo de Estado Social, superación histórica del Estado Liberal, el cual se fundamenta, a diferencia de este último, en la compenetración entre el Estado y la sociedad. Como señala García-Pelayo, “*el Estado social, en su genuino sentido, es contradictorio con el régimen autoritario, es decir, con un régimen en el que la participación en los bienes económicos y culturales no va acompañada de la participación de la voluntad política del Estado, ni de la intervención de los afectados en el proceso de distribución o asignación de bienes y servicios, sino que las decisiones de uno y otro tipo se condensan, sin ulterior apelación o control, en unos grupos de personas designadas por una autoridad superior y/o unos mecanismos de cooptación, de modo que el ciudadano, en su cualidad política abstracta, sea en su cualidad social concreta, no posee -al menos hablando en términos típico-ideales- otro papel que el de beneficiario, pero no el de participante en las decisiones*” (Las Transformaciones del Estado Contemporáneo, en *Obras Completas*, Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 1621).

Ahora bien, la participación, aparte de ser un principio que informa la estructura y la actividad del Estado, es además un derecho fundamental (véase sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 5 de diciembre de 1996, caso: *Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas*) consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone que “*todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas*”, el cual puede ser objeto de tutela judicial en caso de violación o amenaza que provenga del Estado o de particulares en su ejercicio, de conformidad con el artículo 26 *eiusdem*.

Se trata de un derecho político (aparte del hecho de encontrarse en el Capítulo IV del Título III de la Constitución vigente, el cual se denomina “*De los Derechos Políticos y del Referendo Popular*”), pues considera al individuo en tanto que miembro de una comunidad política determinada, con miras a tomar parte en la formación de una decisión pública o de la voluntad de las instituciones públicas. Se trata, pues, de un derecho del ciudadano “*en el Estado*”, diferente de los derechos de libertad “*frente al Estado*” y de los derechos sociales y prestacionales (cf. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza, 1982, p. 174).

El principio de participación influye en otros derechos políticos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como los derechos al sufragio (artículo 63), de petición (artículo 51), de acceso a cargos públicos (artículo 62), de asociación política (artículo 67), de manifestación (artículo 68), y a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública (artículo 143), así como también opera en derechos sociales, como el derecho a la salud (cf. Artículo 84); derechos educativos (cf. Artículo 102) y derechos ambientales (cf. Artículo 127, primer aparte).

Si bien, participar en los asuntos públicos no es igual a decidir en los mismos, implica, necesariamente, la apertura de cauces democráticos con el objeto de que la ciudadanía, activa y responsablemente, intervenga y exponga sus diversas opiniones sobre las materias de especial trascendencia, pues involucra intereses que sobrepasan lo individual y trastocan los elementos característicos propios del Estado.

Entiéndase entonces como la democracia, como forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por el pueblo, se vale de diversos métodos al objeto de la toma de las decisiones colectivas, los cuales no son exclusivos ni excluyentes, sino concurrentes.

Siguiendo este orden de ideas, se aprecia como el sistema democrático, para la realización del principio de soberanía popular inherente a él, se vale de mecanismos en los cuales las ciudadanas y los ciudadanos expresan directamente su voluntad, así como de otros, en los que dicha voluntad es expresada a través de representantes.

Así, del encabezado del *supra* citado artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se desprende que la participación puede ser entendida en un sentido directo e indirecto.

En tal sentido, como bien advierte Norberto Bobbio, la democracia participativa no se opone a la democracia representativa, por el contrario, aquélla no implica sino el perfeccionamiento o complemento de ésta, propia de las complejas y plurales sociedades contemporáneas asentadas en vastas extensiones de territorio, a través de la creación de distintos y eficaces medios de participación en lo político, en lo económico, en lo social, en lo cultural, etc, de tal manera que la responsabilidad de la conducción de la vida nacional, estatal o local, no sólo sea exclusiva de los representantes o de la Administración, sino también de todos quienes integran la comunidad política afectada por la regulación o decisión (Cfr. El Futuro de la Democracia, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, traducción de José F. Fernández Santillán, pp. 49 y ss).

B. *Sobre la controversia sobre el Esequibo y las políticas gubernamentales*

TSJ-SC (1469)

31-10-2023

Ponencia Conjunta

Caso: Elvis Amoroso, presidente del Consejo Nacional Electoral, con el objeto de que este órgano jurisdiccional "...se pronuncie acerca de la constitucionalidad de las preguntas que se formularán en el Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el tres (3) de diciembre de 2023

Ante lo decidido, esta Sala considera propicia la oportunidad para resaltar que en el año 1966 se firmó el Acuerdo de Ginebra para resolver la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica (en lo que sigue: Acuerdo de Ginebra), cuyo propósito fundamental es el de resolver de manera concertada el diferendo entre las entidades firmantes mediante la búsqueda de "soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo arbitral de 1899 sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica es nulo e írrito", tal como se estableció en el Artículo I del referido acuerdo.

El Acuerdo de Ginebra, por tanto, es el instrumento que las partes suscribientes convinieron en adoptar con el fin implementar una solución satisfactoria para alcanzar un arreglo práctico de la controversia fronteriza entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Es evidente, por tanto, la naturaleza de la ruta trazada por dicho Acuerdo, la cual se circunscribe al uso de mecanismos de concertación, con exclusión de aquellos estrictamente judiciales.

En cuanto al contexto histórico de la controversia señalada, y siguiendo muy de cerca en este punto los estudios que al respecto se han hecho, se puede concluir, en primer lugar, que el territorio correspondiente a la Guayana Esequiba que poseía la Capitanía General de Venezuela antes del proceso político que se inició el 19 de abril de 1810, le pertenece a la Repú-

blica Bolivariana de Venezuela por aplicación del principio *uti possidetis iuris*, y, en segundo lugar, que desde fecha temprana Venezuela rechazó las incursiones que en dicho territorio se hicieron desde la Guayana Británica.

Aunado a la existencia de elementos probatorios suficientes que dan cuenta de la ocupación de las autoridades coloniales españolas sobre el territorio al que se hace referencia, las entidades que sucedieron al régimen colonial contaron con un título jurídico que legitimaba su propiedad sobre dichos territorios.

La doctrina ha asentado que el principio *uti possidetis iuris* fue adoptado en Hispanoamérica por los Estados surgidos a comienzos del siglo XIX como producto de los movimientos independentistas acaecidos en los territorios previamente dominados por la metrópoli española. El mismo consiste en que los territorios de dichos nuevos Estados coincidirían con los que se encontraban dentro de las fronteras de las entidades políticas, administrativas o judiciales creadas por los países colonizadores (vid. al respecto: Gutiérrez Espada, C. y Cervell Hortal, M^a José: *Curso General de Derecho Internacional Público*, Trotta, p. 307).

De allí que en las constituciones de estos nuevos estados, y en particular, en época temprana, en la de la Ley Fundamental de la República de Colombia, sancionada por el Soberano Congreso de Venezuela en Angostura, en su sesión del 17 de diciembre de 1819, en la cual las Repúblicas de Venezuela y Nueva Granada fueron reunidas en una sola, en su artículo 2° se estableció que “[s]u territorio será el que comprendían la antigua Capitanía General de Venezuela y el Virreinato del Nuevo Reino de Granada...”.

Por ello, según lo refiere el autor Rafael Sureda Delgado, ya en 1822, y ante las ocupaciones del territorio ubicado al oeste del río Esequibo, Venezuela, por conducto del embajador José Rafael Revenga, y por instrucciones del Libertador Simón Bolívar, protestó diplomáticamente ante el Reino Unido.

De igual modo, en la Constitución del Estado de Venezuela de 1830, sancionada por el Congreso Constituyente en Valencia, el 22 de septiembre de 1830, se dispuso en su artículo 5°, de manera por demás enfática, que “[e]l territorio de Venezuela comprende todo lo que antes de la transformación política de 1810 se denominaba Capitanía General de Venezuela...”.

En atención al principio del que se viene haciendo mención, entre los alegatos presentados ante el Tribunal Arbitral de París se apuntaba que: “La línea fronteriza entre los Estados Unidos de Venezuela y la colonia de la Guayana Británica principia en la boca del río Esequibo...” (vid. Sureda Delgado, Rafael, “Venezuela y la Guayana Esequiba”, p. 382, nota al pie N° 166).

Si bien las constituciones siguientes repiten en esencia el mismo contenido del precepto transcrito, la Constitución de 1901, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente en Caracas, el 26 de marzo, señala que “[e]l territorio de los Estados Unidos de Venezuela es el mismo que en el año de 1810 correspondía a la Capitanía General de Venezuela con las modificaciones que resulten de Tratados públicos”. Dicho texto, con alguna modificación de relevancia, pero cuyo contenido no varía sustancialmente, se repite en las constituciones sucesivas hasta la Constitución de 1961, que introduce una reserva que viene a acentuar, en mayor medida, la Constitución vigente.

Efectivamente, en la Constitución de 1961, sancionada por el Congreso de la República en Caracas, el 23 de enero de 1961, se introdujo en la redacción de la disposición de la cual se viene tratando la expresión “válidamente”, lo que podría ser considerado como una reserva, como se mencionó poco antes, quedando redactado su artículo 7° de la siguiente forma: “El territorio nacional es el que correspondía a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política iniciada en 1810, con las modificaciones resultantes de los tratados celebrados válidamente por la República”.

Una advertencia aún más expresa y precisa quedó consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada por el Pueblo mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, en cuyo artículo 10 se lee que “[e]l territorio y demás espacios geográficos de la República son los que correspondían a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política iniciada el 19 de abril de 1810, con las modificaciones resultantes de los tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad”.

Siendo, pues, que el *uti possidetis iuris* ha sido reconocido como un principio general del Derecho internacional, y no como una mera parte del Derecho internacional regional o una norma consuetudinaria de carácter general, se concluye que la misma, en vista de su entidad, justifica la posición sostenida por el Estado Venezolano a lo largo de su existencia respecto a la extensión de su territorio y demás elementos de su espacio geográfico, y con especial énfasis luego del despojo sufrido a raíz del Laudo Arbitral de París de 1899.

En el marco de los señalamientos *supra* esbozados, esta Sala concibe como un deber patriótico e insoslayable enaltecer como principio rector la integridad del territorio venezolano contemplado en el ya citado artículo 10 de la Constitución de la República Bolivariana, producto de la lucha histórica de la Nación, por lo que se insta a la ciudadanía venezolana, fiel a sus raíces libertadoras, para que en el ejercicio de la soberanía real, directa y protagónica concebida en el texto de la República Bolivariana de Venezuela, sea la principal partícipe del inicio de esta loable gesta de protección y preservación del espacio geográfico nacional que debe ser resguardado como uno de los tesoros que enriquecen a Venezuela, por lo que se estima conducente ordenar la publicación del texto íntegro de esta sentencia en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Máximo Tribunal con el siguiente titulado: “*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que decreta la constitucionalidad de las preguntas con las que se desarrollará el Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el 3 de diciembre de 2023 y que insta al pueblo venezolano a ser partícipe y protagonista de este mecanismo de ejercicio de soberanía popular*”.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Garantías Constitucionales

A. La garantía de acceso a la justicia: Pérdida de interés procesal

TSJ-SPA (823)

28-9-2023

Magistrado Ponente: Malaquias Gil Rodríguez

Caso: Deysis Mercedes Pérez Bolívar

.....Ante tal evento, debe atenderse a lo establecido por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal (sentencia Nro. 416 del 28 de abril de 2009, caso: *Asociación Civil Ciudadanía Activa*), [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 118 abril-junio 2009 pp. 155 y ss] en la que se destacó que el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, se cumple mediante la acción cuyo ejercicio se concreta en la proposición de la demanda y la realización de los actos necesarios para el debido impulso del proceso

Asimismo, la referida Sala señaló que, el requisito del interés procesal como elemento de la acción deviene de la esfera del derecho individual del solicitante, que le permite elevar el conocimiento de la infracción constitucional o legal ante los órganos de administración de justicia. No es una abstracción para el particular que lo invoca, mientras que puede ser una abstracción para el resto de la colectividad. Tal presupuesto se entiende como requisito de un acto procesal cuya ausencia imposibilita el examen de la pretensión.

De igual modo, la señalada Sala destacó que el interés procesal surge de la necesidad que tiene una persona, por una circunstancia o situación real en la que se encuentra, de acudir a la vía judicial para que se le reconozca un derecho y se le evite un daño injusto, personal o colectivo y que ha de manifestarse en la demanda o solicitud y mantenerse a lo largo del proceso. De allí que deba tenerse este como requisito de la acción, cuya pérdida se traduce en el decaimiento y extinción de la misma; así pues, ante la constatación de la falta de interés, podrá ser declarada de oficio la pérdida del interés procesal, puesto que no habría razón para que se movilizara el órgano jurisdiccional si la acción no existe.

De esta manera, conforme al criterio jurisprudencial *in commento* es posible señalar que la pérdida del interés debe ser declarada cuando la inactividad procesal se produce antes de la admisión o a partir del momento en que la causa entre en estado de sentencia; mientras que la perención de la instancia supone que la paralización se verifique luego de la admisión y hasta la oportunidad en que se dice *vistos*, exclusive, y comienza el lapso para dictar la sentencia de mérito.

En el presente caso, como ha sido expuesto, habiéndose constatado que la última actuación de la recurrente tendente a impulsar el proceso se verificó hace más de veintisiete (27) años, esta Sala ordenó notificarla para que manifestara su interés en que se decidiera esta causa. Practicada la notificación en la forma descrita en los párrafos que anteceden (publicación en cartelera y página *web* de este Tribunal), venció el lapso establecido sin que la accionante manifestara su interés. Por tanto, atendiendo al precedente jurisprudencial citado en líneas anteriores, debe esta Sala declarar la extinción de la acción por pérdida del interés procesal. (*Vid.*, entre otras, sentencias Nro. 01092 de fecha 8 octubre de 2015 y Nro. 826 del 19 de julio de 2017, ambas dictadas por esta Sala). **Así se declara.**

2. Derechos Individuales

A. Libertad de Tránsito, Régimen conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos

TSJ-SCS (580)

19-12-2023

Magistrado Ponente: Edgar Gavidia Rodríguez

La Sala de Casación aplica y considera vigente en Venezuela la Convención American de Derechos Humanos (Pacto de San José), para decretar la protección de la libertad de tránsito.

Esta Sala debe puntualizar que, las medidas cautelares tienen un *carácter temporal, más concretamente provisional* y que a decir de Calamandrei, es de duración limitada por la concurrencia posterior de un hecho esperado, y en cierto sentido de composición y aseguramiento transitorio de la situación familiar.

Entre los elementos a verificar para la procedencia de las medidas cautelares, la doctrina ha señalado el *periculum in mora*, el *fomus bonis iuris*, y la prestación de fianza. El *periculum in mora* es la base de las medidas cautelares, en virtud de un peligro de desprotección, el ordenamiento jurídico permite acudir a una medida que puede adelantarse a la función ordinaria de la jurisdicción, precisamente porque esperar el resultado que puedan dar los tribunales mediante un proceso ordinario puede producir un daño esperado, o que este daño se agrave durante la espera, y es la imposibilidad práctica de acelerar la resolución definitiva lo que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria.

Ahora bien, el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala que: *los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las esta-*

blecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público; siendo importante advertir que al respecto, consta que la República Bolivariana de Venezuela firmó y ratificó el Pacto de San José de Costa Rica, en el cual quedó establecido lo siguiente:

Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

(Omissis)

Como corolario de lo anterior, este derecho fundamental del ciudadano, consistente en el reconocimiento por parte del Estado de la dignidad del ser humano, persigue el respeto de la autonomía de la personalidad; de su individualidad; de la potestad de cada individuo de la especie humana de decidir en libertad a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio, conforme a sus propias creencias, gustos y valores, garantizando así su autodeterminación frente al Estado mismo y frente a otros individuos.

En este sentido, ha dejado sentado la Sala Constitucional en sentencia Núm. 1039/2009, caso: *(Carmine Romaniello)*, respecto al derecho de libre tránsito lo siguiente:

El hecho es que el Derecho Constitucional moderno no acepta semejante independencia de valoración respecto de los límites de un derecho de libertad, ni mucho menos una intromisión tan irrestricta. Los derechos de libertad, como lo son el derecho al libre tránsito (dentro del territorio nacional) y al libre desarrollo de la personalidad, definen un espacio de autonomía individual, de inmunidad, frente al poder estatal, cuya interdicción sólo procede bajo causas específicas, pues decidir qué hacer y por añadidura a dónde ir son la manifestación más clara del rasgo ontológico del ser humano.

Siendo ello así, la autorización judicial para separarse temporalmente de la residencia común, al limitar de forma directa qué hacer y a dónde dirigirse no puede depender de la valoración subjetiva que haga el Juez de la entidad de las razones del o la solicitante, ni tampoco estar condicionada a la prueba de la entidad de esas razones.

De hecho, la procedencia de la autorización no tiene por qué estar vinculada a condiciones ni a hechos comprobables; por el contrario, debe depender de la libre manifestación de voluntad del cónyuge de separarse temporalmente de la residencia común, *pues así es más acorde con las exigencias que el orden constitucional les impone a los derechos de libre desarrollo de la personalidad y al libre tránsito.* (Resaltado por esta Sala).

En este orden de ideas, es importante señalar que en nuestra Constitución, está establecido el derecho al libre tránsito, el derecho de toda persona para transitar libremente y por cualquier medio por el territorio nacional, que puede ausentarse de la República y volver, teniendo la facultad para desplazarse libremente, por parques, avenidas y carreteras, en dife-

rente vías, marítima, terrestre, aérea, fluvial, así como, para fijar o cambiar su residencia, sin más limitaciones dadas por las autoridades judiciales o administrativas, en los casos y circunstancias que la misma Constitución establece.

Es de hacer notar que, en este caso en particular, la solicitante manifestó que no tiene la libertad de transitar, por la medida de prohibición de salida del país dictada en su contra, lo que, a su decir, afecta directamente su calidad de vida, su dignidad como ser humano. Aduce también que la medida preventiva, viola y menoscaba la actividad laboral de su esposo, que tiene un viaje de trabajo con destino a la República Popular China, y de libre tránsito de su hija.

[...]

Considera la Sala que al haberse extinguido dicho proceso judicial y ordenado el cierre y archivo del expediente, mediante sentencia con el carácter de firme y ejecutoriada, en consecuencia no existe razón para el mantenimiento de las mismas, por lo cual, declara *Con Lugar* la solicitud de levantamiento de la medida de prohibición de salida del país presentada, por cuanto los sujetos pasivos de las medidas están siendo gravemente limitados y afectados en su derecho a la libertad económica, al desarrollo de su actividad laboral y al libre tránsito, violando principios humanos fundamentales establecidos en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide. -

3. *Derechos Políticos*

A. *Derecho a la participación política: Los Referendos Consultivos como Instrumento de Democracia Participativa*

TSJ-SC (1469)

31-10-2023

Ponencia Conjunta

Caso: Elvis Amoroso, presidente del Consejo Nacional Electoral, con el objeto de que este órgano jurisdiccional "...se pronuncie acerca de la constitucionalidad de las preguntas que se formularán en el Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el tres (3) de diciembre de 2023

Dentro de dicha concepción de democracia, en la que los mecanismos directos y representativos son necesarios, el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela - a título enunciativo- establece algunos medios de participación política, como la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos "*cuyas decisiones serán vinculantes*".

Ahora bien, el pronunciamiento sobre la constitucionalidad peticionado en este asunto requiere de un análisis acerca del denominado referendo consultivo, el cual es un medio de participación política, previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual señala:

"Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral.

También podrán ser sometidas a referendo consultivo las materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estatal. La iniciativa le corresponde a la Junta Parroquial, al Concejo Municipal o al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; al Alcalde o Alcaldesa, o al Gobernador o Gobernadora de

Estado, o a un número no menor del diez por ciento del total de inscritos en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten”.

De la interpretación literal del artículo transcrito, se extraen dos requisitos - uno objetivo y otro subjetivo- para la operatividad de dicho medio de participación política, a saber:

1.- Que se trate de materias de especial trascendencia nacional, parroquial, municipal y estatal;

2.- Que haya sido solicitada su realización al Consejo Nacional Electoral, órgano competente para organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos con los referendos, de conformidad con el artículo 293.1 de la Constitución,

2.1.- En caso de tratarse de materias de especial trascendencia nacional, por:

-El Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros;

-La Asamblea Nacional, mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes.

-Un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral.

2.2.- En caso de tratarse de materias de especial trascendencia parroquial, municipal o estatal, por:

-La Junta Parroquial, el Concejo Municipal o el Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes;

- El Alcalde o Alcaldesa, o el Gobernador o Gobernadora de Estado; o, por

- Un número no menor del diez por ciento del total de inscritos en la circunscripción correspondiente.

La constatación de dichos requisitos corresponde, en todo caso, al Consejo Nacional Electoral, quien junto con los ciudadanos y órganos mencionados son los principales operadores de la norma en cuestión, siendo el referido órgano competente además para organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos con los referendos, de conformidad con el artículo 293.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que esta Sala Constitucional no se detendrá en el análisis de los mismos, el cual corresponde al máximo órgano del Poder Electoral (ver sentencia de la Sala n° 2.926 del 20 de noviembre de 2002, caso: José Venancio Alborno Urbano) y cuyo control jurisdiccional está atribuido a la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo establecido en el artículo 297 *eiusdem* (cf. Sentencia N° 2 de la Sala Electoral, del 10 de febrero de 2000, caso: Cira Urdaneta de Gómez).

Lo que sí será objeto de análisis por la Sala, es la constitucionalidad de las preguntas ideadas para su realización, para así determinar si coliden con los presupuestos normativos, principios y garantías que prevé la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dado el caso de consulta a la población sobre una determinada cuestión de delimitación territorial de evidente y especial trascendencia nacional.

El referendo consultivo, como se apuntó, es un medio de participación directa, mediante el cual es posible consultar a la población su opinión sobre decisiones políticas de especial trascendencia. Se trata entonces de un mecanismo de democracia participativa, en tanto que persigue complementar el método de representación implementado para la asunción de dichas decisiones - adoptado por el principio de división del trabajo y sin el cual el ciudadano tendría que dedicarse exclusivamente a la esfera de lo público. Bobbio (op. cit., p. 62), señala que *“el referéndum, (...) única institución (...) que se aplica concreta y efectivamente en la mayor parte de los Estados de democracia avanzada, es un expediente extraordinario para circunstancias excepcionales”*. Con ello, el profesor de la Universidad de Turín recalca la

importancia de la representación de los mecanismos de democracia directa, para la toma de las decisiones de trascendencia, pudiendo destacarse momentos históricos de su ejercicio como la práctica suscitada el 19 de abril de 1810 y más recientemente en el proceso constituyente de 1999 en el que se convocó a la soberanía del pueblo para que emitiera su opinión respecto a la constitución de ese órgano deliberante como manifestación del poder originario.

El referendo consultivo es facultativo, en tanto que su iniciativa depende de la voluntad de ciertas autoridades competentes, así como de la iniciativa popular (cf. Manuel García Pelayo. Derecho Constitucional Comparado, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pág. 183), y en cuanto su eficacia jurídica, consiste en una consulta a la población sobre su parecer en determinadas materias consideradas de especial trascendencia.

En España, dicho medio de participación se encuentra consagrado en el artículo 92 de su Constitución y regulado en la Ley Orgánica 2/1980, del 18 de enero y tiene por fin “*servir de cobertura a la mayoría de gobierno en las decisiones socialmente comprometidas*” (A. Oliet Pala. El Principio Formal de Identidad en el Ordenamiento Constitucional Español, en RDP n° 24, 1987, p. 111-112), lo cual implica reforzar con apoyo popular la toma de las decisiones asumidas, en ejercicio de la legalidad democrática, por los órganos competentes, a quienes, finalmente corresponderá, por mandato constitucional, tomar las decisiones a las que haya lugar.

Sobre su efecto, señala Josep Castellà Andreu (Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública, Barcelona, Cedecs Editorial, 2001, pág. 99), destaca sobre esta institución que la realización de los postulados fijados en la Constitución y la Ley, máximas expresiones de la soberanía nacional, por las personas elegidas a tal fin conforme al ordenamiento jurídico, a quienes, en procura del interés general, les corresponde asumir las decisiones políticas trascendentales, pero reconoce la posibilidad del ejercicio de este medio de participación que puede informar a este tipo de decisiones.

Ahora bien, en el contexto del Estado democrático y social (artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), ese actuar de quienes ejercen la función pública no es sólo *ab initio*, o formal, sino también el resultado de una continua interacción entre el Estado y la sociedad con la consecuente materialización de los postulados de la Constitución.

En el referido contexto, el referendo consultivo es un mecanismo inspirado en el principio de participación, que otorga mayor intervención ciudadana en torno a la toma de decisiones de especial trascendencia -las cuales competen a determinados órganos del Estado- y permite la realización -a posteriori- de una prueba de dichas decisiones asumidas por los órganos ejecutores; en ese sentido, el referendo consultivo refuerza la asunción de determinadas decisiones.

En consecuencia, con fundamento en los razonamientos precedentes, esta Sala considera necesario reiterar que el resultado del referéndum consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela representa un mecanismo de democracia participativa cuya finalidad no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias toda vez que el resultado del referendo consultivo supone un mandato constitucional a través del ejercicio directo de la voluntad popular.

Sobre la base de las consideraciones que han sido hasta ahora expuestas, observa esta Sala que se sometió al análisis de constitucionalidad desplegado por este órgano, la conjunción de las interrogantes ideadas para la elaboración del referéndum consultivo que objetiva y subjetivamente fue aprobado por el Consejo Nacional Electoral, como mecanismo de consulta para la elaboración de políticas para la defensa y preservación del territorio venezolano, lo

cual reviste una evidente materia de trascendencia nacional, advirtiéndose así que el contenido de las aludidas interrogantes son del tenor siguiente:

“PRIMERA: ¿Está usted de acuerdo en rechazar por todos los medios conforme al Derecho, la línea impuesta fraudulentamente por el Laudo Arbitral de París de 1899, que pretende despojarnos de nuestra Guayana Esequiba?

SEGUNDA: ¿Apoya usted el Acuerdo de Ginebra de 1966 como el único instrumento jurídico válido para alcanzar una solución práctica y satisfactoria para Venezuela y Guyana, en torno a la controversia sobre el territorio de la Guayana Esequiba?

TERCERA: ¿Está usted de acuerdo con la posición histórica de Venezuela de no reconocer la Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para resolver la controversia territorial sobre la Guayana Esequiba?

CUARTA: ¿Está usted de acuerdo en oponerse, por todos los medios conforme a Derecho, a la pretensión de Guyana de disponer unilateralmente de un mar pendiente por delimitar, de manera ilegal y en violación del derecho internacional?

QUINTA: ¿Está usted de acuerdo con la creación del estado Guayana Esequiba y se desarrolle un plan acelerado para la atención integral a la población actual y futura de ese territorio que incluya entre otros el otorgamiento de la ciudadanía y cédula de identidad venezolana, conforme al Acuerdo de Ginebra y el Derecho Internacional, incorporando en consecuencia dicho estado en el mapa del territorio venezolano?”.

Precisado lo anterior, advierte la Sala que la estructura semántica con la que fueron ordenadas las preguntas ideadas para desarrollar el mecanismo participativo de consulta, reviste un orden lógico de formación que permite la fácil identificación de las políticas de acción con las que se pretende abordar un tema de protección y preservación del territorio nacional en su integridad, como derecho irrenunciable claramente determinado en el propio artículo 1 de la Constitución y que no contravienen los postulados propios del Derecho Internacional Público, por lo que podría afirmarse que los ciudadanos y ciudadanas factiblemente contarán con una delimitación clara de la política a la que se aspira se otorgue ese apoyo que reside en la soberanía popular otorgada al pueblo.

Resulta claro que el tema a ser tratado en este mecanismo de participación ciudadana reviste una especial y transcendental importancia, pues el espacio geográfico de la nación va a delimitar el área de aplicación de la soberanía plena de la República, entendiéndose que conforme a lo previsto en el artículo 13 de la Constitución, el territorio no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado, ni en forma alguna enajenado, ni aun temporal o parcialmente, a Estados extranjeros u otros sujetos de derecho internacional.

Siendo esto así, en el ejercicio apreciativo del texto interrogativo *supra* transcrito, no se evidencian colisiones con los presupuestos normativos contenidos en la Constitución o a los principios o garantías que se desprenden de la misma, por lo que esta Sala, actuando como la máxima garante del texto constitucional, decreta la constitucionalidad de las preguntas con las que se desarrollará el Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el 3 de diciembre de 2023, y así se decide.

B. Derecho a asociarse en partidos políticos y régimen de los partidos

TSJ-SC (1160)

10-8-2023

Magistrada Ponente: Michel Adriana Velásquez Grillet

Caso: Carlos Figueroa, Griseldys Herrera y otros

...Declarado el presente caso como un asunto de mero derecho, la Sala procede a resolver el mérito del amparo y, a tal efecto, observa:

El artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone lo siguiente

“Artículo 67. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes. No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.

La ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Así mismo regulará las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos propendiendo a su democratización.

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público”.

El derecho a la asociación política forma parte de las bases axiológicas e institucionales para profundizar la democracia en Venezuela, al completar las tradicionales formas e instancias representativas de los sistemas democráticos contemporáneos, con novedosos y efectivos mecanismos y medios de participación a través de los cuales los ciudadanos y ciudadanas pueden asociarse para intervenir organizadamente en los asuntos políticos de la Nación.

De tal manera que, desde el punto de vista subjetivo, es un fin en sí mismo, ya que forma parte de los derechos ciudadanos y políticos que deben ser garantizados de forma conglobada y por otro lado, es una de las piedras fundacionales del régimen democrático a que se refiere el artículo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual, el pueblo políticamente hábil tiene el derecho a ejercer los distintos mecanismos que reconoce el ordenamiento para garantizar el protagonismo de cada ciudadano en los asuntos públicos.

Se trata así de un derecho fundamental que reconoce al ciudadano la posibilidad de formar agrupaciones de interés político común, las cuales deben crearse, organizarse, dirigirse y actuar conforme a los principios democráticos.

Entre los principios democráticos que informan al derecho de asociación política se encuentra el principio de alternabilidad, según el cual, deben realizarse periódicamente elecciones que den lugar a cambios en los gobernantes y para el caso de las organizaciones políticas, en los dirigentes de las mismas, para así evitar que se desnaturalice el propósito o esencia con el cual fueron concebidas las organizaciones.

En efecto, la denominada alternabilidad o intermitencia en el ejercicio del derecho de asociación es una garantía sobre el carácter democrático de las organizaciones políticas y constituye un antídoto a los procesos fascistas de apego, veneración y obediencia a quien toma la posición de líder indiscutible y necesario en una organización.

Significa entonces que, la alternabilidad está concebida para obstaculizar los procesos de culto e idealización de los representantes y para ello, reconoce que la dirección de las organizaciones políticas no debe ser ejercida a perpetuidad, sino para un período determinado.

En otras palabras, la alternabilidad que forma parte inmanente del derecho a la asociación política es uno de los mecanismos de interdicción del fenómeno del sultanismo que se manifiesta en las organizaciones políticas a través del secuestro que hacen algunos de sus integrantes en desmedro de los demás.

III. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Actos Administrativos; Vicios de fondo: Falso supuesto*

TSJ-SPA (835)

28-9-2023

Magistrada Bárbara Gabriela García Siero

Caso: Municipio Sucre del Estado Bolivariano de Miranda

A los fines de decidir sobre el referido particular, la Sala juzga oportuno destacar que el falso supuesto de derecho por errónea interpretación de ley constituye un error de juzgamiento que se origina en la construcción de la premisa mayor del silogismo judicial, específicamente cuando el juez que conoce del caso, no obstante apreciar correctamente los hechos y reconocer la existencia y validez de la norma jurídica apropiada a la relación controvertida, distorsiona el alcance del precepto general, dando como resultado situaciones jurídicas no previstas en la concepción inicial del dispositivo.

De manera que, para estar en presencia de un error de juzgamiento de esta naturaleza, resulta imprescindible que exista una total correspondencia entre la situación material objeto de examen y el precepto normativo cuya interpretación se aduce inexacta. De lo contrario, si la norma escogida por el decisor no es efectivamente aplicable al supuesto de hecho controvertido, el error *in iudicando* que se configura, lejos de constituir técnicamente una errónea interpretación de ley, daría lugar más bien a una falsa aplicación de una norma jurídica vigente, o a cualquier otra modalidad de falso supuesto de derecho. (*Vid.*, Sentencia N° 01614 de fecha 11 de noviembre de 2009, *caso: Sucesión de Jesús Ovidio Avendaño Benítez*).

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Recurso de Nulidad. Notificación. Cambio de criterio*

TSJ-SPA (572)

27-6-2023

Magistrado Ponente: Malaquías Gil Rodríguez

Caso: Isabel Bocanegra Medina

La Sala Político Administrativa modifico su criterio sobre la notificación que debe efectuarse para que las partes manifiesten su interés en que se decida la causa.

...De lo expuesto se deriva que, desde la última de las fechas mencionadas hasta el presente, han transcurrido más de cuarenta y seis (46) años, sin que la accionante hubiese realizado actuación alguna que demostrase su interés en la solución de la causa, lo que no solo es esencial para la interposición de una acción, sino que debe permanecer a lo largo de todo proceso, por ser inútil y gravoso continuar con un juicio en el que no hay interesado (*vid.*, sentencias de la Sala Constitucional Nros. 1.153 del 8 de junio de 2006 y 1.097 del 5 de junio de 2007).

En este contexto, conviene hacer alusión al criterio fijado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia Nro. 416 del 28 de abril de 2009, [Véase: en *Revista de Derecho Público* N° 118, de 2009 en pp. 155 y ss.] en la que esa Sala estableció la diferencia entre la pérdida de interés y la perención. Respecto a la pérdida de interés sentó que esta puede ser declarada por el órgano jurisdiccional en dos (2) oportunidades: 1) cuando la inactividad procesal se produce antes de la admisión; 2) o después de que la causa entre en estado de sentencia; mientras que la perención de la instancia se produce cuando la paralización se verifique después de la admisión hasta la oportunidad en que se dice “*Vistos*”. (*Vid.*, decisión de esta Sala Nro. 00170 del 4 de marzo de 2015).

Igualmente, sostuvo la Sala Constitucional que el juez no puede presumir la pérdida del interés procesal ni siquiera en casos en los que haya transcurrido largo tiempo sin sentencia definitiva; pero sí puede suponer, salvo prueba en contrario, que haya desaparecido el interés procesal cuando no hay constancia en el expediente de la comparecencia de las partes, lo cual ocurre en el caso de autos. (*Vid.*, sentencias de la Sala Constitucional Nros. 04294 de fecha 12 de diciembre de 2005, 1.153 del 8 de junio de 2006 y 1.097 del 5 de junio de 2007, y fallo de la Sala Político-Administrativa Nro. 180 del 7 de marzo de 2012).

Respecto a la forma como ha de practicarse dicha notificación, la prenombrada Sala Constitucional, en la mencionada decisión, Nro. 04294 de fecha 12 de diciembre de 2005, ordenó que la notificación del actor debía efectuarse “(...) *en cualquiera de las formas previstas en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, si ello fuere posible, y de no serlo, por no conocer el tribunal dónde realizar la notificación, o por no poder publicar el cartel, con la fijación de un cartel en las puertas del tribunal (...)*”. (*Vid.*, sentencia de la Sala Constitucional Nro. 00683 del 2 de junio de 2015).

A fin de cumplir con la exigencia relativa a la notificación de las partes para que manifiesten si tienen interés en que se decida la causa, esta Sala Político-Administrativa ha adoptado el criterio de procurar en primer lugar la notificación personal, y en caso de que resulte imposible de practicar, se procede, de conformidad con lo previsto en el artículo 93 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, a fijar el cartel correspondiente en la cartelera de la Secretaría de esta instancia y a publicarlo en la página *web* de este Alto Tribunal, con la advertencia de que vencido el término de diez (10) días de despacho se entendía consumada la notificación.

No obstante, considera esta Sala que ese modo de proceder debe ser revisado, dado que en esta materia tiene prevalencia el interés público que reside en evitar la pendencia indefinida de los procesos, lo cual redundaría en beneficio de la seguridad jurídica. Se trata de un examen que tiene la finalidad de contribuir con la descongestión de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, atendiendo a los principios de celeridad y economía procesal, en aras de la simplificación de los procesos judiciales, preservando, en todo momento, los derechos y garantías procesales de los interesados.

Resulta esencial destacar que dicha revisión se efectúa en acatamiento y en perfecta consonancia con el criterio establecido por la Sala Constitucional en la sentencia Nro. 956 de fecha 1° de junio de 2001, [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 85-86/67-88 Enero-Diciembre 2001 en pp. 304 y ss.] en la que al reconocer que una de las oportunidades en la que puede decaer la acción por falta de interés es cuando la causa se paraliza en estado de sentencia, también realizó una interpretación del artículo 26 Constitucional, en cuanto a lo que debe entenderse por justicia oportuna, y estableció que: “*si la causa paralizada ha rebasado el término de la prescripción del derecho controvertido, a partir de la última actuación de los sujetos procesales, el juez que la conoce puede de oficio o a instancia de parte, declarar extinguida la acción, previa notificación del actor, en cualquiera de las formas previstas en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, si ello fuere posible, y de no serlo, por no conocer el tribunal dónde realizar la notificación, o no poder publicar el cartel, con la fijación de un cartel en las puertas del tribunal. La falta de comparecencia de los notificados en el término que se fije, o las explicaciones poco convincentes que exprese el actor que compareciere, sobre la causa de su inactividad y los efectos hacia terceros que ella produjo, las ponderará el juez para declarar extinguida la acción*”. (Resaltado añadido).

Como puede verse, el criterio de la Sala Constitucional se basa en que para la notificación de las partes a fin de que manifiesten si tienen interés en que se decida la causa, basta con que se ponga en práctica uno cualquiera de los medios previstos en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, para que se considere válidamente realizada la notificación,

sin necesidad de que se intente previamente que sea efectuada en forma personal, ni que se ejecute dicha notificación a través de varios mecanismos en forma sucesiva y acumulativa. La referida norma establece textualmente:

“Artículo 233. Cuando por disposición de la ley sea necesaria la notificación de las partes para la continuación del juicio, o para la realización de algún acto del proceso, la notificación puede verificarse por medio de la imprenta, con la publicación de un Cartel en un diario de los de mayor circulación en la localidad, el cual indicará expresamente el Juez, dándose un término que no bajará de diez días.

También podrá verificarse por medio de boleta remitida por correo certificado con aviso de recibo, al domicilio constituido por la parte que haya de ser notificada, conforme al artículo 174 de este Código, o por medio de boleta librada por el Juez y dejada por el Alguacil en el citado domicilio. De las actuaciones practicadas conforme a lo dispuesto en este artículo dejará expresa constancia en el expediente el Secretario del Tribunal”.

Ese criterio de la Sala Constitucional debe ser complementado con lo que establece el artículo 93 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual prevé expresamente lo siguiente:

“Notificación por cartel

Artículo 93. Cuando fuese imposible efectuar la notificación por cualesquiera de los medios que dispone el artículo 91, ésta se practicará mediante la fijación de un cartel en la Secretaría de la Sala, que contendrá la identificación completa de las partes, el objeto de la pretensión, el término de comparecencia que sea aplicable y clara advertencia de las consecuencias procesales de su incumplimiento. En la misma oportunidad, se publicará el cartel en el portal electrónico del Tribunal Supremo de Justicia.

Las partes se entenderán notificadas vencido el término de diez días de despacho siguientes a que conste en autos la fijación del cartel”.

Por tal razón, siguiendo lo establecido por la Sala Constitucional en la decisión previamente citada, complementándolo con lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se establece como nuevo criterio, que tendrá aplicación para las causas hacia el futuro, a los fines de evitar la realización de trámites excesivos e innecesarios, que a los efectos de notificar a las partes para que manifiesten si tienen interés en que se decida la causa, basta con que los jueces pongan en práctica, de acuerdo a su prudente arbitrio, cualquiera de los mecanismos de notificación establecidos en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil y 93 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es decir, por notificación personal en la dirección o domicilio del accionante, o bien mediante una boleta publicada en la cartelera de esta Sala o del Órgano Jurisdiccional que se trate, así como en el portal electrónico de este Tribunal Supremo de Justicia, sin que sea necesario que se agote previamente la notificación personal o que se ejecuten varios mecanismos de manera simultánea y sucesiva, a los efectos de la consecución de dicha notificación. *Así se declara.*

Siendo ello así, este Alto Tribunal estima necesario en el caso bajo análisis requerir a la accionante que manifieste su interés en la continuación de la causa, tomando en cuenta a los efectos de su notificación lo establecido por esta Sala antes de replantearse el presente cambio de criterio, el cual regirá como se advirtiera en líneas precedentes, a los casos futuros a partir de la publicación del presente fallo. **Así se declara.**

...Así, visto el tiempo transcurrido desde la última oportunidad en que la apoderada de la recurrente actuó en el expediente, y en aplicación del criterio sentado por la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, esta Sala Político-Administrativa ordena la notificación de la ciudadana Isabel Bocanegra Medina, en su condición de propietaria del fondo de comercio denominado “*BAR ASTORIA*”, antes identificada, o de sus apoderados judiciales, para que

dentro de un lapso de diez (10) días de despacho, contados a partir de la constancia en autos de su notificación, manifiesten su interés en que se decida la presente causa. **Así se determina.**

En caso de no ser posible la notificación indicada, esta deberá practicarse mediante boleta publicada en la cartelera de esta Sala, conforme a lo previsto en el artículo 93 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en los mismos términos.

Transcurrido el indicado lapso sin que la parte manifieste su interés en que se decida la presente demanda de nulidad, esta Sala procederá a dictar el pronunciamiento correspondiente. (Ver, entre otras, sentencias de esta Sala Nros. 0065 del 23 de enero de 2014, 0428 del 9 de diciembre de 2021 y 0286 del 28 de julio de 2022). **Así se declara.**

En virtud de lo expuesto y visto el contenido del presente fallo, se ordena la publicación de esta decisión judicial en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, así como en la Gaceta Judicial con el siguiente sumario: “*Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante la cual modifica la interpretación que se ha venido realizando respecto a la notificación que ha de efectuarse para que las partes manifiesten interés en que se decida la causa. En ese sentido, se establece que a tal efecto basta con que los jueces pongan en práctica, de acuerdo a su prudente arbitrio, cualquiera de los mecanismos de notificación establecidos en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil y 93 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es decir, por notificación personal en la dirección o domicilio del accionante, o bien mediante una boleta publicada en la cartelera de esta Sala o del Órgano Jurisdiccional que se trate, así como en el portal electrónico de este Tribunal Supremo de Justicia, sin que sea necesario que se agote previamente la notificación personal o que se ejecuten varios mecanismos de manera simultánea y sucesiva, a los efectos de la consecución de dicha notificación. Asimismo, se deja sentado que el lapso para solicitar el referido impulso procesal será de (1) año o más de inactividad de la parte accionante en el juicio, tiempo que el juez deberá ponderar atendiendo a las particularidades del caso*”.

2. *Recurso contra la Abstención o negativa de la Administración: Procedencia*

TSJ-SPA (807)

21-9-2023

Magistrada Ponente: Barbara Gabriela Cesar Siero

Caso: Jesús Alberto Heredia Sánchez y Rut Olivia Heredia Sánchez

En razón de lo expuesto, resulta oportuno mencionar que tal como señalara esta Sala en la sentencia número 00066 publicada el 13 de febrero de 2020 (caso: *Onofre Rojo Asenjo*), la demanda por abstención “(...) es un medio contencioso administrativo que puede -y debe- dar cabida a la pretensión de condena al cumplimiento de toda obligación administrativa incumplida, sin que se distinga si ésta es específica o genérica. En consecuencia, puede incluso tener como objeto la pretensión de condena a que la Administración decida expresamente una petición administrativa -con independencia de que otorgue o rechace el derecho solicitado- en garantía del derecho de petición. (Vid., también sentencia número 00547 dictada por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal el 6 de abril de 2004, caso: *Ana Beatriz Madrid*).

En tal sentido, debe observarse lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prevé lo siguiente:

“Artículo 51.- Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo”. (Destacado de esta Sala).

La norma transcrita establece el derecho que tiene toda persona de realizar una solicitud ante cualquier autoridad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de su competencia y a su vez de obtener oportuna y adecuada respuesta, so pena de ser sancionados conforme a la ley respectiva.

Asimismo, la abstención está prevista en el numeral 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre las competencias de esta Jurisdicción, para conocer de aquellos casos en que las autoridades obligadas por ley a producir un acto se niegan a ello, o cuando incurren en la inactividad en relación a las actuaciones que jurídicamente le sean exigibles.

En tal sentido, se observa en el presente caso que el 19 de febrero de 2020, los demandantes presentaron por ante el Viceministro del Ministerio del Poder Popular para la Salud una solicitud de *“permisos sanitarios necesarios para recibir y transportar medicamentos a título de donación en territorio venezolano”*, y que en vista de la falta de respuesta consignaron por ante el referido órgano administrativo en fecha 7 de octubre de igual año, otra solicitud de pronunciamiento con relación a la citada petición, siendo que ambas solicitudes cuentan con el respectivo sello de recibido, y respecto de las cuales señalan que a la presente fecha la Administración no ha cumplido con su obligación de dar oportuna y adecuada respuesta a su pedimento.

Ahora bien, ha sido reiterado el criterio con carácter vinculante, expuesto por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en la sentencia número 0745 publicada el 15 de julio de 2010 (caso: *Asociación Civil Espacio Público*) conforme al cual, los derechos aún aquellos que gozan de la protección constitucional, como el de petición, no pueden ser considerados absolutos, en consecuencia, para salvaguardar los límites del ejercicio del derecho fundamental a la información, se hace necesario: *i) que el solicitante de la información manifieste expresamente las razones o los propósitos por los que requiere la información; y ii) que la magnitud de la información solicitada sea proporcional con la utilización y uso que se pretenda dar a la misma.*

...Conforme a lo expuesto, por cuanto advierte esta Sala en el caso bajo estudio, que desde el momento en que fue incoada la demanda (20 de octubre de 2020), hasta la presente fecha, el órgano accionado no demostró haber emitido el debido pronunciamiento, ni ha consignado información o elemento que permita a la parte actora y a este órgano jurisdiccional, conocer la existencia de algún hecho, disposición o causal que motive tal ausencia de respuesta; es por lo que estima que resulta procedente declarar **con lugar** la presente demanda por abstención interpuesta contra el Ministerio del Poder Popular para la Salud en virtud de la abstención en la que incurrió al no dar respuesta a la *“Solicitud de permisos sanitarios”* planteada mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2020. (*Vid.*, sentencia de esta Sala Nro. 00475 del 22 de septiembre del 2022).

En consecuencia, se ordena al Viceministro del Ministerio del Poder Popular para la Salud que emita pronunciamiento respecto a la petición que le fue dirigida por la parte actora en fecha 19 de febrero de 2020, citada en acápites anteriores, e informe a esta Sala lo conducente sobre el cumplimiento de la presente decisión, a cuyos fines se confiere un lapso de diez (10) días de despacho contados a partir de que conste en autos la última de las notificaciones. **Así se decide.**

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Competencia de la Sala Constitucional para ejercer el control previo de la constitucionalidad de los Referendos Consultivos*

TSJ-SC (1469)

31-10-2023

Ponencia Conjunta

Caso: Elvis Amoroso, presidente del Consejo Nacional Electoral, con el objeto de que este órgano jurisdiccional "...se pronuncie acerca de la constitucionalidad de las preguntas que se formularán en el Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el tres (3) de diciembre de 2023.

Como premisa procesal, esta Sala debe fijar preliminarmente su competencia funcional para efectuar el pronunciamiento respecto al requerimiento expresado por el Consejo Nacional Electoral, para lo cual se estima imperioso destacar de manera inicial que el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela preceptúa que: "*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político*".

Ello así, resulta preponderante hacer notar que la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional ha establecido que el derecho constitucional a la participación política, previsto en el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es de eminente orden público, lo cual guarda perfecta sintonía con lo previsto en el citado artículo 2 de la Carta Magna, como expresión de ese modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

Siguiendo este hilo argumentativo, es pertinente resaltar que en la Disposición Transitoria Primera de la vigente Ley Orgánica de los Procesos Electorales, se dispone que "[h]asta tanto la Asamblea Nacional dicte la ley que regule los procesos de referendo, el Poder Electoral a través del Consejo Nacional Electoral como órgano rector y máxima autoridad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución de la República, desarrollará los instrumentos jurídicos especiales que regulen los procesos de referendo cuando las circunstancias así lo exijan..." (Resaltado añadido).

Precisado lo anterior y tomando en cuenta que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dotó a esta Sala Constitucional de la facultad para conocer de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta; es por lo que este órgano judicial, cúspide de la jurisdicción constitucional, actuando como máxima y última intérprete del texto constitucional, entiende que la petición a la que se circunscribe este asunto inmiscuye un control innominado de la Constitución, por lo que afirma su competencia funcional para conocer de la misma. Así se decide.

2. *Recurso de Interpretación: Impropionable. Normas de carácter Sublegal*

TSJ-SC (905)

12-7-2023

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suarez Anderson

Caso: Daniel Alfredo Acosta

Corresponde a esta Sala emitir pronunciamiento sobre la presente demanda y a tal efecto observa lo siguiente:

Entre las atribuciones de la Sala Constitucional, señaladas en el artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no aparece la de conocer de recursos autónomos de interpretación, la cual está contemplada expresamente entre las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, en el numeral 6 del artículo 266 de la Carta Magna, que establece la interpretación de los textos legales, sin que dicho artículo señale a cuál Sala del Tribunal Supremo corresponde dicho recurso de interpretación, limitándose a expresar que las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia que no se encuentren asignadas a las Salas en particular por dicho artículo, serán ejercidas por las diversas Salas conforme a lo previsto en la Constitución y en la Ley.

Por su parte, esta Sala Constitucional como máximo y último intérprete de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha precisado que la facultad interpretativa está dirigida a que la norma a interpretar esté contenida en la Constitución (sentencia N° 1415 del 22 de noviembre de 2000, caso: “*Freddy Rangel Rojas*”, entre otras) o integre el sistema constitucional (sentencia N° 1860 del 5 de octubre 2001, caso: “*Consejo Legislativo del Estado Barinas*”), del cual formarían parte los tratados o convenios internacionales que autorizan la producción de normas por parte de organismos multiestatales (sentencia N° 1077 del 22 de septiembre de 2000, caso: “*Servio Tulio León*”) o las normas de carácter general dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente (sentencia N° 1563 del 13 de diciembre de 2000, caso: “*Alfredo Peña*”).

En tal sentido, esta Sala estima que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia acogió la doctrina comentada, estableciendo expresamente en su artículo 25 numeral 17, la competencia de esta Sala para: “*Conocer la demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional*”.

Respecto a los recursos de interpretación y su distinción cuando la norma sea de rango constitucional y cuando sea de rango legal, esta Sala Constitucional en sentencia número 436 del 7 de abril de 2005, Caso: *Rafael Véliz Fernández* estableció lo siguiente:

(...) esta Sala, desde su sentencia del 22 de septiembre de 2000 (caso: Servio Tulio León), ha declarado su competencia para conocer de los recursos por los cuales se solicite la interpretación del texto constitucional de la República, recurso que si bien no existe una disposición concreta que lo estatuya, se fundamenta en la cualidad que tiene esta Sala como garante máximo del respeto del Texto Fundamental, así como en el poder que expresamente se le atribuye para la interpretación vinculante de sus normas.

Ese recurso de interpretación constitucional es distinto al de interpretación de textos legales, que hoy está regulado en el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el numeral 52 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Originalmente, el recurso para la interpretación de leyes era de la competencia exclusiva de la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal -tal como lo ordenaba el numeral 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia-, hasta que esta Sala Constitucional declaró, en su sentencia N° 2588/2001, que con sujeción al Texto Fundamental no existían razones para esa limitación, por lo que debía entenderse que todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia podrían conocer de la interpretación autónoma de leyes, siempre que tuvieran relación con la materia que constituye su competencia.

En efecto, la Constitución de 1999 enumeró las competencias del Tribunal Supremo de Justicia, de la manera siguiente:

OMISSIS

El criterio de esta Sala, que no hacía más que seguir la Carta Magna, fue adoptado por el legislador. En efecto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia confirmó lo que ya esta Sala había declarado: que todas las Salas del Máximo Tribunal son competentes para conocer del recurso de interpretación de leyes (...).

Ahora bien, en el presente caso, se pretende la interpretación constitucional de un instrumento normativo de rango *sub-legal* y al respecto la Sala ha señalado en la sentencia N° 1.467 del 11 de noviembre de 2014, lo siguiente:

Analizadas las actas que componen el expediente, esta Sala observa que, el abogado actor corrigió el escrito libelar y precisó que su pretensión no es otra que la interpretación de la Resolución N° 169, dictada, el 25 de junio de 2010, por el Ministro del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia.

Ello así, es de observar que, las solicitudes de interpretación de normas sub legales, como es el caso de las resoluciones ministeriales, son improponibles en derecho, pues la facultad de interpretación a que se refieren los artículos 266, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 31.5 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal, recae sobre disposiciones de rango legal (salvo la competencia de esta Sala para determinar el sentido y alcance de normas constitucionales conforme al artículo 335 del Texto Fundamental y 25.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), es decir, sobre actos normativos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Atendiendo a lo expuesto y al hecho de que la Resolución N° 169, dictada el 25 de junio de 2010, por el Ministro del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia, es una disposición de carácter sub-legal, resulta evidente que no se encuentra sometida al recurso de interpretación de leyes y que, por tanto, es improponible la pretensión de interpretación formulada y, así se declara.

Ello así, de conformidad con el criterio contenido en la sentencia antes transcrita esta Sala y el cual fue ratificado en la sentencia N° 500 del 26 de julio de 2018 (caso: *Luis Rosales y Gelvis Durán*), estima que como se pretende obtener una interpretación constitucional de normas de rango sub-legal como es el *Reglamento para el Ingreso, Ubicación, Ascenso y concursos del Personal, Docente y de Investigación de la Universidad Rómulo Gallegos, la cual consta en la Resolución N° 1999-01-482-01, del 26 de enero de 1999*, no es susceptible de interpretación, asimismo la ley no establece entre los supuestos de interpretación de las normas de rango sub-legal, por ello resulta forzoso para esta Sala declarar **IMPROPONIBLE** la presente demanda. Así se decide.

3. Revisión Constitucional

A. Improponible

TSJ-SC (1244)

14-8-2023

Ponencia Conjunta

Caso: Alexis José Coronel Roche y Miguel Antonio Prieto Narváez

...Ahora bien, según la configuración del sistema de justicia constitucional, se hace evidente que esta Sala sólo puede ejercer la potestad extraordinaria y discrecional de revisión sobre decisiones judiciales definitivamente firmes como actos jurisdiccionales definitivos y firmes y no sobre otros tipos de actos jurídicos, ya que para controvertir las actuaciones u omisiones del Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa y ejecutiva, existen diversos medios de gravamen y acciones de impugnación previstos para ello, a través de los cuales los órganos jurisdiccionales deben garantizar los derechos y garantías fundamentales consagrados en el Texto Fundamental.

Lo expuesto ha sido expresamente reconocido por esta Sala en fallos anteriores, desestimándose por improponibles las solicitudes de revisión constitucional que como la presente no están dirigidas contra actos jurisdiccionales. (*Vid.* Sentencias números 93 y 336 de fechas 6 de febrero de 2001 y 24 de marzo de 2011).

En consecuencia, la Sala declara improponible el “(...) [r]ecurso de [r]evisión (...) sobre la decisión dictada por la Contraloría General de la República, referido a la [i]nhabilitación de la [c]iudadana María Corina Machado CI- V6.914.799 presentada según Oficio N- DGPE- 23-08-00-008 (...)”, interpuesto por los ciudadanos Alexis José Coronel Roche y Miguel Antonio Prieto Narváez. Así se decide.

B. Admisibilidad

TSJ-SC (1450)

16-10-2023

Magistrada Ponente. Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Ignacio Suarez Quintas

Determinado así el objeto de la presente solicitud de revisión, es pertinente aclarar que esta Sala, al momento de la ejecución de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a guardar la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de peticiones que aspiren la revisión de actos de juzgamiento que han adquirido el carácter de cosa juzgada judicial; de allí que esté facultada para desestimar cualquier requerimiento cuando, en su criterio, se verifique que lo que se pretende en nada contribuye con la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, en virtud del carácter excepcional y limitado que ostenta la revisión.

Establecido lo anterior, esta Sala pasa a pronunciarse en relación a la presente solicitud de revisión, no sin antes reiterar el criterio sostenido en sentencia número 44, dictada el 2 de marzo de 2000, (caso: “*Francia Josefina Rondón Astor*”), conforme al cual la discrecionalidad que se atribuye a la facultad de revisión constitucional, no debe ser entendida como una nueva instancia y, por tanto, la solicitud en cuestión se admitirá sólo a los fines de preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, lo cual será analizado por esta Sala, siendo siempre facultativo de ésta su procedencia.

En este orden, la Sala ha sostenido que, la labor tuitiva del Texto Constitucional mediante la revisión extraordinaria de sentencias no se cristaliza de forma similar a la establecida para los recursos de gravamen o impugnación, diseñados para cuestionar la sentencia, para ese entonces, definitiva. De este modo, el hecho configurador de la revisión extraordinaria no es el mero perjuicio, sino que además, se verifique un desconocimiento absoluto de algún precedente dictado por esta Sala, la indebida aplicación de una norma constitucional, un error grotesco en su interpretación o, sencillamente, su falta de aplicación, lo cual se justifica en el hecho de que en los recursos de gravamen o de impugnación existe una presunción de que los jueces en su actividad jurisdiccional, actúan como garantes primigenios de la Carta Magna. De tal manera que, sólo cuando esa presunción logra ser desvirtuada es que procede, la revisión de la sentencia (*Vid.* Sentencia de la Sala N° 2.957 del 14 de diciembre de 2004, caso: “*Margarita de Jesús Ramírez*”).

4. Acción de Amparo Constitucional

A. Competencia

TSJ-SC (966)

27-7-2023

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Daniel Barood

La presente acción de amparo constitucional ha sido interpuesta en contra del comisario Gerardo Contreras, responsable de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) sede Parque Carabobo, según consta en el escrito de amparo, motivo por el cual esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debe pronunciarse respecto a su competencia para conocer y decidir dicha acción.

Ha precisado este Máximo Tribunal, en lo que se refiere a la determinación de las competencias de los tribunales de la República, que el constituyente dejó dicha función al legislador y que corresponde a este último distribuir, entre los distintos órganos, conforme a los criterios que juzgue idóneos, las potestades del poder jurisdiccional.

En sentencia del 20 de enero de 2000 (Caso: “*Emery Mata Millán*”), [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 81 Enero-Marzo 2000, pp. 226 y ss.] esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia determinó el régimen de competencia aplicable en materia de amparo constitucional, a la luz de las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estableciendo que corresponde a esta Sala el conocimiento -en única instancia- de las acciones de amparo incoadas contra los órganos y altos funcionarios señalados en dicha norma, a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como contra los funcionarios que actúen por delegación de las atribuciones de éstos.

A su vez, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, dispone lo siguiente:

“Artículo 8. La Corte Suprema de Justicia conocerá en única instancia y mediante aplicación de los lapsos y formalidades previstos en la Ley, en la Sala de competencia afín con el derecho constitucionales violados o amenazados de violación, de la acción de amparo contra el hecho, acto u omisión emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República”.

Respecto de la enumeración contenida en el artículo transcrito, esta Sala ha considerado que la misma es enunciativa y no taxativa, en tanto que existen órganos y funcionarios con rango similar -dada su naturaleza y atribuciones- a los cuales debe extenderse, necesariamente, la aplicación del fuero especial consagrado en el mismo.

En este sentido, esta Sala observa de la lectura del artículo 25, numeral 18 de la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.684 Extraordinario, el 19 de enero de 2022, que esta Sala Constitucional es competente para conocer en única instancia, las acciones de amparo constitucional que se ejerzan contra “(...) *las altas funcionarias públicas o altos funcionarios públicos nacionales de rango constitucional*”; y visto que, contra quien se ejerce el amparo, no ocupa ningún cargo de los catalogados como altos funcionarios públicos nacionales de rango constitucional, no le es aplicable dicho fuero especial, por lo que resulta evidente para esta Sala, la falta de competencia para conocer en única instancia la presente acción de amparo constitucional. Así se declara.

TSJ (812)

26-6 2023

Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos

Caso: Rodolfo David Vicente

Previo a cualquier consideración, esta Sala debe determinar su competencia para conocer en primera instancia de la acción de derechos e intereses difusos o colectivos conjunta-

mente con medida cautelar interpuesta por el ciudadano Rodolfo David Vicent, ya identificado, contra las presuntas “*vías de hecho ejecutadas por la (para entonces) concejala Jealm Duno de Marcano (...) y el ciudadano Armando José Tovar Carrera*”, antes identificados, que se materializaron, según señala el accionante, con los “*actos de fuerza, irracional y bochornosa, que [le] impiden la entrada recinto de la Alcaldía del Municipio Tubores para ejercer las funciones como alcalde [del Municipio Tubores del estado Nueva Esparta] (...)*”, y a tal efecto se observa lo siguiente:

Delimitado lo que antecede, estima pertinente esta Sala que la presente la acción de derechos e intereses difusos o colectivos conjuntamente con medida cautelar, se interpuso el 20 de junio de 2018. Que previa distribución, correspondió su conocimiento en primer lugar, al Juzgado Superior Estadal Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, que mediante sentencia de fecha 25 de junio de 2018, anteriormente transcrita, se declaró incompetente para conocer de la referida acción en primera instancia y declinó la competencia a esta Sala Constitucional.

Asimismo, manifestó la parte actora actuar en defensa “*(...) los derechos difusos y colectivos de la población del Municipio Tubores del estado (sic) Bolivariano de Nueva Esparta, concerniente a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia, la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad, derechos estos de los cuales han dejado de gozar la población de Tubores (sic) al impedir[le] realizar [su] gestión como tal, ya que se han menoscabado la seguridad jurídica y la legalidad necesaria dentro del Estado de Derecho, al no dejar[le] ejercer [sus] funciones*” (Corchetes de la Sala).

Ahora bien, entre los derechos cívicos, ha apuntado la Sala, se encuentran los derechos e intereses difusos o colectivos referidos en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sobre cuya naturaleza y alcances este Máximo Tribunal se ha pronunciado en múltiples oportunidades (vid. -entre otras- sentencias números 483/2000, 770/2001, 1.571/2001, 1.321/2002, 1.594/2002, 1.595/2002, 2.354/2002 y 2.347/2002).

De allí que, ha sido criterio reiterado de esta Sala que su fuero para conocer de las demandas y pretensiones de amparo constitucional en las que se ventilen asuntos relativos a la tutela de los derechos e intereses difusos o colectivos se encuentra determinado por los siguientes elementos: en primer lugar, un criterio objetivo, como es la naturaleza de la pretensión, esto es, que verse sobre la tutela de intereses supra individuales; en segundo lugar, el ámbito territorial o geográfico de la afectación que produce la situación que se denuncia como lesiva, en cuanto a que ésta tenga repercusión nacional; en tercer lugar, que una regulación especial no determine lo contrario, salvaguardando la libertad de configuración normativa del legislador respecto de materias cuya naturaleza exija un fuero especial; y, en cuarto lugar, que el asunto no verse sobre cuestiones sometidas al contencioso de los servicios públicos o electoral (Cfr. sentencias de esta Sala Nros. 675 del 01 de junio de 2015 y 552 del 11 de julio de 2016).

En virtud de lo anterior, si bien la parte accionante alude a lo largo de su escrito la afectación de derechos colectivos, no se observa de la exposición realizada, que ejerzan la representación de ese grupo o sector poblacional determinado o identificable.

Asimismo, la pretensión de los accionantes no puede entenderse referida a un bien que atañe a todo el mundo (pluralidad de sujetos) de forma indeterminada y generalizada, pues en principio, accionan en base a sus derechos e intereses individuales, por lo que esta Sala considera que el fallo que se dicte en el presente asunto tiene una proyección subjetiva de sus

efectos jurídicos que no sobrepasa la esfera particular del demandante, y, por tanto, no permite calificarlo preliminarmente como una acción de amparo constitucional por intereses colectivos o difusos. (Vid. sentencia del 30 de junio de 2000 (Caso: “*Dilia Parra Guillén*”).

Ciertamente, si bien cualquier actividad, abstención u omisión de los órganos que ejercen el Poder Público, “*siempre afectarán en algún grado a una parte determinada o determinable de la sociedad o a la sociedad en su totalidad, no puede pretenderse una interpretación tan amplia de la tutela judicial de los derechos e intereses difusos o colectivos, que desconozca o vacíe de contenido el resto de las acciones judiciales en nuestro ordenamiento jurídico, las cuales posibilitan de forma refleja o indirecta la protección eficaz por vía judicial de esos derechos o intereses, al resolver por ejemplo, un determinado recurso o acción en la jurisdicción contencioso-administrativa la cual debe (como todos los órganos que integran el Poder Judicial), igualmente velar por los intereses generales de la sociedad conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 366/08 y 1320/2011).

En virtud de lo expuesto, con fundamento en la sentencia N° 7/2000, entiende la Sala que la solicitud interpuesta por la parte accionante, se circunscribe a una acción de amparo constitucional ejercida contra las presuntas “*vías de hecho ejecutadas por la (para entonces) concejala Jealm Duno de Marcano (...) y el ciudadano Armando José Tovar Carrera*”, ya identificados, que se materializaron, según señala el accionante, con los “*actos de fuerza, irracional y bochornosa, que [le] impiden la entrada recinto de la Alcaldía del Municipio Tubores para ejercer las funciones como alcalde [del Municipio Tubores del estado Nueva Esparta] (...)*” (Corchetes de la Sala).

Al respecto, es pertinente señalar que el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece las reglas de atribución de la competencia para el conocimiento de las pretensiones de amparo constitucional de la manera siguiente:

“Artículo 7: Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de las garantías constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurriere el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.

En caso de duda, se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia.

Si un Juez se considerare incompetente, remitirá las actuaciones inmediatamente al que tenga competencia.

Del amparo de la libertad y seguridad personales conocerán los Tribunales de Primera Instancia en lo Penal, conforme al procedimiento establecido en esta Ley”.

De la norma transcrita, se constata que, ante una acción de constitucional, conocerá en primer grado de jurisdicción el Tribunal de primera instancia competente por la materia afín a la naturaleza del derecho o la garantía constitucional que se aleguen como violados o amenazados, y competente asimismo por el territorio o lugar donde hubiere ocurrido el hecho, acto u omisión que originó la pretensión.

En ese sentido, se refirió esta Sala en sentencia N° 724/2021 (caso: “*Elisa Maigualida Tessam*”), en la que se indicó que la competencia para conocer de las acciones de amparo constitucional ejercidas de forma autónoma, “*(...) viene determinada conforme lo dispone la Ley Orgánica de amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por dos criterios: el material y el orgánico.*

El criterio material, previsto en el artículo 7 de la referida Ley, establece la afinidad entre la competencia natural del juez -de primera instancia- y los derechos y garantías presuntamente lesionados. Por su parte, el criterio orgánico atiende a la competencia del órgano jurisdiccional en razón del órgano generador del acto o actuación lesiva de los derechos constitucionales de la parte presuntamente agraviada (...)”.

En ese orden de ideas, esta Sala Constitucional se ha pronunciado en relación a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en sentencia N° 188/2011, (caso: “Carlos Vecchio y Valentina Issa”), citada en el fallo N° 994/2017, (caso: “Omaira del Carmen Ramírez”), exponiendo que:

“(...) ya la Sala, con ocasión de pretensiones de amparo constitucional como la presente, ha determinado que el control de los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, es tutelable ante de la jurisdicción contencioso-administrativa (...). (Vid. Sentencias de la Sala N° 1321 del 16 de junio de 2002, Nros. 2628 y 2629 del 23 de octubre de 2002)

Ello conduce a afirmar que los derechos o garantías constitucionales que resulten lesionados por actos o hechos dictados o ejecutados en ejercicio de la función administrativa u omisiones o abstenciones de órganos o personas obligados por normas de derecho administrativo se encuentran salvaguardados en virtud de la potestad que la Carta Magna otorga a esos órganos jurisdiccionales, conforme lo dispone el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Vid. Sentencias de la Sala N° 1321 del 16 de junio de 2002)

En efecto, el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que: ‘Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para (...) disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa’.

Así tenemos que, de la simple lectura de las atribuciones que el artículo 259 de la Constitución otorga a la competencia contencioso-administrativa, se aprecia que los justiciables pueden accionar contra la Administración a los fines de solicitar el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de la Administración aunque se trate de vías de hecho o de actuaciones materiales. El referido precepto constitucional señala como potestades de la jurisdicción contencioso-administrativa, (...) el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de la Administración.

Resulta claro entonces que la jurisdicción contencioso-administrativa, no está limitada a asegurar el respeto de la legalidad en la actuación administrativa, ya que el artículo 26 de la Constitución concibe a toda la justicia, incluyendo a la contencioso-administrativa, como un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos (...)”.

.....Con fundamento en el criterio jurisprudencial transcrito, y conforme a lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala constata que a los distintos órganos que integran la jurisdicción contencioso administrativa, dependiendo de los criterios atributivos de competencia territorio, materia y cuantía les corresponderá conocer, no solo de las vías de hechos en las que incurran las autoridades y funcionarios públicos que actúen en función y nombre de la Administración Pública, Poder Público, Institutos Autónomos o de cualquier otro sujeto sometido a control por la jurisdicción contencioso administrativa, sino también del restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por actos, hechos, abstenciones u omisiones, actuaciones materiales, vías de hechos que deriven de la actividad administrativa.

....Ahora bien, visto que en la presente acción de amparo constitucional se denuncia la vulneración de derechos constitucionales, con motivo de unas presuntas vías de hecho en las que supuestamente incurrieron los ciudadanos Jealm Duno de Marcano y Armando José

Tovar Carrera, para el momento en que ocurrieron las presuntas vías de hecho, en su condición de Concejal y Director General de la Alcaldía del Municipio Tubores del Estado Nueva Esparta, respectivamente, esta Sala estima pertinente destacar que el criterio material, previsto en el artículo 7 de la referida Ley, establece la afinidad entre la competencia natural del juez -de primera instancia- y los derechos y garantías presuntamente lesionados. Este criterio constituye el elemento primordial para dilucidar la competencia en materia de amparo, y cuando se acciona por esta vía contra la Administración Pública adquiere operatividad a través del artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual la jurisdicción contencioso administrativa es competente para “...*anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por las actividad administrativa*”, lo que conduce a afirmar que aquellas situaciones jurídico-subjetivas que resulten lesionadas por actos o hechos dictados o ejecutados en ejercicio de la función administrativa u omisiones o abstenciones de órganos o personas obligados por normas de derecho administrativo, se encuentran salvaguardadas en virtud de la potestad que la Constitución otorga a esos órganos jurisdiccionales (*vid.* sentencia N° 1.700/2007, caso: “*Carla Mariela Colmenares Ereú*”, reiterada en sentencia N° 356/2018, caso: “*Chirlys Virgüez*”).

En este orden de ideas, esta Sala ha reiterado que en materia de amparo constitucional el principio general es que la competencia para conocer de la demanda, corresponderá al tribunal de primera instancia con competencia en la materia afín con la naturaleza del derecho presuntamente violado, y que tenga además competencia territorial en el lugar donde se hubieran producido los hechos constitutivos de la supuesta lesión, en razón de la urgencia para el restablecimiento de la situación jurídica presuntamente infringida, de acuerdo con los principios de brevedad, gratuidad y no sujeción a las formalidades propias del procedimiento de amparo (*cfr.* sentencias de esta Sala Nros. 1515/2009, caso: “*Gilber Ramón Castañeda Torrealba*” y 522/2017, caso: “*Juan Fabrizio Tirry*”).

Conforme a la normativa previamente citada, y en atención a los razonamientos que anteceden, así como al criterio atributivo de competencia establecido en materia de amparo constitucional en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala declara que no tiene competencia para conocer y decidir en primera instancia la acción de amparo ejercida por el ciudadano Rodolfo David Vicent, por lo que no acepta la declinatoria efectuada, y declara competente en razón de la materia y del territorio, al Juzgado Superior Estadal Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, para que conozca y decida en primera instancia la acción de amparo constitucional interpuesta por el ciudadano Rodolfo David Vicent, ya identificado, contra las presuntas vías de hecho ejecutadas por la - para entonces - concejala Jealm Duno de Marciano y el ciudadano Armando José Tovar Carrera, ya identificados, que se materializaron, según señala el accionante, con los “*actos de fuerza, irracional y bochornosa, que [le] impiden la entrada recinto de la Alcaldía del Municipio Tubores para ejercer las funciones como alcalde [del Municipio Tubores del estado Nueva Esparta]*”. Así se declara.

B. *Admisibilidad: Legitimación Activa*

TSJ-SC (1243)

14-8-2023

PONENCIA CONJUNTA

Caso: Otoniel Pautt Andrade

Luego de analizar que la acción intentada no era una acción en protección de intereses colectivos o difusos, la sala Constitucional “recondujo” la acción interpuesta y la consideró como una acción de

amparo intentada contra un acto administrativo sancionador de efectos individuales, procediendo a declarar su competencia para conocer y a declarar la acción de amparo inadmisibles por falta de legitimación del accionante.

Precisados los términos en que se fundamentó la acción propuesta ante este órgano jurisdiccional, es menester significar que el ciudadano demandante identificó la pretensión aquí intentada como una “*demanda de derechos colectivos*”, por lo que debe resaltarse lo que ha sostenido la Sala sobre la calificación de las demandas por derechos e intereses colectivos o difusos, a partir de la sentencia número 656/2000, caso: “*Dilia Parra Guillén*”, en la cual señaló que: “...[c]on los derechos e intereses difusos o colectivos, no se trata de proteger clases sociales como tales, sino a un número de individuos que pueda considerarse que representan a toda o a un segmento cuantitativamente importante de la sociedad, que ante los embates contra su calidad de vida se sienten afectados, en sus derechos y garantías constitucionales destinados a mantener el bien común, y que en forma colectiva o grupal se van disminuyendo o desmejorando, por la acción u omisión de otras personas...”.

Asimismo, se reiteran los principales caracteres de los derechos cívicos conforme a la doctrina contenida en el fallo identificado con el N° 3.648 del 19 de diciembre de 2003, caso: “*Fernando Asenjo y otros*”, en el cual esta Sala señaló lo siguiente:

“(...) ‘1.- Cualquier miembro de la sociedad, con capacidad para obrar en juicio, puede -en principio- actuar en protección de los mismos, al precaver dichos derechos el bien común.

2.- Que actúan como elementos de control de la calidad de la vida comunal, por lo que no pueden confundirse con los derechos subjetivos individuales que buscan la satisfacción personal, ya que su razón de existencia es el beneficio común, y lo que se persigue con ellos es lograr que la calidad de vida sea óptima. Esto no quiere decir que en un momento determinado un derecho subjetivo personal no pueda, a su vez, coincidir con un derecho destinado al beneficio común.

3.- El contenido de estos derechos gira alrededor de prestaciones, exigibles bien al Estado o a los particulares, que deben favorecer a toda la sociedad, sin distinciones de edad, sexo, raza, religión o discriminación alguna.

(...) [1] Los principales caracteres de esta clase de derechos pueden resumirse de la siguiente manera:

DERECHOS O INTERESES DIFUSOS: se refieren a un bien que atañe a todo el mundo (pluralidad de sujetos), esto es, a personas que -en principio- no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, y que, sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión.

Los derechos o intereses difusos se fundan en hechos genéricos, contingentes, accidentales o mutantes que afectan a un número indeterminado de personas y que emanan de sujetos que deben una prestación genérica o indeterminada, en cuanto a los posibles beneficiarios de la actividad de la cual deriva tal asistencia, como ocurre en el caso de los derechos positivos como el derecho a la salud, a la educación o a la obtención de una vivienda digna, protegidos por la Constitución y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

DERECHOS O INTERESES COLECTIVOS: están referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, de modo que dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. Su lesión se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, como serían a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada, etcétera.

Los derechos colectivos deben distinguirse de los derechos de las personas colectivas, ya que estos últimos son análogos a los derechos individuales, pues no se refieren a una agrupación de individuos sino a la persona jurídica o moral a quien se atribuyen los derechos. Mientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos que tienen un interés colectivo obran por representación, aun en el caso de que ésta sea ejercida por un grupo de personas, pues el carácter colectivo de los derechos cuya tutela se invoca siempre excede al interés de aquél”.

Del mismo modo, en la sentencia *supra* invocada se dejó asentado que las acciones provenientes de derechos e intereses difusos y colectivos son siempre acciones de condena, o restablecedoras de situaciones, y nunca mero declarativas o constitutivas. La posibilidad de una indemnización a favor de las víctimas (en principio no individualizadas) como parte de la pretensión fundada en estos derechos e intereses, la contempla el numeral 2 del artículo 281 de la Constitución; pero ello no excluye que puedan existir demandas que no pretendan indemnización alguna, sino el cese de una actividad, la supresión de un producto o de una publicidad, la demolición de una construcción, etcétera.

Respecto a la existencia previa de un vínculo o nexo entre el demandante de amparo por intereses difusos y los señalados como agraviantes, ha precisado la Sala en la sentencia N° 1185 del 7 de agosto de 2012 (Caso: “*Darwin Daniel Méndez Urdaneta*”) lo siguiente:

“ ... Por otro lado, en segundo lugar, debe considerarse, el vínculo o nexo que une a las personas involucradas, pues en los intereses difusos no existe vínculo jurídico anterior a la afectación (lesión o amenaza) del bien tutelado, pues este surge con ella y en su condición de afectados; por el contrario, en los derechos colectivos debe, necesariamente, existir un vínculo jurídico (aunque indeterminado) previo, entre las personas afectadas que, incluso, puede no existir con el agravante, tal como sucede con los habitantes de un determinado sector que se vean afectados en algún derecho común, producto de esa vinculación (problemas de servicios públicos en una determinada zona). Debe tenerse bien claro que no puede existir entre los afectados y el sujeto agravante un vínculo jurídico (determinado) previo, como sería, por ejemplo, el surgido de una relación contractual, sea cual fuese su naturaleza.

Otro elemento importante que debe considerarse, aunque común entre ambos derechos, es su carácter indivisible o individualizable, el cual está directamente vinculado con la satisfacción o restitución de la situación lesionada, pues tienen que ver con el bien común o colectivo, no pueden individualizarse por cuanto no persiguen la satisfacción de una pretensión personal (derecho subjetivo individual), sino colectiva o del bien común (derecho subjetivo supraindividual), de allí que no pueda ser apropiada de forma exclusiva por ninguno de los afectados. Por ello, cuando se pretende la desafectación del derecho, dicha pretensión tendrá efectos para todos los afectados, aun cuando sólo uno o algunos hubiesen petitionado la tutela jurisdiccional, cosa distinta cuando se pretende una indemnización producto de la lesión a ese derecho colectivo o común, pues constituye una situación particular que debe ser probada por el sujeto que hubiese sufrido el daño, lo que no significa que se deba instaurar una nueva relación jurídica procesal, pues es suficiente la demostración de la identidad de la situación y del daño por parte del interesado, para la extensión, a su caso, de los efectos jurídicos del acto jurisdiccional....” (Resaltados de este fallo).

Siguiendo este hilo argumental, es de inferir que para el ejercicio de este tipo de acciones colectivas existen requisitos tantos objetivos -naturaleza de la demanda, esto es, que verse sobre la tutela de intereses *supra* individuales-, como territoriales -ámbito territorial o geográfico de la afectación que produce la situación que se denuncia como lesiva, en cuanto a que esta tenga repercusión nacional-, de especialidad -que una regulación especial no determine lo contrario-, y que no verse sobre cuestiones sometidas al contencioso de los servicios públicos o electoral; todo ello enmarcado dentro de la doctrina jurisprudencial establecida por esta Sala en cuanto a los parámetros de lo que se debe entenderse intereses colectivos e intereses difusos (véase en este sentido sentencia de esta Sala identificada con el N° 787 del 26 de junio de 2023).

En el contexto de las disertaciones precedentemente esbozadas, se aprecia que en el asunto *sub examine* el hoy accionante interpuso “*demanda de derechos colectivos*”, que se fundamentó neurálgicamente en la delación de inconstitucionalidad de un acto administrativo de efectos particulares contenido en el oficio identificado con la nomenclatura DGPE 23-08-00-008, de fecha 27-06-2023, emanado de la Contraloría General de República, en el que se informó que: “...a la ciudadana *MARÍA CORINA MACHADO PARISCA* (...) *le fue impuesta la sanción de inhabilitación para el ejercicio de cualquier cargo público, mediante Resolución N° 01-00-000398 de fecha 13 de julio de 2015, por el período máximo previsto en el numeral 2 del artículo 39 del Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra la Corrupción, en el marco de la auditoría patrimonial sustanciada por la Dirección de Declaraciones Juradas de Patrimonio de la Dirección General de Procedimientos Especiales de este Máximo Órgano de Control Fiscal.*”

Así, esta Sala pudo verificar de los alegatos esgrimidos por el aquí peticionario que sus argumentaciones se centran enfáticamente en las denuncias de presunta inmotivación del acto administrativo sancionatorio de efectos particulares que profirió el ente contralor, aunado a la supuesta conculcación de principios y preceptos contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Precisado lo anterior, entiende este órgano jurisdiccional que lo pretendido por el ciudadano demandante en una acción constitutiva de nulidad de actuaciones administrativas, cuyos efectos se particularizan en la individual inhabilitación de una determinada ciudadana para el ejercicio de cargos públicos, razón por la cual su demanda no reviste las características propias de una demanda para la protección intereses colectivos y difusos, por cuanto, en primer lugar, no existe una pluralidad de sujetos que vayan más allá de los intereses personales legítimos de quien interpuso esta demanda; y en segundo lugar; la persona presuntamente lesionada es perfectamente determinable e individualizable, a una determinada situación de hecho que según el propio actor afecta el derecho a la elección como candidato de una persona a un acto comicial, lo cual fue incluso determinado por esta Sala en un caso análogo al de autos, en sentencia identificada con el n° 695 del 9 de junio de 2023 y así se deja establecido.

Ante lo establecido, es pertinente acotar la posibilidad de reconducir una acción ejercida ante esta Sala Constitucional, con el fin de adecuar su trámite a la naturaleza de la pretensión deducida, se ha justificado en atención al ejercicio de la función de garantía constitucional más atenta a los hechos o situaciones que constituyan la denuncia, que a las categorías o conceptos utilizados por los denunciantes. Así, y tal como lo expresó la Sala de manera anticipada en su sentencia n° 8/2000 y ratificada en sentencia n° 1225/2000, “*como protector de la Constitución y de su aplicación en todos los ámbitos de la vida del país (...) existe el interés constitucional de que quienes pidan la intervención del poder judicial en el orden constitucional reciban efectivamente los beneficios constitucionales, sin desviaciones o minimizaciones causadas por carencias o errores en el objeto de las peticiones...*”.

En atención a la facultad *in commento*, y luego de efectuar un análisis detallado del escrito presentado por el accionante, esta Sala Constitucional advierte que el interés procesal que realmente subyace en el fondo de la pretensión incoada, no se corresponde propiamente a una demanda por la protección de intereses colectivos y difusos, siendo que lo que persigue en su pretensión es una acción de amparo autónoma con la que se aspira cuestionar constitucionalmente actuaciones desplegadas por la Contraloría General de la República, consistente en la emisión de un acto administrativo de carácter sancionatorio y de efectos particulares.

Ello así, esta Sala atendiendo a las disposiciones de los artículos 26 y 257 de la Constitución, referidas fundamentalmente al deber de impartir justicia transparente, mediante sentencias que no generen dudas sobre los motivos de las mismas y al principio *iura novit curia*, reconduce la pretensión aquí postulada a una acción autónoma de amparo constitucional con medida cautelar contra la Contraloría General de la República. En consecuencia, la presente

causa será dilucidada conforme a los preceptos normativos contenidos en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional que ha establecido el régimen de competencias en esta materia. Así se establece.

Ante lo *supra* decidido, pasa este órgano a pronunciarse sobre la competencia de esta Sala Constitucional para conocer de la demanda de autos y en tal sentido aprecia que el *thema decidendum* en este caso se centra en la determinación de supuestas violaciones a derechos constitucionales que se endilgan a la Contraloría General de la República, por la inhabilitación de una ciudadana para el ejercicio de cargos públicos.

Así, tomando como fundamento lo preceptuado en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala afirma su competencia para conocer y decidir este asunto. Así se declara.

Ante lo declarado, con el objeto de resolver el asunto que aquí ha sido sometido a cognición y que ha sido reconducido a una acción autónoma de amparo constitucional con medida cautelar contra la Contraloría General de la República, es pertinente hacer notar que la pretensión que fue postulada por el ciudadano demandante se cimentó en el insistente alegato de denuncias dirigidas a señalar presuntas deficiencias en el contenido del acto administrativo sancionatorio de efectos particulares identificado como lesivo de derechos y garantías constitucionales, por lo que puede inferirse que lo aspirado por el peticionario es un cuestionamiento constitucional de un acto administrativo cuyos efectos recaen sobre una persona jurídicamente individualizada que fue señalada y sancionada por el órgano contralor que determinó su responsabilidad administrativa en el ejercicio de un cargo público.

No pretende más que significarse que la actuación identificada como lesiva con el ejercicio de esta acción posee efectos jurídicos claramente determinados que atañen a la esfera subjetiva de la persona sancionada en el acto administrativo de efectos particulares, siendo este el sujeto que puede en todo caso cuestionar el contenido del acto, ya sea en su proceso de formación o en su resolución como tal, por lo que resulta preponderante hacer notar que el proceso no debe instaurarse indiferentemente entre cualesquiera sujetos, sino precisamente entre aquellos que se encuentran frente a la relación material o interés jurídico controvertido en la posición subjetiva de legítimos contradictores, por afirmarse titulares activos y pasivos de dicha relación. La regla general en esta materia puede formularse así: la persona que se afirma titular de un interés jurídico propio tiene legitimación para hacerlo valer en juicio (legitimación activa) y la persona contra quien se afirma la existencia de ese interés, en nombre propio, tiene a su vez legitimación para sostener el juicio (legitimación pasiva). Por tanto, para obrar o contradecir en juicio, es necesario que las partes afirmen ser titulares activos o pasivos de la relación material controvertida y pidan al juez una decisión de mérito sobre la misma.

En armonía a lo anterior, esta Sala, en sentencia N° 1807 del 28 de septiembre de 2001 caso: *Josefa Carrasquel*, señaló lo siguiente:

“En tal sentido, el amparo constitucional como medio de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, está limitado sólo a casos en los que sean violados a los peticionarios, en forma directa e inmediata, derechos subjetivos de rango constitucional, para cuyo restablecimiento no existan vías procesales ordinarias, eficaces e idóneas. En consecuencia, sólo procede cuando el accionante, es decir, el sujeto activo de la pretensión tenga aptitud para ser parte del proceso de acuerdo a la relación que exista entre éste y los hechos constitutivos de la lesión aducida. De acuerdo a lo anterior, la legitimación para ejercer la acción de amparo constitucional, sólo la tiene aquél que se vea lesionado o amenazado con la violación a sus derechos o garantías constitucionales” (Resaltado de este fallo).

Sobre este particular, resulta esclarecedor el concepto emitido por Devis Echandía, quien al respecto afirma:

“al estudiar este tema se trata de saber cuándo el demandante tiene derecho a que se resuelva *sobre las determinadas pretensiones contenidas en la demanda y cuándo el demandado es la persona frente a la cual debe pronunciarse esa decisión, y si demandante y demandado son las únicas personas que deben estar presentes en el juicio para que la discusión sobre la existencia del derecho material o relación jurídica material pueda ser resuelta, o si, por el contrario, existen otras que no figuran como demandantes ni demandados*” (vid. Devis Echandía, Hernando, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá).

Así, la legitimidad alude a quienes, por estar asidos a la relación jurídico material, tienen derecho a que se resuelva en juicio sobre sus pretensiones de mérito; respecto a quienes, en definitiva, recaerán los efectos de la cosa juzgada.

En definitiva, en el análisis de la falta de legitimidad de una de las partes, se plantea al juez la reflexión Carneluttiana de establecer no si quien solicita la tutela debe ser tutelado, sino si quien solicita tal tutela es quien debe solicitarla y frente a quien debe solicitarla (vid. Carnelutti, Francesco, *“Sistema de Derecho Procesal Civil”*, Tomo III, Editorial Hispano América, Buenos Aires).

Los razonamientos previamente expuestos hacen ver que la cualidad de las partes define su capacidad legítima para obrar en el proceso y siendo así, la misma debe analizarse preliminarmente en el fallo para determinar si el juicio es llevado por aquellos que deben participar de la relación jurídica procesal, ya que están en la posición de peticionar y responder en cuanto derecho, de allí que el análisis de esta condición de legitimidad de las partes se resuelve como un punto previo al fondo de la *litis*, ya que resultaría inoficioso dilucidar el mérito de un determinado asunto si el ámbito subjetivo que abarcaría la cosa juzgada no se encuentra legitimado (vid. en este sentido sentencia de esta Sala N° 435 del 5 de junio de 2017).

Sobre la base de las consideraciones acerca de la legitimación precedentemente esbozadas y al apreciarse que en el caso de autos el ciudadano que acudió a esta sede jurisdiccional invocó una serie de presuntas irregularidades que, en su criterio, afectaron de inconstitucionalidad un acto administrativo sancionador de efectos particulares, siendo que sus consecuencias recayeron en una persona distinta al hoy demandante, es por lo que se concluye que este carece de la legitimidad para hacer valer jurídicamente estos señalamientos acerca del contenido de la referida actuación administrativa por lo que su pretensión sobre este particular devendría en inadmisibles por falta de legitimidad, con base a lo preceptuado en el artículo 133.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, tal y como se establecerá de seguidas en la parte dispositiva de este fallo. Así se decide

VI. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Impuestos Municipales*

TSJ-SPA (835)

28-9-2023

Magistrada Bárbara Gabriela García Siero

Caso: Municipio Sucre del Estado Bolivariano de Miranda

Sala Político-Administrativa estableció que el impuesto municipal no aplica a los ingresos financieros de naturaleza civil

.....A la luz de las consideraciones precedentes, esta Superioridad aprecia que los numerales 13, 28 y 32 del artículo 156 del Texto Constitucional, lejos de constituir potestades

tributarias, comprenden sólo facultades reguladoras, y en particular el numeral 28 de esa disposición está referido a la administración del régimen del servicio de correo y telecomunicaciones, por lo que debe aplicarse los artículos 179 y 180 *eiusdem* en sujeción al espíritu, propósito y razón de esa norma, esto es, separando la potestad tributaria de la normativa.

Ese razonamiento ha permitido la creación de una doctrina por parte de este Supremo Tribunal tendente a reconocer a los entes locales la gravabilidad sobre determinadas actividades aunque su regulación sea competencia del Poder Público Nacional o de los Estados, aceptando, a título de ejemplo -en un caso similar al de autos- el gravamen de las actividades mercantiles de telecomunicaciones (*vid.*, fallo de la Sala Constitucional Nro. 1453 de fecha 3 de agosto de 2004, caso: *CANTV*), de bebidas alcohólicas (*vid.*, decisiones de la Sala Constitucional Nros. 2408 y 291, del 20 de diciembre de 2007 y 16 de marzo de 2011, casos: *Pernod Ricard Margarita, C.A.*, e *Interlicores El Rosal S.R.L.*, respectivamente), de la actividad secundaria de comercialización de derivados de hidrocarburos (*vid.*, sentencia de la Sala Constitucional Nro. 1383 del 9 de agosto de 2011, caso: *Petro Canarias de Venezuela, C.A.*), de la actividad minera (*vid.*, decisión de esta Alzada Nro. 00332 del 26 de marzo de 2015, caso: *Minera Loma de Níquel, C.A.*), o la intermediación financiera realizada por las instituciones bancarias (*vid.*, fallo de esta Sala Político-Administrativa Nro. 00778 del 11 de julio de 2017, caso: *Mercantil Banco C.A., Banco Universal*).

Sobre la base de las aludidas interpretaciones, esta Alzada observa el contenido del artículo 25 de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio, publicada en la “*Gaceta Municipal Nro. 224-9/95 Extraordinario, año MCMXCV, mes IX*” del Municipio Sucre del Estado Bolivariano de Miranda, aplicable *ratione temporis*, así como el artículo 111 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal de 1989, aplicable en razón de tiempo, que preceptúan lo siguiente:

(...)

Artículo 25 - De la Ordenanza sobre Patente de industria y Comercio.- A efectos de la aplicación del porcentaje a que se refiere el Artículo 24 se consideran Ingresos Brutos:

1) Para establecimientos industriales y comerciales y los de servicios no contemplados en los apartes 2, 3 y 4 del presente Artículo, las ventas brutas, ingresos brutos más los ingresos extras por cualquier otro concepto.

2) Para los establecimientos que realicen operaciones bancarias o actividades de financiamiento, el monto de los intereses, dividendos, descuentos, cambios y comisiones provenientes de la explotación de sus bienes o servicios y cualesquiera otros ingresos accesorios, incidentes o extraordinarios provenientes de actividades realizadas en jurisdicción de este municipio.

3) Para los establecimientos que operen en jurisdicción de este Municipio en ramos de seguros o sociedades de capitalización, el monto de las primas recaudadas durante el año, así como los ingresos obtenidos por descuentos, comisiones o intereses provenientes de situaciones financieras y el producto de la explotación de sus bienes y servicios.

4) Para las agencias de turismo y viajes, oficinas de negocios, comisión y representación, corredores y administradores de seguros, consignatarios y otras actividades similares que operen en este Municipio, por su cuenta o de terceros en base a comisiones o porcentajes, los ingresos del producto de la explotación de sus bienes y servicios

(...)

Artículo 111 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.- Son ingresos ordinarios del Municipio:

1. *Los impuestos y tasas municipales;*
2. *Las sanciones pecuniarias impuestas por las autoridades municipales Fisco Municipal de conformidad con la Ley*
3. *Los intereses producidos por cualquier clase de crédito fiscal municipal;*
4. *El producto de la administración de los bienes o servicios municipales;*
5. *Los proventos que satisfagan al Municipio, los Institutos Autónomos empresas, fundaciones, asociaciones civiles y otros organismos descentralizados del Municipio;*
6. *Los dividendos que le correspondan por su suscripción o aporte al capital de empresas de cualquier género;*
7. *El producto de los contratos que celebre y que no fueren de los mencionados en el ordinal 2° del Artículo 110;*
8. *Los frutos civiles obtenidos con ocasión de otros ingresos públicos municipales o de los bienes municipales, así como también los intereses devengados por las cantidades de dinero consignadas en calidad de depósito en cualquier Banco o Instituto de Crédito;*
9. *El Situado Municipal que le corresponde de acuerdo con la Ley; y,*
10. *Cualesquiera otros que determinen las leyes, decretos y ordenanzas (...)*”.

De las normas *supra* transcritas se desprende que el hecho imponible del tributo municipal está constituido por la realización de actividades lucrativas dentro del ámbito territorial de un municipio, en otras palabras, el hecho generador del tributo está constituido por el ejercicio habitual, en la jurisdicción del municipio, de cualquier actividad industrial y comercial con fines de lucro.

Ahora bien, en primer lugar, considera necesario esta Máxima Instancia reiterar lo expuesto en su fallo N° 00496 del 6 de agosto de 2019, caso: *Grupo Transbel, C.A.*, en cuanto a las características del impuesto sobre patente de industria y comercio (ahora impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar), del cual se extrae lo siguiente:

“(...) El impuesto sobre patente de industria y comercio (hoy impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar), es un tributo que grava el ejercicio habitual de las actividades industriales, comerciales o de servicios que realice una persona natural o jurídica, susceptibles de ser vinculadas con el territorio del Municipio por aplicación de los factores de conexión pertinentes, que en el caso de las actividades industriales y comerciales se reconducen a la existencia de un establecimiento permanente.

La base imponible que se tomará para la determinación y liquidación del referido impuesto está conformada por los ingresos brutos obtenidos por el ejercicio de las actividades industriales, comerciales o económicas de naturaleza similar que se desarrollen en el ámbito territorial del Municipio, o que por su índole se consideren ejercidas en dicha jurisdicción. A tales efectos, se entiende por ingresos brutos, todas las cantidades y proventos que de manera regular reciba el sujeto pasivo por el ejercicio de la actividad económica que explota en la jurisdicción del ente local.

En tal sentido, la doctrina en general caracteriza este tributo como un impuesto real, periódico y territorial, entendiéndose por real, la circunstancia que para su cuantificación se toma en cuenta sólo la actividad que los sujetos pasivos ejercen habitualmente, sin atender a las condiciones subjetivas de los contribuyentes para la fijación de la base imponible ni de la alícuota.

Asimismo, es un tributo periódico por existir una alícuota constante relacionada con la actividad cumplida durante el tiempo señalado en la ordenanza respectiva, proyectada sobre el monto de ingresos de un período determinado, por lo que se le considera un impuesto anual, sin que ello obste que las ordenanzas de los diferentes municipios prevean períodos de pagos menores a ese lapso.

Finalmente, es un impuesto territorial en virtud de recaer, exclusivamente, sobre aquellas actividades ejercidas dentro del ámbito físico de la jurisdicción local que lo impone. De tal manera, para que un contribuyente sea sujeto pasivo del aludido tributo, debe existir una conexión entre el territorio del municipio exactor y los elementos objetivos condicionantes del impuesto, esto es, el lugar de la fuente productora y la capacidad contributiva sobre la que recaerá el tributo. (Vid., sentencia No. 00473 de fecha 23 de abril de 2008, caso: Comercializadora Snacks, S.R.L. ratificada por los fallos Nros. 00987 y 01188 del 20 de octubre de 2010 y 28 de septiembre de 2011, casos: Inversiones las Palas, C.A. -HOTEL PALAS- y Grupo Nanco, C.A., respectivamente) (...)”.

Considerando las normas antes transcritas, así como los criterios jurisprudenciales, se observa la existencia de potestades tributarias conferidas al Poder Nacional y a los Municipios, así como la regulación y alcance de la autonomía de los entes locales y las limitaciones y reservas a las cuales deben condicionar el establecimiento y la exigibilidad de los ingresos asignados en el artículo 179 *eiusdem*, entre los cuales está el gravamen al ejercicio de actividades económicas. (Vid., Sentencias dictadas por esta Sala Nros. 1502 y 1579, de fechas 11 de noviembre de 1999 y 19 de septiembre de 2007).

Ahora bien, a los efectos de verificar la adecuación competencial de un determinado tributo a lo establecido en la Constitución, resulta pertinente analizar su base imponible acudiendo al estudio del hecho generador; ello, con el fin de mantener la armonía y relación que debe existir entre dichos elementos integrantes de la obligación tributaria y respetar su no disociación, así como la naturaleza del tributo. En efecto, la base imponible representa la manifestación de capacidad económica (suma dineraria) sobre la cual se aplicará la alícuota impositiva y en definitiva se obtendrá la cuota tributaria.

Así las cosas, se precisa mencionar que el impuesto sobre patente de industria y comercio (hoy impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicio y de índole similar), es un tributo que grava las actividades industriales, comerciales o de servicios que realice una persona natural o jurídica, susceptibles de ser vinculadas con el territorio del Municipio por aplicación de los factores de conexión pertinentes, que en el caso de las actividades industriales y comerciales se reconducen a la existencia de un establecimiento permanente.

Respecto a la base imponible que se tomará para la determinación y liquidación del impuesto sobre patente de industria y comercio, prevén las Ordenanzas de Impuesto sobre Patente de Industria y Comercio de 1992 y 1995, aplicable *ratione temporis*, del Municipio Sucre del Estado Miranda, que serán los ingresos brutos originados en el ejercicio de las actividades industriales, comerciales o económicas de naturaleza similar que se desarrollen en el ámbito territorial del Municipio, o que por su índole se consideren ejercidas en dicha jurisdicción. A los efectos de la Ordenanza se entiende por ingresos brutos, todas las cantidades y proventos que de manera regular, accidental o extraordinaria reciba el sujeto pasivo que ejerza la actividad económica respectiva. Sin embargo, se exceptúan aquellos montos que tengan obligación de restituirse en dinero o en especie, a las personas de quienes se haya recibido o a un tercero, y que no sean consecuencia de un préstamo o de otro contrato semejante, ni provengan de actos de naturaleza civil.

Atendiendo a las consideraciones antes expuestas, se observa que la Administración Tributaria del Municipio Sucre del Estado Miranda, pretende mediante la resolución recurrida incluir dentro de la base imponible del impuesto sobre patente de industria y comercio (hoy impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicio y de índole similar), los ingresos correspondientes a las actividades que como inversionista por concepto de ingresos por arrendamiento, ingresos de carácter financiero, por venta de acciones y por dividendos, ha realizado en la Jurisdicción del Municipio de Sucre del Estado Bolivariano de Miranda, conforme a la Ordenanza de Impuesto sobre Patente de Industria y Comercio vigente.

En tal sentido, se debe advertir que si bien es cierto que la potestad tributaria de los entes político-territoriales no debe ser sometida a condicionamientos de una naturaleza tal que terminen por hacerla nugatoria, no es menos cierto que el ejercicio de la autonomía local está sometido a determinadas limitaciones que el legislador ha trazado con el objeto de evitar que se materialicen situaciones indeseables. Así, resulta necesario reiterar que el hecho generador del impuesto sobre patente de industria y comercio (hoy impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicio y de índole similar) es el ejercicio de una actividad comercial, industrial o de índole similar, y su base imponible está constituida por el ingreso bruto obtenido del desarrollo de las referidas actividades.

Sin embargo, no todo provento obtenido por los contribuyentes en el ejercicio de tales actividades en el municipio de que se trate debe formar parte de su base de cálculo, pues existen otros ingresos que son generados por formas distintas a las que producen el nacimiento del hecho imponible del impuesto municipal en referencia, pues solo entrarán a formar parte de dicha base, aquellos ingresos efectivamente percibidos por el contribuyente en el curso del ejercicio de su actividad habitual.

En razón de lo anterior, esta Sala considera que pretender incluir en la base imponible del impuesto sobre patente de industria y comercio (hoy impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicio y de índole similar), los montos por concepto de ingresos por arrendamiento, ingresos de carácter financiero, por venta de acciones y por dividendos, realizado por la contribuyente, dada su naturaleza de impuesto indirecto, excedería el límite de competencia concedido en la Carta Magna, ya que la contribuyente en el presente asunto sólo actúa como agente receptor del tributo nacional, en virtud de lo cual el monto del referido tributo no puede constituir un “*ingreso bruto*” para la empresa contribuyente a los fines del impuesto sobre patente de industria y comercio; aunado a que representaría una disociación de los elementos integradores de la referida exacción municipal, esto es, el hecho generador y la base de cálculo, lo que a su vez ocasionaría una distorsión en la aplicación del tributo, generando un ejercicio ilimitado de la potestad tributaria de los Municipios.

De conformidad con lo expuesto, se constata que el Municipio Sucre del Estado Miranda, al pretender incluir en la base de cálculo del impuesto sobre patente de industria y comercio (hoy impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicio y de índole similar), los mencionados ingresos percibido por la contribuyente, excedió los límites que le fueron impuestos por la Carta Magna, usurpando funciones y atribuyéndose competencias que no le son propias, por corresponder exclusivamente al Poder Nacional; en primer lugar, por no corresponder a la noción de ingreso bruto del impuesto sobre patente de industria y comercio; en segundo lugar, por constituir tal actuación una violación a la limitación explícita prevista en el artículo 183 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, en tercer término, por corresponder dicha materia imponible a la competencia exclusiva del Poder Nacional, como se desprende de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (*Vid.*, Sentencias dictadas por esta Sala Nros. 1502 y 1579, de fechas 11 de noviembre de 1999 y 19 de septiembre de 2007).

En razón de lo precedentemente expuesto, esta Alzada considera que el *a quo* no incurrió en el vicio de errónea interpretación al sostener que el hecho imponible del tributo en cuestión “(...) *que constituyen ingresos de naturaleza civil, que no podrían ser gravadas por la Potestad Tributaria Municipal, ya que son competencia exclusiva de la Potestad Tributaria del Poder Nacional (...)*”, invocada e interpuesta por la representante del Municipio, por lo que se desestima tal alegato. Así se declara.

Comentarios Jurisprudenciales

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA MINIMIZA LA TORTURA Y LA CONVIERTE EN UN ASUNTO MERAMENTE ADMINISTRATIVO

Alfí José Daniels Pinto* y Laura Louza**

Abogados

Resumen: *El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) emitió una sentencia que genera preocupación al tratar casos de tortura y tratos crueles como asuntos administrativos en lugar de delitos, contradiciendo normativas nacionales e internacionales, vigentes en Venezuela. La Sala Constitucional del TSJ se declaró incompetente para conocer una solicitud de amparo por violación de derechos humanos, remitiendo el caso a un tribunal administrativo en lugar de enviarlo al Ministerio Público, lo cual va en contra de la gravedad de los hechos denunciados. La demora de casi seis años en pronunciarse y la falta de acción inmediata ante situaciones urgentes también son motivo de preocupación. La decisión refuerza la percepción de falta de tutela judicial efectiva y alimenta la impunidad en casos de violaciones graves a los derechos humanos en Venezuela.*

Palabras Clave: *Sala Constitucional; Tribunal Supremo de Justicia (TSJ); tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes; amparo constitucional; derechos humanos.*

Abstract: *The Supreme Court of Justice (SCJ) issued a verdict that raises concerns by treating cases of torture and cruel treatment as administrative matters rather than crimes, contradicting national and international regulations in force in Venezuela. The Constitutional Chamber of the SCJ declared itself incompetent to handle a petition for protection regarding human rights violations, referring the case to an administrative court instead of directing it to the Public Prosecutor's Office, which goes against the gravity of the reported incidents. The nearly six-year delay in rendering a decision and the lack of immediate action in urgent situations are also causes for concern. The verdict reinforces the perception of a lack of effective judicial protection and contributes to impunity in cases of serious human rights violations in Venezuela.*

Key words: *Constitutional Chamber; Supreme Court of Justice (SCJ); torture and cruel treatment; protection regarding human rights violations.*

El primer paso para resolver cualquier problema es identificarlo. En el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) parece que nadie ha escuchado este principio básico de gerencia y gestión, clave también en el ámbito judicial.

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela) y especialista en Derecho Administrativo de la misma universidad. Estudios de doctorado en Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Autor de numerosos artículos publicados en revistas reconocidas. Codirector de la ONG venezolana Acceso a la Justicia.

** Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello; Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pantheon-Assas (París II); Magister en Derecho, Economía y Políticas Públicas del Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid; Fundadora y directora ejecutiva de la ONG venezolana Acceso a la Justicia.

Al menos esa es la impresión que da la decisión que considera que los casos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes cometidos por funcionarios públicos responsables de la custodia de los privados de libertad no deben ser tratados como delitos cuando la normativa nacional e internacional sobre la materia así lo establece.

El cuestionado giro lo dio la Sala Constitucional en su sentencia n° 966 del 27 de julio¹, en la cual declaró casi 6 años después que «no tiene competencia» para conocer una acción de amparo que en septiembre de 2017 interpuso un abogado a favor de su cliente, quien permanecía detenido en las dependencias de la Oficina Internacional de Policía Criminal (Interpol) en Caracas, a la espera de ser extraditado a Estados Unidos para enfrentar un proceso por tráfico de drogas. El accionante denunció que su cliente fue víctima de malos tratos por parte de un comisario y solicitó que se tomaran medidas urgentes para impedir que los mismos continuaran.

«Se evidencia que el ámbito en el cual se generaron las lesiones fue el administrativo, por cuanto la presunta violación de derechos constitucionales por parte del comisario Gerardo Contreras, responsable de la Organización Internacional de Policía Criminal, sede Parque Carabobo, delatada por el actor, claramente se enmarca dentro de los conflictos objeto de control por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa».

Este es el escueto razonamiento que figura en el fallo redactado por la presidenta de la instancia, magistrada Gladys Gutiérrez.

Para justificar su decisión, la Sala apeló a los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA), los cuales estipulan que están sujetos a su control

«los órganos que componen la Administración Pública; los órganos que ejercen el Poder Público, en sus diferentes manifestaciones, en cualquier ámbito territorial o institucional (y cualquier sujeto distinto a los mencionados anteriormente, que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa».

Y también lo está

«la actividad administrativa desplegada por los entes u órganos enumerados en el artículo anterior, lo cual incluye actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados».

Es decir, la Sala Constitucional se enfocó solo en el órgano al que pertenece el presunto agravante, al tratarse de un funcionario de la administración pública nacional que incurrió en alguna de las situaciones descritas en el artículo 8 de la LOJCA, y no en la naturaleza del acto o la materia. Así, decidió remitir el asunto al Juzgado Nacional Contencioso Administrativo y no a un tribunal penal, que sería el juez natural en este caso.

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOASDGC) los tribunales competentes son aquellos «en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados», por lo que, habiéndose denunciado tortura y tratos crueles, los tribunales afines para conocer sobre los derechos violados por este tipo de delitos son los penales.

De esta manera, la misma ley especial que rige el procedimiento de la acción que se intentó indica que debe tomarse la materia para establecer la competencia del tribunal y en ningún momento señala que deba partirse de quién fue el autor de la violación de derechos.

¹ <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2023/09/SC-nro.-0966-27-07-2023.pdf>

Además, de conformidad con la Ley Especial para Prevenir y Sancionar la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (2013), que es la norma aplicable por su especialidad sobre la materia, debía remitirse el caso al Ministerio Público y este abrir una averiguación.

Estas prácticas son consideradas como crímenes gravísimos, y Venezuela es parte de instrumentos internacionales que así lo establecen. En este sentido, el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) determina que bajo ciertas circunstancias esos hechos pueden ser considerados como crímenes de lesa humanidad, y la propia Constitución en su artículo 29 indica que son delitos.

¿GIMNASIA O MAGNESIA?

A pesar de lo anterior, la Sala Constitucional se declaró incompetente frente a la solicitud de amparo recibida por la violación de los derechos humanos a la vida, la libertad personal y la libertad de culto, ya que el funcionario que incurrió en dichas violaciones no es de alto nivel, conforme a lo establecido en el artículo 8 de la LOASDGC y, además, a los artículos 7 y 8 de la LOJCA, según ya se explicó.

Tan grave como lo anterior es que la Sala se pronunció casi 6 años tarde frente a una solicitud urgente de amparo en la que la abogada María Mercedes Barroeta Cordero denunció que a su cliente, Daniel Baroody, los uniformados que lo tenían aprehendido lo mantenían «privado totalmente de comunicación con familiares y/o personas de su confianza», que no le suministraban íntegramente la comida que sus parientes le enviaban a diario, que no le dejaban evacuar u orinar y que, además, le negaban el acceso a productos de aseo personal o medicamentos básicos. Asimismo, expuso que su defendido temía ser objeto de una desaparición forzada. Ante tan grave situación, la abogada solicitaba a la Sala la custodia inmediata de su defendido o el traslado urgente a otro centro de reclusión.

La Sala, en vez de resolver el caso de una vez, como lo ha hecho en muchos otros, usando por ejemplo la figura del avocamiento, se declaró incompetente, sin seguir lo prescrito en el artículo 257 constitucional según el cual la justicia no se puede sacrificar para cumplir formalidades no esenciales, como puede considerarse la competencia del tribunal frente a la resolución de un asunto de vida o muerte.

El avocamiento ha sido una figura que la propia Sala ha utilizado en varias ocasiones cuando ha habido un interés del partido de Gobierno, (ver por ejemplo sentencias n.º 129 del 3 de junio de 2022² o n.º 891 del 2 de noviembre de 2022)³, que está previsto en el artículo 107 de la Ley Orgánica del TSJ, que determina: «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».

² <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2022/06/SC-nro.-0129-03-06-2022.pdf>

³ <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2022/12/SC-nro.-0891-02-11-2022.pdf>

En este sentido, en un caso de violaciones de derechos humanos de tal gravedad como el presente, la Sala pudo haberse avocado de oficio y así conocer del mismo, sin remitir a otro tribunal, como lo hizo por la insuficiente jerarquía del funcionario agravante. Bajo esa circunstancia, la Sala pudo haber dictado una medida cautelar para satisfacer lo solicitado por la abogada del agraviado o simplemente declarar con lugar su amparo y hacer lo pertinente.

En la actualidad no se conoce si la persona que ejerció el amparo sigue detenida o no, incluso si sigue o no en el país, pero esta sentencia muestra la tendencia del TSJ de no brindar tutela judicial efectiva al eludir resolver el fondo de lo planteado, haciendo hincapié en formalidades no esenciales.

OTRO MOTIVO DE ALARMA

El fallo del TSJ es preocupante y refuerza los argumentos para que la CPI investigue los crímenes de lesa humanidad ocurridos en el país y no los tribunales nacionales, como ha sostenido ante esa instancia el Gobierno venezolano, pues la práctica de la tortura y otros tratos crueles es rutinaria en Venezuela, y el que no se los investigue o enjuicie adecuadamente, como ocurre en este caso, refleja la falta de posibilidad de que el sistema de justicia haga responsables a los autores de estos crímenes.

Lamentablemente en el país es frecuente que los ciudadanos sean amenazados, hostigados e incluso golpeados por aquellos llamados a protegerlos. Así lo confirmó recientemente la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la CPI (OPCV, por sus siglas en inglés) en el escrito en el que se opuso a la solicitud del Gobierno venezolano⁴ para que se impida al fiscal Karim Khan a proseguir sus investigaciones.

El organismo contabilizó «159 casos de tortura, principalmente en centros de detención, en los que las víctimas denunciaron en vano los delitos sufridos ante las autoridades judiciales»⁵.

Por su parte, la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos (MDH) sobre Venezuela también ha corroborado esta gravísima vulneración de las garantías fundamentales con una espeluznante frecuencia responsabilizando de ello al Gobierno y a los funcionarios judiciales por no hacer nada al respecto⁶.

Por último, organizaciones nacionales como el Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea) han registrado 91 casos de malos tratos en 2022⁷. Aunque la cifra es 62% menor a la reportada en 2021 (241), supone ocurre un caso cada cuatro días.

Y A TI VENEZOLANO, ¿CÓMO TE AFECTA?

La sentencia de la Sala Constitucional es alarmante, por cuanto parece rebajar la gravedad de la tortura y otros tratos crueles al pretender convertirlos en asuntos de naturaleza administrativa, cuando, según la legislación nacional e internacional, se trata de hechos catalogados como delitos, además de gravísimas violaciones a los derechos humanos, que incluso pueden ser crímenes de lesa humanidad cuando se verifican al amparo de una política de Estado.

⁴ <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd1805a43fd.pdf>

⁵ <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd1805a43fd.pdf>

⁶ https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session54/advance-versions/A_HRC_54_CRP8_CleanVersion.pdf

⁷ <https://provea.org/wp-content/uploads/2021/05/14-IntegridadPersonal-2022-2.pdf>

La Sala parece buscar arrebatarles a los jueces penales el conocimiento de este tipo de hechos en materia de amparo constitucional y rebajar la gravedad de estos, lo que favorece la impunidad de sus responsables.

Además, con este pronunciamiento el máximo juzgado corrobora su tendencia de dictar sentencias de manera tardía frente a asuntos que requieren una tutela judicial efectiva e inmediata cuando está involucrado algún funcionario del Estado o se trata de un tema relacionado con el partido de Gobierno. La Sala también ratifica su tendencia de no pronunciarse sobre el fondo de los asuntos que se le plantean en casos de esta naturaleza.

Finalmente, la decisión subvierte los principios más básicos y elementales del derecho relacionados con la competencia que los distintos jueces tienen y los asuntos que en realidad deben conocer con base a la materia de su especialidad.

LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS PRIMARIAS EN VENEZUELA Y LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS: EL CASO DE LAS INHABILITACIONES A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR

José Ignacio Hernández*

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: *A través de decisiones abusivas, el Poder Judicial y el Ministerio Público interfirieron en las primarias organizadas por la oposición democrática y la sociedad civil para elegir al candidato presidencial para las elecciones de 2024. Esas decisiones podrían estudiarse como ejemplos de la judicialización de la política, es decir, el uso de procedimientos judiciales y penales para obstaculizar el pluralismo.*

Palabras Clave: *Primarias presidenciales, judicialización de la política, constitucionalismo abusivo, inhabilitaciones políticas.*

Abstract: *Through abusive decisions, the Judiciary and the Public Prosecutor's Office interfered in the primaries organized by the democratic opposition and civil society to choose the presidential candidate for the 2024 election. Those decisions could be studied as examples of the judicialization of politics, that is the use of judicial and criminal proceedings to hinder pluralism.*

Key words: *Presidential Primaries, Judicialization of Politics, Abusive Constitutionalism, Political Disqualifications.*

El 22 de octubre de 2023 la Plataforma Unitaria -que aglutina a diversas fuerzas de la oposición venezolana- organizó las primarias para la escogencia del candidato de las elecciones presidenciales que deben realizarse en 2024. María Corina Machado resultó ganadora, con una amplia mayoría.¹

No obstante, el 30 de octubre de 2023, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia admitió el recurso contencioso electoral interpuesto en contra de las primarias, y acordó medida cautelar de amparo, acordando su suspensión. Para ello, la Sala Electoral consideró que las primarias son una elección que debió haber sido realizada por el Poder Electoral. Además, observó que Machado está inhabilitada administrativamente por 15 años, cuestionando con ello su capacidad para participar como candidata presidencial.

* Profesor de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Profesor invitado Universidad Católica-La Manca. Investigador del Grupo de Derecho Global, Universidad La Coruña. Asociado senior, Center for Strategic & International Studies.

¹ “María Corina Machado arrasa en las primarias de la oposición en Venezuela”, *El País*, 22 de octubre de 2023: <https://elpais.com/america/2023-10-23/maria-corina-machado-arrasa-en-las-primarias-de-la-oposicion-en-venezuela.html>

Desde el punto de vista del Derecho Interamericano y Constitucional, esta sentencia plantea dos problemas. El *primero* de ellos es el límite de la justicia electoral para intervenir en los procesos organizados desde la sociedad civil para la selección de candidatos. El *segundo*, es la posibilidad de que, por vía administrativa, se impida el ejercicio de derechos políticos, lo que es además un tema de actualidad en el Derecho Constitucional de Colombia. Aun cuando en este comentario daremos más atención al segundo punto, conviene formular algunas consideraciones sobre el primer problema. El propósito final es exponer el caso de Venezuela como uno de los riesgos del constitucionalismo abusivo y de la judicialización de la política².

I

La Constitución de 1999 creó a una rama del Poder Público para la organización de elecciones, llamada Poder Electoral. El artículo 293.6 de la Constitución extendió las competencias de ese Poder a las elecciones en organizaciones no-estatales. En concreto, al Consejo Nacional Electoral -máxima instancia de ese Poder- le corresponde “organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley”. Como consecuencia, la Sala Electoral conoce de cualquier demanda relacionada con esas elecciones (artículo 297).³

Esta competencia solo aplica a elecciones en las organizaciones no-estatales mencionadas en esa norma, incluyendo las elecciones de las organizaciones con fines políticos, esto es, los procesos por medio de los cuales los miembros de esas organizaciones eligen a las autoridades.⁴

Pero las primarias, ni fueron organizadas por organizaciones con fines políticos, ni se orientaron a escoger a quienes ocupan cargos en esas organizaciones. En realidad, la Plataforma Unitaria, aun cuando comprende a partidos políticos, también agrupa a otras organizaciones. Además, las primarias fueron una consulta para determinar quién será el candidato presidencial unitario, lo que no se corresponde con un cargo dentro de una organización política.

Siguiendo a Flavia Freidenberg, puede observarse que las primarias fueron un proceso abierto de selección, pues podía inscribirse como candidato cualquier persona y podían participar todos los electores inscritos en el registro.⁵ Como tal, las primarias no generaron ningún efecto jurídico, en tanto quien fue favorecido en la consulta no se ha inscrito, todavía, como candidato. Ese efecto se materializará cuando las organizaciones políticas que integran a la Plataforma -más cualquier otra que quiera adherirse- postulen como candidata presidencial a María Corina Machado, de acuerdo con el cronograma que deberá dictarse para la elección de 2024.

² PÉREZ PERDOMO, Rogelio, “Judicialización y transformación del régimen: La Corte Suprema venezolana”, en *La judicialización de la política en América Latina. México*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2011, pp. 234 y ss.

³ UROSA MAGGI, Daniela, “La Jurisdicción Contencioso-Electoral”, en *Derecho contencioso-administrativo: Libro homenaje al profesor Luis Henrique Farias Mata Caracas*, Caracas, 2006, pp. 351 y ss. Idioma: español

⁴ Véase, entre otras, la sentencia de la Sala Electoral n° 38, del 28 de abril de 2000, caso *Arsenio Henríquez y otros contra Movimiento al Socialismo (MAS)*.

⁵ *Selección de candidatos y democracia interna en los partidos de América Latina*, Biblioteca de Reformas Políticas n° 1, Internacional IDEA, Lima, p. 16

La Sala Electoral, al estimar que las primarias son una elección sometida al Poder Electoral, violó el derecho de participación política reconocido en el artículo 23 de la Convención Americana.⁶

En efecto, la Sala Electoral pretende prohibir a la sociedad civil organizarse libremente para seleccionar al candidato unitario, todo lo cual afecta los fundamentos de la sociedad democrática.⁷ Se trata, por ello, de un claro caso de judicialización de los derechos políticos, como muestra del autoritarismo que ha promovido la Sala Electoral.⁸

Este abuso debe interpretarse en conjunto con la citación practicada por la Fiscalía General de la República a los miembros de la Comisión Nacional de Primarias -quien tuvo a su cargo la organización del proceso- para comparecer a una citación en calidad de “investigados”, de nuevo, bajo el argumento según el cual solo el Poder Electoral puede organizar elecciones de organizaciones políticas.⁹ A esta criminalización también favorece la medida cautelar de amparo constitucional dictada por la Sala Electoral, pues el incumplimiento de esa medida puede ser considerada como un delito -el desacato- tal y como la Sala Electoral ha realizado de manera abusiva.¹⁰

Como se observa, bajo el falso argumento según el cual las primarias eran un proceso sometido al control del Poder Electoral, la Sala Electoral -así como la Fiscalía- han impuesto restricciones ilegítimas a los derechos políticos, incluso, con amenazas de persecución política a través de procesos penales.

II

Pero además, la Sala Electoral también consideró la inhabilitación administrativa que, supuestamente, impediría a María Corina Machado postularse como candidato. Esta es otra violación -que es ya sistemática- a los derechos políticos reconocidos en la Convención.¹¹

Así, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal atribuye a la Contraloría la potestad sancionadora basada en los supuestos de responsabilidad administrativa previstos en la Ley.

⁶ También se viola el artículo 62 de la Constitución, que reconoce la libre participación en asuntos públicos.

⁷ Sentencia de 23 de junio de 2005, caso *Yatama Vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C N° 1271, párrafo 191.

⁸ UROSA MAGGI, Daniela, “Justicia electoral y autoritarismo judicial en Venezuela”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano No 14*, Caracas, 2018, pp. 317 y ss.

⁹ “La investigación penal de la Fiscalía contra los organizadores de las primarias opositoras es más política que judicial”, *Acceso a la Justicia*, 1 de noviembre de 2023, tomado de: <https://accesoalajusticia.org/investigacion-penal-fiscalia-contra-organizadores-primarias-opositoras-es-mas-politica-que-judicial/>

¹⁰ En Venezuela, el incumplimiento de mandamientos de amparo -incluso cautelares- es tipificado como delito. Por ello, esta figura fue empleada abusivamente por la Sala Electoral y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para desconocer las elecciones de la Asamblea Nacional en 2015. Véase: Brewer-Carías, Allan, *Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2016. Véase allí nuestro estudio “El asedio a la Asamblea Nacional”, pp. 51 y ss.

¹¹ BREWER-CARÍAS, Allan R., “La incompetencia de la administración controladora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos”, en *El control y la responsabilidad en el Administración Pública. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita*, Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Adiestramiento Jurídico, 2012, pp. 326 y ss.

Una vez declarada esa responsabilidad, previo procedimiento administrativo, el Despacho de la Contraloría podrá acordar, como medida accesoria, la inhabilitación administrativa.¹²

Como su nombre lo indica, esta inhabilitación impide, temporalmente, el derecho a ocupar cargos administrativos en la función pública. Pero la inhabilitación no puede impedir el derecho a postularse a cargos elección popular, pues de acuerdo con la Constitución, ello solo puede ser consecuencia de una sentencia dictada por los tribunales penales.¹³

No obstante, como consecuencia de las reiteradas malas prácticas que han socavado las condiciones de integridad electoral en Venezuela, se ha considerado que las inhabilitaciones administrativas sí impiden el ejercicio de cargos de elección popular.¹⁴ Como es sabido, la Corte Interamericana, en el caso Leopoldo López, consideró que la inhabilitación para el ejercicio de cargos de elección popular impuesta por órganos administrativos es violatoria de la Convención.¹⁵ Esta misma conclusión fue sostenida en el caso Gustavo Petro.¹⁶

En Colombia, esta materia ha sido objeto de reciente interés¹⁷, a partir de las decisiones dictadas por la Corte Constitucional¹⁸ y el Consejo de Estado¹⁹, a propósito de la potestad

¹² De acuerdo con el artículo 105 de la Ley, una vez declarada la responsabilidad administrativa e impuesta a sanción, de manera accesoria, el Contralor puede “*acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes*”. La competencia es exclusiva del Contralor, o sea, la máxima autoridad.

¹³ Así lo dispone el artículo 42 de la Constitución, según el cual el ejercicio de los de los derechos políticos “*sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley*”. Véase lo que planteamos en HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “La inconstitucionalidad de la competencia del Contralor General de la República para acordar la inhabilitación en el ejercicio de funciones públicas”, en *Revista de Derecho Público* n° 114, Caracas, 2008, pp. 55 y ss.

¹⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R., “La inconstitucional inhabilitación políticas y revocación de su mandato popular, impuestos al gobernador del estado Miranda Henrique Capriles Radonski, por un funcionario incompetente e irresponsable, actuando además con toda arbitrariedad”, en *Revista de Derecho Público*, n° 149-150, Caracas, 2017, pp. 326 y ss., y Sira, Gabriel, “La integridad electoral en Venezuela”, en *Libro Homenaje al Dr. Pedro Nikken, Tomo II*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 807 y ss.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 1 de septiembre de 2011, caso *López Mendoza vs. Venezuela* (Fondo, Reparaciones y Costas). En el párrafo 107, se concluyó que “*en el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”*. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana”.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 8 de julio de 2020, caso *Petro Urrego vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 95.

¹⁷ Véase el estudio del profesor del Departamento Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Juan Camilo Armado Garzón, “La inseguridad jurídica derivada del control jurisdiccional de las sanciones disciplinarias que restringen derechos políticos de servidores públicos de elección popular”, 2023. Consultado en original.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-030, de 16 de febrero de 2023.

disciplinaria que la Procuraduría General de la Nación puede ejercer en relación con funcionarios de elección popular. En resumen, la Corte Constitucional interpretó que la sanción de destitución era compatible con la Convención, en la medida en que su imposición definitiva sea acordada por un juez de cualquier especialidad²⁰. De allí que la potestad disciplinaria de la Procuraduría sería compatible con la Convención y la Constitución, en la medida en que decisión definitiva dependa de la jurisdicción contencioso-administrativa.²¹

Por su parte, el Consejo de Estado rechazó la interpretación de la Corte y concluyó que solo el juez penal, en sentencia firme, puede afectar el ejercicio de derechos políticos, en concreto, acordando como sanción la destitución o inhabilitación, a partir de una interpretación acorde con el *corpus iuris interamericano*²². Así, el Consejo de Estado afirmó que la limitación a los derechos políticos mediante actos administrativos adoptados por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría incumple “con los requisitos para que proceda la restricción de los derechos reconocidos en el artículo 23.1 de la CADH, específicamente, la causal correspondiente a condena, por juez competente, en proceso penal”²³.

La interpretación del *corpus iuris*, con base en el principio *pro persona* debe ir en el sentido indicado por el Consejo Estado. La Convención es muy específica no solo en cuanto a la reserva judicial, sino en relación con la reserva específica a favor de la jurisdicción penal, como condición para limitar derechos políticos, en concreto, el derecho a acceder y ejercer cargos de elección popular. La Constitución de Venezuela, como vimos, refuerza esta interpretación.²⁴

Así, y, en resumen, la inhabilitación para el ejercicio de cargos de elección popular solo puede ser acordada por el juez penal, en sentencia definitiva, en aquellos procesos en los cuales, como pena accesoria, se imponga la inhabilitación política.²⁵

Precisamente, esa es la diferencia entre la *inhabilitación administrativa* y la *inhabilitación política*. La primera puede ser impuesta por la Contraloría, y solo afecta el acceso a cargos administrativos. La segunda solo puede ser dictada por el juez penal, y afecta el ejercicio del derecho de cargos de elección popular.

De esa manera, la sentencia de la Sala Electoral, al cuestionar las primarias sobre la base de la inhabilitación administrativa de María Corina Machado, corrobora la violación a la Convención y a la Constitución, al impedir el ejercicio de derechos políticos. Pero, además, esta supuesta inhabilitación es, en sí misma, arbitraria, como veremos de seguidas.

¹⁹ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, del 29 de junio de 2023.

²⁰ Párrafo 294. Según la Corte, se exige solo una reserva judicial -y no una reserva estricta a la justicia penal (párrafo 307).

²¹ Párrafos 309 y 333.

²² Párrafos 18 y 51.

²³ Párrafo 53.

²⁴ Artículo 42. Asimismo, el artículo 65 de la Constitución, al disponer las condiciones de elegibilidad, dispone que “no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito”.

²⁵ Artículos 10.3 y 24, Código Penal.

III

En julio de 2023 los medios de comunicación informaron que una dependencia de la Contraloría General de la República, a petición de un diputado cercano al gobierno de Nicolás Maduro, informó que María Corina Machado estaba inhabilitada administrativamente por 15 años. Es con base en esta decisión, precisamente, que la Sala Electoral interfirió en las primarias, incluso, a través de su criminalización.²⁶

Lo *primero* que hay que reiterar es que, como ha establecido la Corte Interamericana, la Contraloría -que es un órgano administrativo- no puede limitar, siquiera temporalmente, el ejercicio del derecho a ser electo. No se trata solo de un derecho humano sino, además, de un componente esencial de la democracia electoral. Ninguna elección en la cual se limite este derecho por medio de decisiones administrativas puede ser considerada libre y justa.

Además, y en *segundo lugar*, esta inhabilitación no es una sanción accesoria, sino una decisión dictada al margen del debido proceso, lo que viola el derecho a la defensa. Así, no existe ninguna decisión adoptada por el Despacho de la Contraloría que inhabilite administrativamente a María Corina Machado como sanción accesoria a la sanción que, previo procedimiento, declara su responsabilidad. Incluso, tampoco se conoce de la existencia de esa sanción declaratoria de responsabilidad administrativa²⁷. Lo único que existe es un documento de una dependencia de la Contraloría que “certifica” que Machado está inhabilitada. Esta certificación es, además, violatoria del Derecho Administrativo, que prohíbe a funcionarios certificar hechos de los cuales tienen conocimiento²⁸.

En *tercer* lugar, y en todo caso, es importante diferenciar de nuevo entre la inhabilitación administrativa y la política. Solo la segunda puede afectar el derecho de Machado a postularse en las elecciones presidenciales, no solo por cuando así lo dispone la Constitución, sino, además, teniendo en cuenta las obligaciones de la Convención.²⁹ Por ello, de existir una inhabilitación administrativa -que no existe- esa inhabilitación no podría impedir a Machado postularse en las elecciones presidenciales.

²⁶ Nos referimos a un documento identificado como el oficio N° DGPE-23-08-00-008 de 27 de junio de 2023, supuestamente emitido por el Director General de Procedimientos Especiales. El oficio recuerda que, en 2015, María Corina Machado fue inhabilitada en 2015 por doce meses, y, además, comunica que hay una inhabilitación administrativa por quince años. Pero esa supuesta inhabilitación no ha sido dictada en el marco del procedimiento administrativo sancionador previsto en la Contraloría. Con lo cual, este oficio declara la existencia de una inhabilitación que no es inexistente. Vid. BREWER-CARÍAS, Allan, *Kakistocracia depredadora e inhabilitaciones políticas: el falso Estado de Derecho en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023, pp. 110 y ss.

²⁷ Como vimos, el artículo 105 de la Ley, la inhabilitación es una sanción accesoria basada en el acto que declara la responsabilidad administrativa, y que solo puede ser adoptada por el Contralor.

²⁸ Como explica Brewer-Carías, el Derecho Administrativo venezolano prohíbe a funcionarios emitir actos en los cuales éstos constaten o declaren sobre hechos que conocen con ocasión al ejercicio de sus funciones. De nuevo, no existe ningún acto administrativo que, en el marco del procedimiento sancionador, imponga la sanción de inhabilitación administrativa. Vid. *Kakistocracia depredadora e inhabilitaciones políticas: el falso Estado de Derecho en Venezuela*, cit.

²⁹ Es importante recordar que, en 2019, Venezuela volvió a hacerse parte de la Convención, con lo cual, aplican las obligaciones derivadas de ésta. Vid. HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de violaciones de derechos humanos en Venezuela luego de 2013”, en *Revista de Derecho Público* N° 173-174, 2023, pp. 33 y ss.

IV

Además de las consideraciones anteriores, resalta el abuso en el que incurrió la Sala Electoral al suspender, mediante medida de amparo cautelar, el proceso de primarias. Así, esta medida cautelar es de imposible ejecución: mal puede suspenderse un acto ya consumado.

Además, el amparo cautelar está reservado a la protección provisional de derechos constitucionales, para evitar perjuicios irreparables. Pero mal pueden las primarias violar derecho alguno, al tratarse de un proceso que no genera efectos más allá de las organizaciones integradas en la Plataforma. Las primarias, así, no restringieron los derechos políticos de quienes decidieron no participar en ella. Por el contrario, ellas permitieron la libre expresión de la participación ciudadana en asuntos políticos.³⁰

La improcedencia del amparo cautelar refuerza la interpretación antes afirmada: la Sala Electoral acudió a la figura del amparo cautelar, de manera abusiva, para poder hacer uso del delito de desacato con fines políticos, como ya hizo en relación con la Asamblea Nacional electa en 2015.³¹

De esa manera, existe el riesgo de que cualquier actividad orientada a postular a María Corina Machado como candidata, incluyendo su postulación para las elecciones presidenciales de 2024, sea abusivamente considerada como desacato, lo que pudiera llevar al inicio de procesos penales.

Con lo cual, no estamos solo ante un caso de violación de los derechos políticos, sino ante un caso de constitucionalismo abusivo³² empleado para tratar de encubrir la persecución política en contra de quienes libremente organizaron y participaron en las primarias. En efecto, no solo se viola el derecho de la sociedad civil a participar libremente en asuntos políticos, así como el derecho a ser electo en cargos de elección popular.

³⁰ Tal y como la Sala Electoral ha recordado, la medida de amparo constitucional es inadmisibles cuando la supuesta situación que vulnera derechos constitucionales es irreparable (sentencia N° 131 de 15 de noviembre de 2020). En tanto las primarias ya se consumaron, cualquier supuesta situación infringida sería irreparable.

³¹ Tal y como explicamos, en diciembre de 2015 la Sala Electoral acordó medida cautelar de amparo suspendiendo la proclamación de diputados electos por las representaciones indígenas, a pesar de que ya los diputados habían sido proclamados. La Sala Electoral y la Sala Constitucional declararon el desacato, o sea, el supuesto incumplimiento de esa medida cautelar. Se trató de un claro abuso orientado a desconocer las funciones de la Asamblea electa en 2015. *Vid.* TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel, “La justicia electoral erigida en obstáculo para la paz en Venezuela: El caso de la suspensión cautelar de la proclamación de los diputados del Estado Amazonas como instrumento para obstaculizar la Constitución del parlamento e impedir la representación política”, en *Revista de Derecho Público N° 145-146*, 2016, pp. 319 y ss.

³² LANDAU, David, “Abusive Constitutionalism”, en *U.C. Davis Law Review N° 47 (1)*, 2013, pp. 189 y ss. y COLLOT, Pierre-Alain, “Propos introductifs. Constitutionnalisme abusif et régimes hybrides” en *Le constitutionnalisme abusif en Europe*, Mare & Martin, Paris, 2022, pp. 23 y ss.

Además, se avanza en la sistemática persecución política que socava las bases de la democracia constitucional -y compromete la responsabilidad de quienes ejecutan esa persecución, de cara al Estatuto de la Corte Penal Internacional³³.

³³ El artículo 7 de la Corte Penal Internacional tipifica los delitos de lesa humanidad, incluyendo la “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos” (literal h, numeral I). La Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, creada por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en Resolución N° 42/25, ha concluido que existen razones para considerar que el Gobierno de Venezuela ha incurrido en crímenes de lesa humanidad. Recientemente, ha concluido que “tiene motivos razonables para creer que las autoridades han utilizado la inhabilitación política para impedir que miembros de la oposición se postulen a cargos públicos” (*Inorme de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, N° A/HRC/54/5, de 18 de septiembre de 2023, párrafo 70). Actualmente la Fiscalía de la Corte Penal Internacional adelanta una investigación sobre Venezuela.

¿QUIEN? ¿COMO? Y ¿CUÁNDO SE INHABILITO A MARÍA CORINA MACHADO?

Enrique J. Sánchez Falcón

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 122, de fecha 30 de octubre de 2023, admite a trámite un recurso contencioso electoral con amparo cautelar y decreta medidas precautelativas; todo ello con fundamento en un documento ilegal por ser éste una certificación de mera relación y, además, fraudulento por la falsedad de su contenido.*

Palabras Clave: *Documento ilegal, Certificación de mera relación.*

Abstract: *The Electoral Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, through judgment No. 122, dated October 30, 2023, admits a contentious electoral appeal with precautionary protection and decrees precautionary measures; All this is based on a document that is illegal because it is a mere administrative certification and, in addition, fraudulent because of the falsity of its content.*

Key words: *Illegal administrative document; Administrative certification.*

Existen elementos para suponer que los magistrados de la Sala Electoral de Tribunal Supremo de Justicia, entre muchas otras graves razones, han comprometido también su responsabilidad personal al emitir la sentencia N° 122, de fecha 30 de octubre del año en curso, mediante la cual han admitido a trámite un recurso contencioso electoral con amparo cautelar y decretado medidas precautelativas con base en el artículo 184 de la Ley que rige el funcionamiento de ese órgano, utilizando como fundamento de esa decisión un documento ilegal a ojos vistas (*in icto oculi*, decimos los abogados) y, sin lugar a dudas, fraudulento por faltar a la verdad de manera evidente. En efecto, en la referida sentencia, proferida con ponencia conjunta, se asume que la ciudadana María Corina Machado se halla “inhabilitada de manera firme por quince (15) años”. Así lo dice el resumen con el que se ha informado de esa sentencia.

Todo indica que esta asunción proviene de las afirmaciones que el proponente del recurso, ciudadano José Dionisio Brito Rodríguez, ha venido divulgando desde el 30 de junio próximo pasado cuando hizo público que había recibido del Director General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República, Antonio José Meneses Rodríguez, un oficio contentivo de la “confirmación de que María Corina Machado” estaba inhabilitada en las condiciones indicadas. En sus declaraciones de ese momento (file:///C:/Users/esteb/OneDrive/Escritorio/Inhabilitaci%C3%B3n%20MCM/Asamblea%20Nacional.htm) afirmó que la “confirmación” recibida indicaba que tal inhabilitación había quedado establecida en Resolución del 13 de julio de 2015. El documento recibido por Brito fue mostrado a la prensa y divulgado por algunos medios, por lo cual se sabe que se trata del oficio número DGPE-23-08-00-008 del 27 de junio de 2023 (<https://albertonews.com/principales/ultima-hora-ratifican-inhabilitacion-por-15-anos-contra-maria-corina-machado-no-permitiran-su-postulacion-a-la-presidencia-de-venezuela-detalles/>). Es obvio suponer que este oficio fue allegado por Brito Rodríguez al expediente del recurso contencioso electoral y sirvió de apoyo a la sentencia que hemos mencionado antes.

Ahora bien, decimos que el mencionado oficio es ilegal pues su contenido no es un acto del Organismo Contralor emitido en un procedimiento propio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia, sino una simple y mera opinión del Director Meneses Rodríguez sobre la situación de María Corina Machado en su relación con la Contraloría General de la República. Y es bien conocido por todo funcionario público que la emisión de esas opiniones están expresamente prohibidas por la Ley Orgánica de la Administración Pública en su artículo 173, cuyo enunciado dispone lo siguiente: “Se prohíbe la expedición de certificaciones de mera relación, entendidas como aquellas que solo tengan por objeto hacer constar el testimonio u opinión del funcionario declarante sobre algún hecho o dato de su conocimiento de los contenidos en el expediente archivados o en curso.” El documento firmado por Meneses Rodríguez no es resultado de un procedimiento en el que se sucedieran los actos de sustanciación, con plena observancia del debido proceso y que luego, analizados por la autoridad competente, dieran lugar a un pronunciamiento o decisión administrativa, esto es a un acto administrativo. Es, simplemente, su opinión. Es, por tanto, lo que la ley denomina, como vimos, una certificación de mera relación. Por cierto, en escrito de fecha 2 de julio de 2023, el ilustre profesor y Académico Allan R. Brewer Carías, analizó dicho oficio y abundó en detalles sobre la referida certificación (<https://acrobat.adobe.com/id/urn:aaid:sc:VA6C2:2f01c59b-592e-47b4-a32c-f9ba3a990028>). Es, por tanto, un documento ilegal. Creo que con lo dicho ni siquiera es necesario agregar que el único funcionario de la Contraloría con facultades para establecer inhabilitaciones para el desempeño de cargos público es el Contralor General de la República, según lo previsto en el artículo 105 de la ley de la materia. Y esto no ha ocurrido frente a María Corina Machado.

Adicionalmente, el oficio de Meneses dirigido a Brito, señala en su segundo párrafo lo siguiente: “Al respecto, cumplo con informarle que a la ciudadana María Corina Machado Parisca, (...) le fue impuesta la sanción de inhabilitación para el ejercicio de cualquier cargo público mediante Resolución N° 01-00-000398 del 15 de julio de 2015, por el período máximo previsto en el numeral 2 del artículo 39 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra la Corrupción, el cual mantiene su vigencia en el numeral 2 del artículo 44 de la vigente Ley Contra la Corrupción”. Esta afirmación desmiente totalmente lo declarado por Brito en sus declaraciones de junio de este año y arriba referidas en las que indicó que la “confirmación” recibida de Meneses señalaba que tal inhabilitación había quedado establecida en Resolución del 13 de julio de 2015. Efectivamente, la Resolución de esa fecha inhabilitó -aunque inconstitucionalmente, bueno es reiterarlo- a María Corina Machado por solo doce (12) meses.

Sin embargo, si en la citada afirmación el oficio de Meneses respetó la verdad, no ocurrió lo mismo cuando luego afirmó que María Corina Machado “está inhabilitada para el ejercicio de cualquier cargo público por el período de QUINCE (15) AÑOS, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y numeral 44 de la Ley Contra la Corrupción”. Aquí sí faltó a la verdad pues no existe ningún acto del Contralor que haya impuesto tal sanción de quince (15) años a la Sra. Machado. Y prueba evidente de que no existe ningún acto en ese sentido es que el propio oficio de Meneses no cita Resolución alguna al respecto, cosa que si hizo con la que en julio de 2015 impuso la sanción por 12 meses. Obviamente, no cita ninguna Resolución porque no existe. Como tampoco existen actos de procedimiento del tipo de los que han debido producirse si es que existió un procedimiento. No existe siquiera una notificación de las resultas de ese procedimiento, si es que lo hubo. No existen porque no ocurrieron.

Como dijimos antes, es de suponer que el documento, recibido por Brito del funcionario Meneses, fue el soporte de la falsa afirmación contenida en la sentencia N° 122 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, del pasado 30 de octubre de 2023, según la cual la ciudadana María Corina Machado se halla “inhabilitada de manera firme por quince (15)

años”. Falsa afirmación ésta que, a pesar de lo poco que se conoce de la sentencia, figuraría entre los elementos determinantes de la admisión a trámite del recurso contencioso electoral intentado contra la realización de las primarias. Falsa afirmación, además, proveniente, como también dijimos antes, de un documento ilegal a ojos vistas y fraudulento por faltar a la verdad de manera evidente.

Si alguna conclusión cabe formular luego de estas consideraciones, ella debe ir dirigida a reiterar, no a los magistrados que emitieron la sentencia -ello sería inútil-, sino a la opinión pública que la señora María Corina Machado no está inhabilitada para el ejercicio de su derecho político a ser elegida contemplado en los artículos 39 y 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 23.1.b) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos -vigente pese a la inconstitucional e inconvencional denuncia formulada- y 25, literal b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y quien diga lo contrario deberá responder a las tres preguntas que son el título de este artículo: ¿Quién?, ¿cómo? y ¿cuándo se inhabilitó a María Corina Machado?

UNA NUEVA MODALIDAD DE IMPARTIR INJUSTICIA MEDIANTE “AVISOS” DE SENTENCIAS QUE NO SE PUBLICAN: EL CASO DE LA “SUSPENSIÓN” DE EFECTOS DE LAS ELECCIONES PRIMARIAS DE LA OPOSICIÓN, Y LA INCONSTITUCIONAL “INHABILITACIÓN POLÍTICA” DE MARÍA CORINA MACHADO

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela.
Director de la Revista.*

Resumen: *La Sala Electoral del Tribunal Supremo, en una medida cautelar convertida en decisión definitiva, mediante sentencias que no se publican, da por definitiva una inhabilitación política inexistente de María Corina machado, solo referida ilegalmente en una certificación de mera relación por un funcionario incompetente; y todo en violación a las reglas más elementales del debido proceso.*

Palabras Clave: *Debido proceso. Violación; Sentencias. Publicación; Inhabilitaciones Políticas; Certificado de mera relación. Ilegalidad*

Abstract: *The Electoral Chamber of the Supreme Tribunal, in a precautionary measure converted into a final judgment, through rulings that are not published, considers definitive a non-existent political disqualification of María Corina Machado, only illegally referred to in an illegal administrative certification issued by an incompetent official; and all, in violation of the most elementary rules of due process.*

Key words: *Due process. Violación; Rulings. Publication; Political Disqualifications; Administrative Certifications. Ilegality.*

I. EL PODER JUDICIAL, DE NUEVO, CONTRA LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS DERECHOS CIUDADANOS A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO

El día 30 de octubre de 2023, el país quedó sorprendido por la aparición de un “aviso” en la página web del Tribunal Supremo de Justicia anunciando la emisión de una sentencia No. 122 de la Sala Electoral (Expediente No 2023-0000065), supuestamente emitida en una “Ponencia Conjunta” de todos sus magistrados, y mediante la cual se habrían suspendido “todos los efectos de las distintas fases del proceso electoral conducido por la “Comisión Nacional de Primarias” el 22 de octubre de 2023,”¹ en el cual más de dos millones de personas, en ejercicio de su libertad de pensamiento que garantiza la Constitución, manifestaron libremente su voluntad de que la Sra. María Corina Machado sea la Candidata de la oposición en las elecciones presidenciales que deben tener lugar en 2024.

Aparte del disparate que significa que un Tribunal pretenda desconocer, con una decisión, un hecho que efectivamente ocurrió, es decir, la participación masiva y libre de mas de

¹ Aviso disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#>

dos millones de personas en un proceso de selección de candidatos llevado a cabo efectivamente en Venezuela y en muchos otros países el día 22 de octubre de 2023, enteramente organizado por la entidades de la sociedad civil, bajo la conducción de la Comisión Nacional de Primarias, sin participación de órganos ni entidades públicas civiles o militares; la supuesta decisión que se habría tomado sería, si es que existe, violatoria de la libertad de expresión y del derecho a la participación política garantizados en la Constitución.

Como lo resumió la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en su Pronunciamiento del mismo día del “aviso”, el 30 de octubre de 2023:

“El artículo 67 de la Constitución establece que: “Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. *Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes.*” (Resaltados añadidos). Asimismo, el artículo 57 constitucional consagra expresamente que los ciudadanos tienen el derecho “a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión sin que pueda establecerse censura.” En tal sentido, con base en esas libertades políticas, organizaciones de la sociedad civil y partidos políticos de oposición organizaron para el día 22 de octubre de 2023, elecciones abiertas a todos los ciudadanos, para escoger su candidato presidencial.”²

El proceso organizado al amparo de la Comisión Nacional de Primarias, por tanto, fue un proceso desarrollado íntegramente por una entidad de la sociedad civil, con el respaldo de organizaciones y partidos políticos de oposición, para garantizar a los ciudadanos el ejercicio de su derecho a la participación política y libertad de expresión en la escogencia de la Candidata de la oposición para la elección presidencial de 2024, en el cual no participó ni tenía que participar, en forma alguna, el Consejo Nacional Electoral ni ningún otro ente público.

II. UNA SUPUESTA DECISIÓN QUE NO SE DA A CONOCER DICTADA A DESTIEMPO QUIZÁS POR DUDA, INSEGURIDAD O TEMOR

Señala el “aviso” de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, que un señor de nombre José Dionisio Brito Rodríguez (a quien se identifica como “Parte”), actuando “en su carácter de aspirante a participar en las elecciones primarias del día 22 de octubre de 2023,” habría intentado un “recurso contencioso electoral con amparo cautelar” “contra los actos inconstitucionales e ilegales de la Comisión Nacional de Primarias, que realizó el proceso electoral de primaria el pasado domingo 22 de octubre de 2023, para elegir la candidata o candidato presidencial unitario para las elecciones presidenciales de 2024.”

De la redacción del texto del “aviso,” lo primero que resalta es que quien habría intentado el “recurso” lo habría hecho en su carácter de “*aspirante a participar en las elecciones primarias* del día 22 de octubre de 2023,” como un hecho por ocurrir, de lo que se deduce que el recurso habría sido intentado antes de esa fecha y, por supuesto, con el propósito, sin duda, de obtener una decisión judicial que se dictara *antes* del 22 de octubre y que impidiera la realización de las primarias.

La Sala Electoral no emitió decisión, quizás por duda, por inseguridad, o por temor, y habría entonces procedido a dictar a destiempo lo que quizás se asemeja más a lo que se le habría pedido que dictara y que sería una decisión que impidiera la realización del acto libre de escogencia del candidato presidencial en las primarias de la Oposición del 22 de octubre

² Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-las-elecciones-primarias/>

de 2023. Pero al hacerlo, después de ocurridos los hechos, su supuesta decisión sería una payasada al pretender “dejar sin efectos” lo que ya ocurrió, a la vista de todos, y que no puede borrarse del tiempo, pues el pasado no se puede extinguir por sentencia; resultando además, de los elementos que se publican en el “aviso”, que la actuación de la Sala Electoral sería no solo ilegal sino también inconstitucional.

III. EL SUPUESTO “RECURSO CONTENCIOSO ELECTORAL” QUE HABRÍA DADO ORIGEN A LA ANUNCIADA SENTENCIA NO ES TAL, POR LO QUE HABRÍA PODIDO HABER SIDO ADMITIDO ILEGALMENTE

En el “aviso oficial” de la supuesta sentencia No. 122 se informa que el “recurso contencioso electoral con amparo cautelar” habría sido intentado por un sujeto de nombre “José Dionisio Brito Rodríguez [...] en su carácter de aspirante a participar en las elecciones primarias del día 22 de octubre de 2023:”

“contra *los actos inconstitucionales e ilegales de la Comisión Nacional de Primarias*, que realizó el proceso electoral de primaria el pasado domingo 22 de octubre de 2023, para elegir la candidata o candidato presidencial unitario para las elecciones presidenciales de 2024.”

Esos “actos” de la Comisión Nacional de Primarias de realización del proceso electoral de primaria no son actos que puedan impugnarse mediante un “recurso contencioso electoral” por ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Conforme se indica en el artículo 297 de la Constitución, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia ejerce la “jurisdicción contencioso electoral,” y ésta, conforme al artículo 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la ejerce dicha Sala cuando se intentan ante ella “recursos contencioso electorales” para que pueda:

“1. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los que estén directamente vinculados con los procesos comiciales, como aquellos que estén relacionados con su organización, administración y funcionamiento.

2. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos, organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.

3. Conocer las demandas de amparo constitucional de contenido electoral, distintas a las atribuidas a la Sala Constitucional.”

Es decir, se trata de una competencia exclusiva de la Sala Electoral que queda reducida a conocer de la impugnación:

Primero, de “actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral,” y

Segundo, de “los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos, organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.”

Los primeros son básicamente actos administrativos emanados de órganos del Estado, y los segundos son actos de organizaciones no estatales, de la sociedad, mediante los cuales se elijan sus autoridades, es decir, los miembros de los órganos de dirección de los sindicatos, de las organizaciones gremiales, de los colegios profesionales, de las organizaciones con fines políticos (partidos políticos), de las universidades nacionales y de otras organizaciones de la sociedad civil.

Nada más. La Sala Electoral no tiene otras competencias que las antes enunciadas, y no puede entrar a conocer de “impugnaciones” contra actos de entidades de la sociedad civil que no sean de “naturaleza electoral” es decir, que no se refieran a la elección de sus autoridades.

IV. LA INCOMPETENCIA DE LA SALA ELECTORAL PARA CONOCER DEL SUPUESTO RECURSO INTENTADO

Además de lo anterior, y también como cuestión de inadmisibilidad, conforme a lo que se informa en el “anuncio oficial” de la supuesta sentencia No. 122 de la Sala Electoral, el “recurso contencioso electoral” que habría sido intentado por el Sr. Brito, no encajaría dentro de las competencias legales de la Sala Electoral, pues como se indicó, no se habría impugnado ningún acto de algún órgano del Poder Electoral, ni tampoco acto alguno de “naturaleza electoral de organizaciones no estatales con fines políticos o de la sociedad civil. Es decir, no se habría intentado contra un acto de alguna organización de la sociedad mediante el cual se hubiese elegido a los miembros de los órganos de dirección de las mismas. Por ello, lo que debió haber decidido la Sala Electoral si es que el recurso se intentó, era la declaratoria de su propia incompetencia para conocer del mismo.

Al contrario, la Sala Electoral, “anunció” en el “aviso” que mediante la desconocida sentencia habría resuelto declarar:

“1) Su *competencia* para conocer el presente Recurso Contencioso Electoral ejercido con Amparo Cautelar contra la “Comisión Nacional de Primarias” y todos los actos dictados en el “proceso del evento político de primarias” realizado el 22 de octubre de 2023, de cara a las venideras elecciones presidenciales de la República Bolivariana de Venezuela en el año 2024.”

Una decisión semejante lo que pondría en evidencia sería es la más absoluta ignorancia por parte de la Sala Electoral de las reglas que rigen su propia competencia.

Como lo ha explicado con meridiana claridad la *Academia de Ciencias Políticas y Sociales* en su pronunciamiento del día 30 de octubre de 2023:

“3.- Ese ejercicio de los derechos políticos, no constituye usurpación de función pública alguna del Consejo Nacional Electoral (CNE), conforme a la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Electoral (LOPE). En efecto, dicho ente comicial, solo actúa en este tipo de proceso, si los organizadores del evento electoral así lo solicitan. Por su parte, el artículo 293 constitucional dispone que el CNE tiene entre sus competencias, organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos “en los términos que señala la ley”. En ese sentido, la LOPE dispone en su artículo 33, numeral 2, la competencia del CNE para organizar aquel tipo de elecciones, “respetando su autonomía e independencia”, en pleno acatamiento de los tratados internacionales suscritos por Venezuela sobre la materia, con el solo objeto de “suministrarles el apoyo técnico y logístico correspondiente”. El mismo párrafo de la ley, a renglón seguido, dispone luego de mencionar las elecciones de gremios profesionales, organizaciones con fines políticos y de la sociedad civil que, en este último caso, el CNE ejercerá su competencia “cuando así lo soliciten o cuando se ordene por sentencia firme de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia”.

3.- De las normas constitucionales y legales citadas, debe interpretarse que: (i) la organización de las elecciones a que se refiere el ordenamiento jurídico son las internas de los partidos políticos, pero no la selección de sus candidatos a cargos de elección popular; (ii) la competencia del CNE se limita a suministrarles apoyo técnico y logístico, pero no a celebrarlas y; (iii) para que proceda dicho apoyo del CNE lo debe solicitar el partido político cuya elección interna se va a realizar o haberlo ordenado sentencia firme de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

4.- Es un hecho público notorio que la Comisión Nacional de Primarias (CNP) solicitó al CNE el apoyo técnico y logístico correspondiente, solicitud a la que no se dio respuesta por varios meses; no habiendo sido sino pocos días antes de celebrarse las elecciones primarias que se reunieron la CNP y el CNE para discutir el posible apoyo técnico y logístico que éste

podía brindar. En ese proceso nunca expresó el CNE que la organización de esa elección primaria era de su competencia exclusiva y excluyente.”³

De modo que, no sólo la Sala Electoral tendría que haber declarado que carecía de competencia para conocer del supuesto “recurso contencioso electoral,” sino que debería haber declarado expresamente la inadmisión del mismo porque la “Comisión Nacional de Primarias,” además, no es ni siquiera es una “organización con fines políticos” (partidos políticos) en los términos del artículo 67 de la Constitución, por lo que sus actos y actuaciones en ningún caso podrían ser impugnados ante la Sala Electoral.

Al contrario, sin embargo, contra todo principio jurídico aplicable al caso, la Sala Electoral anuncia en su “aviso” que habría decidido admitir el “Recurso Contencioso Electoral interpuesto por el ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional José Dionisio Brito Rodríguez.”

V. LA ILEGÍTIMA DECLARATORIA CON LUGAR DE UN “AMPARO CAUTELAR” Y LA SUPUESTA “SUSPENSIÓN” DE TODOS LOS EFECTOS DE LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO ELECTORAL CONDUCTO POR LA “COMISIÓN NACIONAL DE PRIMARIAS”

El desquiciamiento del orden jurídico y del rol esencial de un tribunal en la búsqueda de la justicia, que es su obligación primordial, llega a niveles de paroxismo nunca antes vistos en este “aviso” de la Sala Electoral, al anunciarse la emisión de una sentencia desconocida, que habría declarado la “procedencia” de una solicitud de amparo cautelar contra el proceso conducido por la Comisión Nacional de Primarias. No sólo se desconoce cual habría sido el derecho constitucional del “recurrente” que se habría denunciado como violado o amenazado de violación, sino que tampoco se sabe cuál pudo haber sido la prueba que habría presentado el recurrente ante la Sala Electoral, que habría sido tan determinante y convincente, como para que de inmediato sus Magistrados captaran la existencia de una supuesta presunción de su buen derecho, o de algún peligro de mora o de daño respecto del recurrente, que habría ameritado, *ex post facto*, dictar la medida que pretende borrar el pasado, y *suspender* “todos los efectos de las distintas fases del proceso electoral conducido por la “Comisión Nacional de Primarias,” es decir, de hechos que ya ocurrieron y pasaron.

¿Qué es esto? Habría que preguntarse. ¿En qué consiste esto?

En decir, dejando aparte el absurdo evidente, cabe preguntarse:

¿Es que con la decisión anunciada se pretende declarar y decidir que la Comisión Nacional de Primarias no hizo lo que hizo durante meses en el desarrollo del proceso de escogencia del candidato de oposición para la elección presidencial de 2024?

¿Cómo se suspenden los efectos de hechos que en la realidad ocurrieron?

¿Cómo se puede “suspender” el hecho real y efectivo de que la Comisión de Primarias organizó dicho proceso, en todas sus fases?

¿Cómo se pueden suspender los efectos del hecho real y efectivo de que el 22 de octubre de 2023 se constituyeron cientos de mesas de votación en todo el país y en el exterior, y de que efectivamente concurrieron más de dos millones de personas y manifestaron su opinión mayoritariamente por la candidata Maria Corina Machado?

³ Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamentos/pronunciamento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-las-elecciones-primarias/>

¿Cómo se pueden suspender los efectos de todo eso, si se trata de hechos que ya se realizaron, cumplieron y agotaron?

De nuevo, hay que recordarle a la Sala Electoral que los hechos pasados ya cumplidos y sus efectos no se pueden “suspender.” El pasado no se puede borrar, y menos mediante decisión judicial de un tribunal incompetente.

VI. LAS INCONSTITUCIONALES “ORDENES” DADAS A LA COMISIÓN NACIONAL DE PRIMARIAS QUE LA MISMA NO ESTÁ OBLIGADA A CUMPLIR

Pero el paroxismo de la patología de la “justicia electoral” en Venezuela, que ha quedado reflejado en este caso, puede decirse que tiene su cúspide en la “orden” judicial que la Sala Electoral habría emitido a través de la supuesta sentencia, todas las cuales serían inconstitucionales, y que nadie en su sano juicio podría estar obligado a cumplir.

Y es que como si lo que ya se ha dicho no bastare, hay que advertir que en el “aviso” que da cuenta de la supuesta sentencia clandestina, omitiéndose cualquier indicación respecto de los elementos de convicción que el recurrente habría podido consignar con su recurso, es decir, sin mencionarse los documentos fundamentales que se habrían presentado con el “recurso,” en dicho “aviso” se indica que se habría ordenado a la “Comisión Nacional de Primarias” de conformidad con el artículo 184 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, remitir a la Sala Electoral:

“los Antecedentes Administrativos, contentivos de las veinticinco (25) fases que deben regir al Proceso Electoral, desde la Convocatoria y su constitución como Comisión Electoral, pasando por el Cronograma Electoral, Registro Electoral con sus lapsos de impugnación y depuración, Postulaciones con sus lapsos de impugnación y depuración, incluyendo el Acta de Aceptación de la Postulación, formulada por la ciudadana inhabilitada de manera firme por quince (15) años, María Corina Machado; así como las renunciaciones del ciudadano Henrique Capriles, inhabilitado de manera firme por quince (15) años, Freddy Superlano, inhabilitado de manera firme por siete (7) años, y las de cualquier otro ciudadano o ciudadana que haya decidido renunciar a su candidatura; las Actas del evento celebrado el 22 de octubre de 2023, incluidas las Actas de Constitución de las Mesas Electorales, los Cuadernos de Votación, las Papeletas de Votación, las Actas de Escrutinios, así como las Actas de Totalización Regionales, el Acta de Totalización Definitiva, el Acta de Adjudicación y la de Proclamación. Debiendo también remitir un Informe sobre los aspectos de hecho y de derecho, indicando el mecanismo empleado para el resguardo del material electoral y el lugar destinado a tal efecto; todo ello relacionado con la demanda, según lo establecido en el artículo 184 eiusdem, en un lapso de tres (3) días de despacho contados a partir de su notificación.”

De entrada hay que observar que la Sala Electoral, de haber dictado semejante medida lo habría hecho ignorando lo que prevé el artículo 184 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo que anunciaría como base legal para ello, y que establece que el requerimiento de “antecedentes administrativos” solo se puede formular al “ente u órgano demandado”; siendo que de acuerdo al artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, los “entes y órganos” solo pueden ser los que están integrados en la Administración del Estado.

La Comisión Nacional de Primarias no es ni un “órgano” ni un “ente” de la Administración Pública y no puede ser objeto de un requerimiento de esta naturaleza; menos aún, si el material utilizado para el desarrollo del proceso de las primarias, según entiendo, estaba previsto en las bases del proceso, ya habría sido destruido para el momento de la aparición del “aviso” de la sentencia clandestina, el 30 de octubre de 2023.

VII. LA INCONSTITUCIONAL AFIRMACIÓN JUDICIAL DE QUE DETERMINADOS CANDIDATOS A LAS PRIMARIAS ESTÁN INHABILITADOS DE MANERA FIRME

Pero lo más grave de la orden de la Sala Electoral que, como se ha señalado, además de ser inconstitucional sería de imposible cumplimiento, es que según se anuncia en el “aviso” de la sentencia clandestina, en la decisión se habría afirmado y dado por cierto y firme, en forma absolutamente ilegal e inconstitucional, que determinados candidatos de la oposición habrían sido inhabilitados políticamente.

En particular, el “aviso” da cuenta de que al requerirse de la Comisión Nacional de Primarias la remisión del “Acta de Aceptación de la Postulación,” formulada por los candidatos, la Sala Electoral habría afirmado impudicamente, es decir, literalmente, según el *Diccionario de la Real Academia*, “deshonestamente, sin pudor, sin recato, con el cinismo propio de defender cosas vituperables,” que “*María Corina Machado* supuestamente estaría “*inhabilitada de manera firme por quince (15) años;*” que *Henrique Capriles* supuestamente estaría “*inhabilitado de manera firme por quince (15) años*” y que *Freddy Superlano*, estaría supuestamente “*inhabilitado de manera firme por siete (7) años.*”

Estas “afirmaciones” que se hacen en el texto del “aviso” de la supuesta sentencia, y que se presume estarían incluidas en el texto de la misma, son por supuesto absolutamente inconstitucionales, por violatorias de los derechos políticos de estos ciudadanos, en particular del derecho a ser electo, que solo puede restringirse por decisión judicial, que en ningún caso se ha dictado contra ellos (art. 65, Constitución).

¿En qué se podría haber basado la Sala Electoral, como se informe en el “aviso” para afirmar que María Corina Machado está “inhabilitada de manera firme por 15 años”?

María Corina Machado no está inhabilitada políticamente en forma alguna. No hay decisión administrativa ni judicial alguna que haya impuesto tal sanción contra ella en algún procedimiento administrativo o judicial en el cual se haya respetado el debido proceso. Es sabido que en 2015 fue dictada en su contra una decisión de inhabilitación política por el Contralor General de la República con base en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría por el lapso de 12 meses, que concluyó en 2016. Pero con posterioridad no ha habido procedimiento alguno en su contra, ni decisión alguna que la haya inhabilitado, y menos por 15 años.

Cabría preguntarse, si habrá sido que el recurrente habría presentado ante la Sala Electoral, como documento fundamental de su “improponible” “recurso,” la ilegal “certificación de mera relación” que le emitió un funcionario subalterno de la Contraloría General de la República (Director de Procedimientos Especiales) mediante oficio No. DGPE-23-08-00-008 de fecha 27 de junio de 2023, violando la prohibición que está establecida para todos los funcionarios en el artículo 172 de la ley Orgánica de la Administración Pública, en la cual ese funcionario subalterno afirmó que:

*“se continúa con la investigación patrimonial encontrándose que la ciudadana María Corina Machado Parisca, titular de la cedula de identidad No. V.-6.914.799, está inhabilitada para el ejercicio de cualquier cargo público por el periodo de quince (15) años, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y numeral 2 del artículo 44 de la Ley Contra la Corrupción.”*⁴

⁴ Véase el texto de dicho documento en mi estudio: Allan R. BREWER-CARÍAS, “El intento de inhabilitación política contra María Corina Machado, en el marco del colapso total del país, producto de la guerra que un Estado depredador, conducido por una *clepto kakistocracia*, ha desatado contra la ciudadanía,” New York, 2 de julio de 2023. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com>.

No solo esa afirmación no tiene asidero legal alguno, sino que no está contenida en un acto administrativo en el cual esté impuesta alguna sanción de inhabilitación. En la “certificación de mera relación” citada únicamente se da cuenta de la continuación de una investigación en la cual supuestamente se habría “encontrado” - como quien encuentra un objeto en una gaveta - que la Sra. Machado “*está inhabilitada para el ejercicio de cualquier cargo público por el período de quince (15) años, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.*”

Por lo visto, el funcionario subalterno, al hacer su ilegal relación, no se percató que la norma que cita le atribuye al Contralor General de la República la competencia *exclusiva y excluyente* para dictar Resoluciones decretando (así sea inconstitucionalmente) las inhabilitaciones políticas, y que en el caso de la Sra. Machado, no existe Resolución alguna del Contralor General mediante la cual se haya tomado tal decisión, y que haya sido publicada en la *Gaceta Oficial* como todas las de ese tipo.

Por ello puede afirmarse, sin lugar a duda, que María Corina Machado no está inhabilitada, con lo cual la Sala Electoral habría incurrido en un grave, inexcusable y craso error de haber afirmado, como da cuenta en su “aviso” y sin fundamento legal alguno, que supuestamente estaría “inhabilitada de manera firme por quince años.”

Para el día 7 de noviembre de 2023, a las 5 pm, la supuesta sentencia No 122, que se habría sido dictada en un proceso judicial de “recurso contencioso electoral” permanece en la clandestinidad, por lo que no queda otra vía al intérprete que analizar lo que oficialmente se ha “anunciado” de la sentencia en el antes transcrito “aviso.”

En todo caso, por la ausencia de su publicación, la sentencia no pudo ser del conocimiento del *Comité de Derechos Humanos* de la ONU para cuando elaboró las “*Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela*”, publicadas en Ginebra el 3 de noviembre de 2023 (tres días después de la publicación del “aviso”). De haber sido de su conocimiento, ello hubiera podido reforzar lo que en dichas *Observaciones* se afirma, en el sentido de que:

35. [...] El Comité continúa seriamente preocupado por la situación del Poder Judicial en el Estado parte, particularmente en lo que atañe a su autonomía, independencia e imparcialidad, especialmente dado los supuestos vínculos de varios jueces y magistrados, incluso del Tribunal Supremo de Justicia con los partidos políticos. Asimismo, preocupan las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia que cercenan los derechos de participación política con la destitución de representantes públicos elegidos democráticamente, su ilegal arresto y la negación de sus privilegios e inmunidades constitucionales (art. 2 y 14).

“45. El Comité observa con gran preocupación las denuncias sobre las restricciones al espacio democrático, ya sea por acción u omisión, de las *instituciones judiciales* y constitucionales como el Consejo Nacional Electoral, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, y el *Tribunal Supremo de Justicia*, incluido mediante la inhabilitación política para impedir que miembros de la oposición se postulen a cargos públicos. En este sentido, lamenta los informes indicando que algunos opositores políticos han sido ya inhabilitados para participar en las elecciones presidenciales previstas para 2024 [...]”

De lo anterior, formuló el Comité, de nuevo, reiteradas recomendaciones al Estado como la de exigir:

“La celebración de elecciones nacionales, regionales y municipales justas, transparentes, inclusivas y pluralistas, garantizando el debido proceso y la transparencia en los procedimientos administrativos llevados a cabo por la Contraloría General de la República con respecto a las inhabilitaciones de candidatos a cargos públicos, garantizando un recurso judicial efectivo contra tales inhabilitaciones” (par. 46.b).⁵

Lo lamentable ante estas *Recomendaciones* es que a pesar de que no son las primeras que se formulan al país, todo sigue igual o peor, continuando los ciudadanos con su lamento

Pobre justicia la venezolana, dirigida por jueces de la calaña de los que integran la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia; y pobres derechos políticos de los venezolanos que están a la merced de este tipo de magistrados, representantes conspicuos de la *kakistocracia* que nos gobierna desde hace más de veinte años y que no cesa de burlarse de los organismos internacionales de protección de derechos humanos.⁶

⁵ Disponible en: <https://provea.org/actualidad/derechos-civiles-y-politicos/observaciones-finales-sobre-el-5to-informe-periodico-de-venezuela/>

⁶ Véase sobre ello Allan R. BREWER-CARÍAS, *Kakistocracia depredadora e inhabilitaciones políticas. El falso Estado de derecho en Venezuela*. Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 2023. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/07/A.R.-Brewer-Carias.-KAKISTOCRACIA-DEPREDADORA-E-INHABILITACIONES-POLITICAS.-Falso-Estado-de-derecho-en-Venezuela.-julio-2023-PORT.pdf>

COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL No. 1469 DE 31 DE OCTUBRE DE 2023 DECLARANDO “CONSTITUCIONALIDAD” DE LAS PREGUNTAS DEL REFERENDO CONSULTIVO SOBRE LA CUESTIÓN DE LA RECLAMACIÓN DE LA GUAYANA ESEQUIBA

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela.
Director de la Revista.*

Resumen: *Este artículo se refiere a la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia asumió una competencia no especificada en la Constitución ni en la Ley Orgánica que la rige, para pronunciarse a priori sobre la constitucionalidad de las preguntas de un referendo consultivo convocado por el Consejo Nacional Electoral a requerimiento del Presidente de la República.*

Palabras Clave: *Referéndum Consultivo. Control de constitucionalidad.*

Abstract: This article refers to the ruling of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal to assume powers to judicial review the questions of a Consultative Referendum convened by the National Electoral Council at the request of the President of the republic, not having pursuant to the Constitution or its Organic Law jurisdiction whatsoever to decide on such matter in an apriori way.

Key words: *Consultative Referendum. Judicial Review.*

La Asamblea Nacional, conforme al artículo 71 de la Constitución, el día 21 de septiembre de 2023 tomó la iniciativa de convocar un referendo consultivo para “fortalecer la defensa de la soberanía de Venezuela sobre la Guayana Esequiba,”¹ habiendo remitido en esa misma fecha el Acuerdo respectivo, al Consejo Nacional Electoral para su tramitación.

El Consejo Nacional Electoral aprobó la realización del referendo para el día 3 de diciembre de 2023 mediante Resolución No. 231023-0109 del día 23 de octubre de 2023, la cual supuestamente se habría publicado en *Gaceta Oficial* No. 42.746 del 31 de octubre de 2023, según se desprendía del “sumario” de la misma publicado en la página web de la Imprenta Nacional el día 10 de noviembre de 2023,² habiendo estado disponible el texto de dicha *Gaceta* en dicha página solamente a partir del 16 de noviembre de 2023.

¹ Véase la información oficial en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/plenaria-parlamentaria-entregara-solicitud-de-referendo-consultivo-al-cne>

² Véase los comentarios de la reseña “Las preguntas que se formularán en el Referendo Consultivo en Defensa de la Guayana Esequiba” 16 de noviembre de 2023, en Morfema Press, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/preguntas-que-se-formularan-en-el-referendo-consultivo-en-defensa-de-la-guayana-essequiba/>

I. LA REMISIÓN DE LAS PREGUNTAS DEL REFERENDO A LA SALA CONSTITUCIONAL PARA QUE SE PRONUNCIARA SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

En la mencionada Resolución del Consejo nacional Electoral, sin mencionar base constitucional o legal alguna, el mismo decidió remitir su Resolución a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia requiriéndole se pronunciará sobre la “constitucionalidad” de las preguntas del referendo consultivo convocado por iniciativa de la Asamblea Nacional para realizarse el 3 de diciembre de 2023.

Hasta el 16 de noviembre cuando circuló la *Gaceta Oficial* con el texto de la Resolución del Consejo Nacional Electoral, el texto oficial de las preguntas formuladas para el Referéndum Consultivo, solo se conocieron por la publicación de la misma Resolución del Consejo Nacional Electoral en la *Gaceta Electoral* No. 1036 del 23 de octubre de 2023.³

Dichas preguntas son las siguientes:

PRIMERA: ¿Está usted de acuerdo en rechazar por todos los medios, conforme al Derecho, la línea impuesta fraudulentamente por el Laudo Arbitral de París de 1899, que pretende despojarnos de nuestra Guayana Esequiba?

SEGUNDA: ¿Apoya usted el Acuerdo de Ginebra de 1966 como el único instrumento jurídico válido para alcanzar una solución práctica y satisfactoria para Venezuela y Guyana, en torno a la controversia sobre el territorio de la Guayana Esequiba?

TERCERA: ¿Está usted de acuerdo con la posición histórica de Venezuela de no reconocer la Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para resolver la controversia territorial sobre la Guayana Esequiba?

CUARTA: ¿Está usted de acuerdo en oponerse, por todos los medios conforme a Derecho, a la pretensión de Guyana de disponer unilateralmente de un mar pendiente por delimitar, de manera ilegal y en violación del derecho internacional?

QUINTA: ¿Está usted de acuerdo con la creación del estado Guayana Esequiba y se desarrolle un plan acelerado para la atención integral a la población actual y futura de ese territorio que incluya entre otros el otorgamiento de la ciudadanía y cédula de identidad venezolana, conforme al Acuerdo de Ginebra y el Derecho Internacional, incorporando en consecuencia dicho estado en el mapa del territorio venezolano?”

II. LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DECLARANDO LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PREGUNTAS DEL REFERENDO CONSULTIVO

La Sala Constitucional, mediante sentencia No. 1469 de 31 de octubre de 2023,⁴ declaró la *constitucionalidad* de las preguntas del referendo consultivo. El texto de la sentencia, sin embargo, no se conoció sino el 12 de noviembre de 2023 cuando se incluyó en la página web del Tribunal Supremo. Durante ese tiempo, únicamente se conoció de la sentencia el texto del “aviso” de su emisión publicado en la página web del Tribunal Supremo, el cual por lo demás debía se publicado también en la *Gaceta Oficial* como se ordena en la misma.

La circulación *de hecho* tanto del texto de la Resolución del Consejo Nacional Electoral el 10 de noviembre de 2023 como de la sentencia el 12 de noviembre de 2023, muy probablemente se debió a que luego de que Guyana hubiera presentado ante la Corte Internacional

³ Disponible en: http://www.cne.gob.ve/web/gacetas_electorales/gacetas/2023/gaceta_electoral_1036.pdf

⁴ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/329789-1469-311023-2023-23-1081.HTML>

de Justicia el día 27 de octubre de 2023⁵ una petición de medidas provisionales contra el referendo consultivo a celebrarse en Venezuela, dicha Corte, el 10 de noviembre de 2023, le solicitó a los representantes de Guyana y Venezuela, que en las Audiencias que convocó para los días 14 y 15 de noviembre de 2023⁶ para oír argumentos de las partes antes de decidir sobre las medidas provisionales, le informaran, entre otros temas, sobre si el Tribunal Supremo de Venezuela se había pronunciado sobre la “constitucionalidad” del referendo consultivo.

En nuestro criterio, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo emitió la referida sentencia No. 1469 de 31 de octubre de 2023 en forma totalmente inconstitucional, pues no existe norma constitucional o legal que le atribuya la competencia para conocer sobre la constitucionalidad - o inconstitucionalidad - de los referendos antes de su realización, a petición del Consejo Nacional Electoral.

La única manera en la cual la Sala podría haberse pronunciado sobre ello era si se hubiera intentado alguna acción popular de inconstitucionalidad contra el referendo consultivo, la cual nadie intentó, pues, como ya se ha señalado, la Sala emitió dicho fallo exclusivamente a solicitud del Consejo Nacional Electoral sin que éste tuviese competencia constitucional o legal alguna para formular tal requerimiento, y sin que la sala tuviese competencia para tomar esa decisión.

III. LAS COMPETENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS ESTATALES

En efecto, la referida sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo No. 1469 de 31 de octubre de 2023 dictada a petición del Consejo Nacional Electoral, y declarando la constitucionalidad de las preguntas del referendo consultivo plantea, de entrada, la necesidad de determinar la competencia de la Sala para haberla dictado y del Consejo Nacional Electoral para haberla requerido.

Tanto el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Supremo de Justicia, como todos los órganos que ejercen el Poder Público, solo tienen poder para actuar conforme a las competencias que le asignan expresamente la Constitución y las leyes. Están sujetos, como todos los órganos del Estado, al principio de legalidad contenido en el artículo 137 de la Constitución que dispone:

“Artículo 137, Esta *Constitución y la ley* definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.”

En consecuencia, ningún órgano que ejerza el Poder Público, incluido el Tribunal Supremo y sus Salas, puede realizar actividades no previstas ni autorizadas expresamente en la Constitución o en las leyes.

En materia de control de constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales, el Consejo Nacional Electoral no tiene competencia para requerir de la Sala Constitucional que se pronuncie sobre la constitucionalidad de sus actos; y la Sala Constitucional no es libre de actuar como y cuando desee.

⁵ El texto de la petición de Guyana está disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20231030-wri-01-00-en.pdf>

⁶ El texto de las ordenes de la Corte Internacional de Justicia están disponibles en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20231109-pre-01-00-en.pdf>

La Constitución, en particular, le atribuye a la Sala Constitucional el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional (art. 266.1), con competencias específicamente enumeradas en el artículo 336 que dan lugar a diversos procesos y procedimientos constitucionales.

1. *Sobre algunos procesos constitucionales*

En cuanto a los procesos constitucionales, los mismos se establecen en los numerales 1 a 4 del artículo 336 de la Constitución, para que la Sala Constitucional pueda controlar, con poderes anulatorios cuando sean violatorios de la Constitución, la constitucionalidad de los siguientes actos estatales: las *leyes nacionales* y demás actos con *rango de ley* de la Asamblea Nacional; las *Constituciones* y *leyes estatales*, las *ordenanzas municipales* y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en *ejecución directa e inmediata* de la Constitución; los *actos con rango de ley* dictados por el Ejecutivo Nacional; y los *actos en ejecución directa e inmediata* de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

Siguiendo el sentido de estas previsiones constitucionales, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia le asigna a la Sala Constitucional las siguientes competencias expresas, que pueden dar lugar al desarrollo de los siguientes procesos constitucionales de control concentrado de la constitucionalidad:⁷

A. *El control de constitucionalidad de las Leyes y actos de rango legal de la Asamblea Nacional*, conforme al artículo 25.1 de la Ley Orgánica que le atribuye competencia para “Declarar la nulidad total o parcial de las *leyes nacionales* y *demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional*, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Las leyes son los actos definidos en el artículo 23 de la Constitución y los otros actos con rango de ley de la Asamblea Nacional serían aquellos actos parlamentarios sin forma de ley dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como los *interna corporis* (Reglamento Interior y de Debates, por ejemplo), o, por ejemplo, un Acuerdo tomando la iniciativa de convocar un referendo consultivo (art. 71 de la Constitución).

B. *El control de constitucionalidad de las Leyes estatales y municipales y actos de los órganos legislativos estatales y municipales dictados en ejecución directa de la Constitución*, conforme al artículo 25.2 de la Ley Orgánica que le atribuye competencia para “Declarar la nulidad total o parcial de las *Constituciones* y *leyes estatales*, de las *ordenanzas municipales* y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en *ejecución directa e inmediata de la Constitución* y que colidan con ella”.

C. *El control de constitucionalidad de los actos de rango legal del Ejecutivo Nacional*, conforme al artículo 25.3 de la Ley Orgánica que le atribuye competencia para “Declarar la nulidad total o parcial de los *actos con rango de ley* que sean dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Esta norma se refiere, básicamente, a los decretos leyes dictados en virtud de ley habilitante (Art. 203), así como a las regulaciones que deba dictar el Ejecutivo Nacional en caso de restricción de garantías derivadas de un decreto de estado de excepción (Art. 339).

D. *El control de constitucionalidad de los actos estatales de ejecución directa e inmediata de la Constitución*, conforme al artículo 25.4 de la Ley Orgánica que le atribuye com-

⁷ Véase sobre ello: Allan R. BREWER-CARIÁS, “Introducción general al régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso electorales, en en libro Allan R. BREWER-CARIÁS y Víctor HERNÁNDEZ MENDIBLE, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2020, pp. 105 ss.

petencia para “Declarar la nulidad total o parcial de los actos *en ejecución directa e inmediata de la Constitución*, dictados por cualquier órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con aquella”.

El medio procesal para el inicio de los anteriores procesos constitucionales es siempre la *acción popular de inconstitucionalidad* que es como la Sala Constitucional puede en esos casos ejercer el “control concentrado de la constitucionalidad”, el cual, de conformidad con la Constitución, como lo precisa el artículo 32 de la Ley Orgánica:

“sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, mediante *demanda popular de inconstitucionalidad*, en cuyo caso, no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público. Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se publicará en la Gaceta Oficial de la República, y en la Gaceta Oficial del Estado o Municipio según corresponda.”

Con esta disposición expresa, se estableció el principio dispositivo en materia procesal constitucional para el inicio del control concentrado de la constitucionalidad, mediante el ejercicio de la acción popular, habiendo adquirido rango legal la terminología “recurso popular de inconstitucionalidad.” El principio lo repite el artículo 89 de la Ley Orgánica al indicar que “el Tribunal Supremo conocerá de los asuntos que le competen a instancia de parte interesada,” salvo la posibilidad de “actuar de oficio en los casos que disponga la ley.”

Por ello, la única excepción al principio dispositivo es la actuación de oficio, que queda limitada a lo que disponga la ley, como en el caso del artículo 32 de la Ley Orgánica en cuanto a la posibilidad para la Sala de sólo suplir de oficio las deficiencias o técnicas del demandante solamente. La Ley Orgánica también estableció otro límite al principio dispositivo al permitir el inicio de un proceso de control concentrado de la constitucionalidad de oficio como consecuencia del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de alguna ley que efectúe en un proceso (art. 34 de la Ley Orgánica).

Aparte de las competencias anteriores, también como procesos constitucionales que deben iniciarse mediante acción popular están los que resultan de las competencias de la Sala Constitucional para “declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta”(art. 366.7 de la Constitución); y para “resolver las colisiones entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer (art. 366.8 de la Constitución).

2. *Sobre algunos procedimientos constitucionales*

En cuanto a los procedimientos constitucionales, la Constitución y la Ley Orgánica le asignaron a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en forma expresa, competencias para ejercer de control de constitucionalidad *en forma previa* pero solamente respecto de determinados actos estatales, en los siguientes cuatro casos:⁸

A. *El procedimiento de control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales* previsto en el artículo 336.5 de la Constitución, que estableció la competencia de la Sala Constitucional, para: Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación”, lo que se repite en el artículo

⁸ Véase sobre ello: Allan R. BREWER-CARÍAS, “Introducción general al régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso electorales,” en libro Allan R. BREWER-CARÍAS y Víctor HERNÁNDEZ MENDIBLE, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica venezolana, caracas 2020, pp. 126 ss.

25.5 de la Ley Orgánica. La peculiaridad fundamental de este procedimiento es que la legitimación activa para el inicio del mismo se reserva al Presidente de la República o a la Asamblea Nacional como órgano colegiado mediante solicitud motivada antes de la ratificación del Tratado. La norma no le atribuye la iniciativa al Presidente de la Asamblea Nacional, por lo que la solicitud debe ser aprobada por decisión mayoritaria de la Asamblea.

B. *El procedimiento de control de constitucionalidad obligatorio de los decretos de estado de excepción* previsto en el artículo 336.6 de la Constitución, a cuyo efecto, el Decreto que declare el Estado de Excepción debe ser remitido por el Presidente de la República a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, para que ésta se pronuncie sobre su inconstitucionalidad; pudiendo la Sala, incluso hacerlo *de oficio*. Esta competencia se repite en el artículo 25.6 de la ley Orgánica, siendo este el único supuesto previsto en la Constitución para que la Sala pueda iniciar de oficio el control de constitucionalidad de un acto estatal.

C. *El procedimiento de control de constitucionalidad obligatorio de ciertas leyes orgánicas* previsto en el artículo 203 de la Constitución, respecto de las cuales la Sala Constitucional debe pronunciarse sobre la constitucionalidad del carácter orgánico de las mismas que así hayan sido calificadas por la Asamblea Nacional, antes de su promulgación. No se trata, por tanto, de un procedimiento de control de constitucionalidad establecido respecto de cualquier ley orgánica, sino de sólo de aquellas así calificadas por la Asamblea Nacional, al admitirse el proyecto respectivo con el voto de las 2/3 partes de los integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley, que son una de las cinco categorías de leyes orgánicas reguladas en la norma.

Conforme a la Constitución, el Presidente de la Asamblea o el Presidente de la República deben remitirlas, *automáticamente*, antes de su promulgación, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que ésta se pronuncie acerca de la constitucionalidad de ese carácter orgánico. Debe mencionarse, sin embargo, que la Ley Orgánica de 2010, estableció una competencia general que no se ajusta al sentido de la norma constitucional, al atribuir a la Sala Constitucional competencia para “determinar, antes de su promulgación, la constitucionalidad del carácter orgánico de las leyes que sean sancionadas por la Asamblea Nacional; revisión judicial que el Artículo 25.17 de la Ley Orgánica extendió expresamente respecto del carácter orgánico en relación con los decretos leyes que dicte el Presidente de la República.

D. *El procedimiento constitucional de control preventivo de la constitucionalidad de leyes sancionadas por la Asamblea Nacional antes de su promulgación* previsto en el artículo 214 de la Constitución, establecido también en el artículo 25.15 de la ley Orgánica. En estos casos, al recibir la ley sancionada para su promulgación, corresponde al Presidente de la República, solicitar a la Sala Constitucional en forma fundamentada y argumentada en derecho, en el lapso que tiene para promulgar las leyes, la revisión de la ley por cuestiones de constitucionalidad.

Salvo estos cuatro casos de control preventivo de constitucionalidad de actos estatales que ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a solicitud, según los casos, del Presidente de la República, de la Asamblea Nacional y el Presidente de la misma no existe en el ordenamiento constitucional o legal venezolano ningún otro caso de control preventivo de la constitucionalidad de los actos estatales que pueda conocer la Sala Constitucional.

IV. LA INCONSTITUCIONAL E INMOTIVADA SENTENCIA NO 1.469 DE 31 DE OCTUBRE DE 2023 QUE DECLARÓ LA “CONSTITUCIONALIDAD” DE LAS PREGUNTAS DEL REFERENDO CONSULTIVO

Conforme a lo anterior, en consecuencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo no tiene competencia expresa alguna para conocer de la constitucionalidad del Acuerdo de la Asamblea Nacional mediante el cual tomó la iniciativa de convocar un referendo consultivo sobre la cuestión de la reclamación del Territorio Esequibo, y de las preguntas que contiene.

Igualmente, el Consejo Supremo Electoral tampoco tenía competencia alguna para remitir a la Sala Constitucional, sin base constitucional o legal alguna, como se indicó al inicio de la sentencia No. 1469 de fecha 31 de octubre de 2023:⁹

“el oficio identificado con las siglas “PRES/N°0238/2023”, del día 24 de octubre del corriente año, suscrito por el ciudadano Elvis Amoroso, presidente del Consejo Nacional Electoral, en el que solicita que esta Sala “...se pronuncie acerca de la constitucionalidad de las preguntas que se formularán en el Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el tres (3) de diciembre de 2023...””.

Ante semejante solicitud -en cuyo texto el presidente del Consejo Nacional Electoral por supuesto no indicó la norma constitucional o legal que podía soportarla-, lo que la Sala Constitucional debió haber hecho era declarar que carecía de competencia para pronunciarse.

La Sala Constitucional, sin embargo, procedió a “fijar preliminarmente su competencia funcional para efectuar el pronunciamiento respecto al requerimiento expresado por el Consejo Nacional Electoral” por supuesto sin hacer mención a la base constitucional o legal alguna para fundamentar su competencia y solo haciendo referencia a los artículos 2 (sobre el Estado democrático) y 70 (sobre el derecho a la participación política) de la Constitución, declaró pura y simplemente que;

“tomando en cuenta que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dotó a esta Sala Constitucional de la facultad para conocer de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta; es por lo que este órgano judicial, cúspide de la jurisdicción constitucional, actuando como máxima y última intérprete del texto constitucional, entiende que la petición a la que se circunscribe este asunto inmiscuye un control innominado de la Constitución, por lo que afirma su competencia funcional para conocer de la misma. Así se decide.”

La citada declaración de la Sala equivale a decir que se declara competente porque *le da la gana*, pero no porque la Constitución o la ley le hayan atribuido la competencia para revisar, a petición del Consejo Nacional Electoral, la constitucionalidad de las preguntas del referendo consultivo convocado a iniciativa de la Asamblea Nacional.

Luego de declarar su competencia en la forma antes mencionada, -incurriendo en el mismo vicio de falta de motivación que afecta al Laudo Arbitral de 1899- la Sala Constitucional, igualmente sin motivación alguna, procedió a declarar:

“La constitucionalidad de las preguntas con las que se desarrollará el referendo consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el 3 de diciembre de 2023; por lo que ratifica constitucionalmente el contenido de las referidas interrogantes.”

La Sala Constitucional, en efecto, no analizó en forma alguna la “constitucionalidad” o “inconstitucionalidad” de las preguntas que declaró “constitucionales”, sino que en las “consideraciones decisorias” de su sentencia se limitó a pasar revista de diversas previsiones constitucionales incluidas en el Preámbulo de la Constitución y en diversos de sus artículos que declaran al Estado en Venezuela como un Estado democrático y Social de derecho, que regulan el gobierno democrático, que regulan el derecho a la participación política, que establecen el modelo democrático electivo, participativo y protagónico de la Constitución de 1999; con referencias históricas a la democracia de la Grecia antigua, a la “ilusión de participación” que se asigna a la Constitución de 1961, a la Constitución de Weimar, y con profusión de citas de autores españoles e italianos para buscar definir la democracia política y

⁹ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/329789-1469-311023-2023-23-1081.HTML>

social, el sistema democrático, la cultura democrática del pueblo, el derecho político ciudadano a la participación política; y que regulan el referendo consultivo como mecanismo de democracia directa.

Con base en ello, la Sala declaró que lo que iba a ser objeto de su análisis:

“es la constitucionalidad de las preguntas ideadas para su realización, para así determinar si coliden con los presupuestos normativos, principios y garantías que prevé la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dado el caso de consulta a la población sobre una determinada cuestión de delimitación territorial de evidente y especial trascendencia nacional.”

A continuación de esta precisión, en su sentencia la Sala pasó a considerar al referendo consultivo como un “medio de participación directa,” que consideró como “facultativo” (en tanto que su iniciativa depende de la voluntad de ciertas autoridades competentes, así como de la iniciativa popular”) y como “un mecanismo inspirado en el principio de participación, que otorga mayor intervención ciudadana en torno a la toma de decisiones de especial trascendencia;” señalando en cuanto a su “eficacia jurídica,” que “consiste en una consulta a la población sobre su parecer en determinadas materias consideradas de especial trascendencia.”

La Sala, además, consideró en cierta forma contradictoria, que la “finalidad” del referendo consultivo:

“no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias toda vez que el resultado del referendo consultivo *supone un mandato constitucional* a través del ejercicio directo de la voluntad popular.”

No se entiende cómo si el referendo supone un *mandato constitucional*, ello no sea una *toma de decisiones* por el electorado.

En todo caso, después de estas precisiones, la Sala Constitucional pasó a considerar que la “estructura semántica” de las preguntas formuladas “reviste un orden lógico de formación que permite la fácil identificación de las políticas de acción con las que se pretende abordar un tema de protección y preservación del territorio nacional en su integridad” lo que consideró revestía “una especial y trascendental importancia,” concluyendo, pura y simplemente, sin motivación alguna, en que:

“en el ejercicio apreciativo del texto interrogativo *supra* transcrito, no se evidencian colisiones con los presupuestos normativos contenidos en la Constitución o a los principios o garantías que se desprenden de la misma, por lo que esta Sala, actuando como la máxima garante del texto constitucional, decreta la constitucionalidad de las preguntas con las que se desarrollará el Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el 3 de diciembre de 2023, y así se decide.”

Con base en esta decisión, la Sala concluyó declarando la “constitucionalidad” de las preguntas del referendo consultivo, cuando lo que resulta del texto de las preguntas es que lo que afirma la Sala no es verdad. Las preguntas del referendo no son constitucionales; algunas de las preguntas del referéndum, en realidad, son inconstitucionales, como ya lo hemos analizado en otro lugar.¹⁰

¹⁰ Véase Allan R. BREWER-CARÍAS, “El referendo sobre el Esequibo: errado, inconstitucional, inútil, inconveniente, inoportuno y contrario a los intereses del país (1)” en *El Nacional*, 14 de noviembre de 2023, Disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/el-referendo-sobre-el-essequibo-errado-inconstitucional-inutil-inoportuno-y-contrario-a-los-intereses-del-pais-1> Brewer-Carías, “El referendo es contrario a los intereses del país,” en *La Razón*, 13 noviembre/; y Allan R. Brewer-Carías de 2023. Disponible en: <https://larazon.net/2023/11/allan-r-brewer-carrias-el-referendo-sobre-el-essequibo-es-inconstitucional-irresponsable-y-contrario-a-los-intereses-del-pais/>

Debe destacarse, por otra parte, que sin analizar realmente la constitucionalidad o no de las preguntas formuladas, la Sala Constitucional sí hizo referencia a los derechos históricos de Venezuela plasmados constitucionalmente desde 1830, en lo que actualmente es la norma del artículo 10 de la Constitución de 1999, y agregó la afirmación, sin que ello tuviera relación alguna con lo que supuestamente decidió, de que “la ruta trazada” en el Acuerdo de Ginebra de 1966 “se circunscribe al uso de mecanismos de concertación, *con exclusión de aquellos estrictamente judiciales,*” ignorando no solo que el artículo IV.2 de ese Acuerdo remite expresamente a los mecanismos de arreglo previstos en el artículo 33 de la Carta de la ONU, entre los cuales se enumera, precisamente “el arreglo judicial;” sino incluso que el propio gobierno de Venezuela, desde cuando se firmó el Acuerdo ya vislumbrado que la controversia conforme al mismo artículo, podía terminar en una revisión judicial como en efecto ha ocurrido ante la Corte Internacional de Justicia.¹¹

La Sala concluyó su sentencia ordenando “la publicación del texto íntegro de esta sentencia en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela.”

¹¹ Debe recordarse la exposición del Canciller Ignacio Iribarren Borges ante el Congreso el 17 de marzo de 1966, explicando el Acuerdo de Ginebra, en la cual dijo: “de acuerdo con los términos del artículo 4, el llamado Laudo de 1899, en caso de no llegarse antes a una “solución satisfactoria,” deberá ser revisado por medio de arbitraje o el recurso judicial” Véase la referencia en Asdrúbal Aguiar, “Venezuela y su Esequibo son la prioridad,” *Diario Las Américas*, 18 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.diariolasamericas.com/opinion/venezuela-y-su-essequibo-son-la-prioridad-n4216929>

**COMENTARIOS SOBRE EL AMPARO CONSTITUCIONAL
DECRETADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL
(SENTENCIA No. 1470 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2023)
CONTRA LA AMENAZA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO
DE LA REPÚBLICA A SU SOBERANÍA E INTEGRIDAD
TERRITORIAL Y DEL DERECHO CIUDADANO A LA
PARTICIPACIÓN POLÍTICA POR PARTE DE GUYANA Y
DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA,
CON OCASIÓN DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS
PRELIMINARES ANTE LA MISMA CONTRA EL
REFERENDO CONSULTIVO SOBRE LA CUESTIÓN
DE LA GUAYANA ESEQUIBA**

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela.

Director de la Revista.

Resumen: *Este comentario jurisprudencial se refiere a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante la cual decretó un amparo en protección de los derechos de la república, contra las amenazas de violación de los mismos por parte de la República Cooperativa de Guyana y la Corte Internacional de Justicia.*

Palabras Clave: *Amparo contra Estados extranjeros; Amparo contra la Corte Internacional de Justicia.*

Abstract: *This jurisprudential comments refers to the judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, by which it decreed an injunction (amparo) for the protection of the rights of the Republic, against threats of violation of those rights by the Cooperative Republic of Guyana and the International Court of Justice.*

Key words: *Action of protection against Foreign States; Action of protection against the International Court of Justice.*

I. LA DEMANDA DE AMPARO INTENTADA POR EL PRESIDENTE Y LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ASAMBLEA NACIONAL ANTE LA SALA CONSTITUCIONAL

El día 15 de noviembre de 2023, que fue el mismo día en el cual se realizó la Audiencia ante la Corte Internacional de Justicia para oír los argumentos de Venezuela sobre las medidas provisionales solicitadas por Guyana contra el referendo consultivo convocado por la Asamblea Nacional para realizarse el 3 de diciembre sobre la cuestión de la reclamación del territorio Esequibo, los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo recibieron en su sede al Presidente de la Asamblea Nacional, quien según información oficial, personalmente presentó:

“un escrito de amparo en defensa del referendo consultivo por el territorio de la Guayana Esequiba, que se realizará el próximo 03 de diciembre,” sobre el cual, según informó el propio Tribunal Supremo, la Presidenta de la Sala destacó que se trataba de “un asunto de gran relevancia nacional, razón por la cual el poder popular espera el pronunciamiento de sus juezas y jueces constitucionales.”

Recordó, además en dicho acto la Presidenta de la Sala que “el pasado 31 de octubre, la Sala Constitucional del alto juzgado, en la sentencia N° 1.469, declaró la constitucionalidad de las preguntas que se formularán en la consulta popular a efectuarse el venidero 03 de diciembre.”¹

Por su parte, el Presidente de la Asamblea Nacional, en el mismo acto expuso sus consideraciones sobre “la solicitud de amparo en defensa del referéndum consultivo por la Guayana Esequiba,” y del “derecho que tiene Venezuela a elegir, el derecho que tiene cada venezolano, cada venezolano a responder las cinco preguntas sobre su territorio,” y sobre la “decisión de requerir al TSJ un amparo para defenderlo, *ante la acción de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia* para pedir la suspensión del evento electoral venezolano.”²

II. EL “ANUNCIO” DE LA SENTENCIA NO. 1470 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2023 DE LA SALA CONSTITUCIONAL ACORDANDO EL AMPARO CONSTITUCIONAL CONTRA LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y EL ESTADO DE GUYANA

Pues bien, bastó un día para que la Sala Constitucional decidiera sobre lo que se le había solicitado, y así al día siguiente de la presentación de la acción de amparo ante el Tribunal Supremo, el 16 de noviembre de 2023 se publicó en la página web del Tribunal Supremo un “aviso” sobre la emisión de una sentencia No. 1470 de esa fecha (Expediente: 23-1150/), dictada precisamente en un procedimiento de “Acción de Amparo Constitucional” en el cual se identificó como “Partes” al “Presidente y Junta Directiva de la Asamblea Nacional.” No se indicó cual podría haber sido la “parte agraviante” en el proceso de amparo.

A partir del día 16 de noviembre, lo único que se supo de la sentencia fue el “aviso” de la misma antes mencionado, y así ocurrió hasta el día 22 de noviembre de 2023 cuando fue publicado el texto de la sentencia en la página web del Tribunal Supremo.³

Durante esos días (entre el 16 y el 22 de noviembre), por tanto, lo único que se conoció era que el fallo, que no se había publicado, había decidido lo siguiente:

1. Que la Sala Constitucional se declaró “competente y admitió” la acción de amparo.
2. Que el asunto se declaró “de mero derecho.”

3. Que la demanda de amparo constitucional se declaró “procedente *in limine litis*” es decir, sin procedimiento y sin haber citado a los presuntos agraviantes, que por lo que se indica en la información dada por el Presidente de la Asamblea en su comparecencia ante la Sala al presentar su acción de amparo, contra “*la acción de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia* para pedir la suspensión del evento electoral venezolano.”

¹ Véase Nota de Prensa del Tribunal Supremo de Justicia de 15 de noviembre de 2023. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/-/presidenta-del-tsj-recibio-escrito-de-amparo-solicitado-por-la-an-en-de-fensa-del-referendo-consultivo-por-la-guayana-essequiba>

² *Ídem.*

³ *Disponible en:* <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/330131-1470-161123-2023-23-1150.HTML>

No es la primera vez que la Sala Constitucional declara con lugar amparos constitucionales *in limine litis*, es decir, sin garantizarle a los supuestos agraviantes que han sido Estados y autoridades extranjeras, derecho alguno a la defensa, declarando que los mismos han violado o amenazado de violar derechos constitucionales de los agraviados declarados además en Convenciones Internacionales. Así ocurrió mediante sentencia No. 937 de 25 de julio de 2014 en protección de los derechos de Hugo Armando Carvajal Segovia que se declararon como violados por las autoridades de Aruba;⁴ y mediante sentencia No. 420 de 12 de mayo 2023 en protección de los derechos de Alex Nain Saab Morán que se declararon violados por las autoridades y tribunales de Cabo Verde y de los Estados Unidos.⁵

En el caso de la acción de amparo constitucional intentada el 15 de noviembre de 2023 (y hasta el 22 de noviembre), constaba de lo afirmado por el Presidente de la Asamblea Nacional, que la misma había sido interpuesta contra “*la acción de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia para pedir la suspensión del evento electoral venezolano,*” los cuales,, por tanto se identificaban como la “parte agraviante” en el proceso de amparo iniciado; y en cuanto a los derechos que se denunciaron como violados, según también lo expresó el accionante, la acción de amparo constitucional se intentó “en defensa del referéndum consultivo por la Guayana Esequiba,” y del “derecho que tiene Venezuela a elegir, el derecho que tiene cada venezolana, cada venezolano a responder las cinco preguntas sobre su territorio.”

Sin embargo, en el “aviso” de la sentencia del 16 de noviembre de 2023, nada se dijo expresamente sobre cuáles habrían sido los “derechos y garantías” constitucionales supuestamente violados, ni los titulares de dichos derechos, ni sobre la legitimación que podría haber tenido el Presidente y la Junta Directiva de la Asamblea Nacional para intentar la acción de amparo constitucional declarada precedente, ni, con precisión, sobre los agraviantes, por lo que ello sólo se podía saber al conocerse el texto de la sentencia, lo que ocurrió a partir del 22 de noviembre de 2023, como se comenta más adelante.

Sin embargo, lo que sí se indicó con precisión en el “aviso” de la sentencia habían sido las consecuencias de haberse declarado la “procedencia” del amparo constitucional que fueron las siguientes:

Primero, que:

“Cualquier decisión o actos materiales de personas naturales o jurídicas (nacionales o extranjeras), organismos internacionales o Estados nacionales, que desconozcan, impidan o pretendan obstaculizar: i.- El derecho de la República Bolivariana de Venezuela a ejercer la soberanía, independencia e integridad *no tendrán ninguna validez ni eficacia jurídica, por lo que las mismas deben ser desconocidas por todos los órganos que ejercen el Poder Público* territorial, conforme a los artículos 1, 10, 11, 12, 13, 14, 15 de la Constitución y ii.-El derecho a la participación política y la celebración del referendo consultivo a celebrarse el 3 de diciembre de 2023; así como por toda persona natural o jurídica en los precisos términos de los artículos 130 y 131 del Texto Fundamental.”

Esta primera “consecuencia” permitía deducir, corroborando lo expuesto por el Presidente de la Asamblea Nacional cuando presentó el amparo ante la Sala, como antes se ha indicado, que la acción de amparo se habría intentado, por una parte, en protección de los

⁴ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/167284-937-25714-2014-14-0770>. HTML. Véanse los comentarios a esta sentencia en: Allan R. BREWER-CARIAS, “Una nueva creación de la Sala Constitucional: el amparo contra Estados extranjeros y el fuero privilegiado de su competencia a favor de los altos funcionarios públicos,” en *Revista de Derecho Público*, No 139 (Tercer Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 162-173.

⁵ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/325017-0420-12523-2023-23-0208>. HTML

“derechos” de la República “a ejercer la soberanía, independencia e integridad territorial” y de los derechos de los órganos del Estado a la “celebración de referendos consultivos” conforme a la Constitución; y por la otra, en protección “el derecho a la participación política” de los ciudadanos.

De la redacción de este dispositivo, parecía deducirse que los presuntos agraviantes serían “personas naturales o jurídicas (nacionales o extranjeras), organismos internacionales o Estados nacionales” que hubieran amenazado o intentado impedir que la República y los ciudadanos venezolanos pudieran ejercer los “derechos” protegidos, siendo deducible que se hubiera incluido en esa lista de presuntos agraviantes al “Estado nacional” de Guyana que solicitó a la Corte Internacional de Justicia que dictara medidas provisionales para impedir que el referendo consultivo se realizase en la forma cómo se concibió, y a la propia Corte Internacional de Justicia ante la amenaza de que pudiera dictar sentencia acordando medidas provisionales contra Venezuela.

En la lista de “personas naturales” presuntas agraviantes de los “derechos” mencionados de la República y de los ciudadanos venezolanos, quizás podrían haber estado los funcionarios y abogados que solicitaron ante la Corte Internacional de Justicia las referidas medidas provisionales, y quizás también los propios jueces de la Corte Internacional de Justicia.

De acuerdo con el “aviso,” el dispositivo de la sentencia agregaba que la protección constitucional decretada de los “derechos” mencionados también estaba dirigida (“así como”) contra las acciones u omisiones de “toda persona natural o jurídica en los precisos términos de los artículos 130 y 131 del Texto Fundamental;” normas que regulan los deberes de los venezolanos “de honrar y defender a la patria, sus símbolos y valores culturales; resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación” (art. 130), y de “toda persona” (venezolano o extranjero) “de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público”(art. 131).

Segundo, que:

“La República Bolivariana de Venezuela *no reconoce los laudos viciados de nulidad*, como es el caso del Laudo de París de 1899, conforme al artículo 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

En realidad, este dispositivo era una declaración general que precisa, respecto del Laudo arbitral de 1899, lo que indica el artículo 10 de la Constitución.

Tercero, que:

“*declara que la Ley aprobatoria del Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966*, publicada en Gaceta Oficial N° 28.008 del 15 de abril de 1966, es el único instrumento válido del derecho internacional para alcanzar la resolución pacífica de esta disputa territorial entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela.”

La declaración no era más que una reiteración de la validez del Acuerdo de Ginebra de 1966, en virtud de cuyo texto expreso el diferendo con Guyana por la reclamación del Esequibo está actualmente ante la Corte Internacional de Justicia, como el mecanismo de “arreglo judicial” enumerado en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas al cual remitió el artículo IV.2 del Acuerdo.

Cuarto, que:

“*Se ordena* al ciudadano Presidente de la República en ejercicio de sus competencias (artículo 236.4 de la Constitución) continuar con la protección de los derechos e intereses de la República en torno a esta causa histórica nacional en la defensa de su derecho soberano sobre la Guayana Esequiba, conforme al artículo 152 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece expresamente que las relaciones internacionales de la Repú-

blica responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo, en tanto ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, así como la solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad.

Esta orden parecía impertinente pues las funciones del Presidente de la República están en la Constitución, de la cual deriva su deber de actuar en la conducción de las relaciones internacionales, de manera que su inclusión en la sentencia (según el “aviso” de la misma) lo que podría era llevar a pensar que la “acción de amparo” también habría sido “intentada” contra el Presidente por supuestamente no cumplir sus deberes constitucionales, que sería lo único que podría justificar una “orden” de esta naturaleza dirigida por la Sala Constitucional exclusivamente al Presidente de la República. Luego que circuló el texto de la sentencia se constató que no fue así.

Quinto, que:

“Se *ordena* al Consejo Nacional Electoral, continuar en el marco de sus competencias, con los trámites necesarios para garantizar el derecho a la participación política de los ciudadanos venezolanos, a los fines de realizar el Referendo Consultivo pautado para el 3 de diciembre de 2023.”

En este caso también, esta orden parecía impertinente pues sin perjuicio de la opinión que se pueda tener sobre el referendo consultivo, las funciones del Consejo Nacional Electoral están en la Constitución, de la cual deriva su deber de actuar en la realización del referendo consultivo para garantizarle a los ciudadanos su participación política, de manera que su inclusión en la sentencia (según el “aviso” de la misma) lo que también podía era llevar a pensar que la “acción de amparo” habría sido “intentada” contra el Consejo Nacional Electoral por no cumplir sus deberes constitucionales, que sería lo único que podría justificar una “orden” de esta naturaleza dirigida por la Sala Constitucional exclusivamente al Consejo nacional Electoral. Luego que circuló el texto de la sentencia se constató que no fue así.

Sexto, que:

“Se *ordena* la publicación íntegra del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y en la Gaceta Judicial de este Tribunal Supremo de Justicia, con la siguiente mención en su sumario: *Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que ordena al Consejo Nacional Electoral continuar, en el marco de sus competencias, con los trámites necesarios para garantizar el derecho a la participación política de los ciudadanos venezolanos, a los fines de realizar el referendo consultivo pautado para el 3 de diciembre de 2023*”.

Sin perjuicio del análisis del texto completo de la sentencia que se hace más adelante para entender y desentrañar en qué consistió la acción de amparo intentada, así como determinar la parte agravante y agraviada, y los agravios o amenazas de violación de derechos constitucionales que la motivaron, partiendo del “aviso” de la sentencia, de la primera de las decisiones adoptadas que se copiaron en el mismo, como antes se dijo, parecía estar claro que los derechos denunciados como violados o amenazados de violación habían sido, por una parte, los “derechos” de la República y de sus órganos a “ejercer la soberanía, independencia e integridad territorial,” conforme a la Constitución, y a la “celebración de referendos consultivos;” y por la otra, “el derecho a la participación política” de los ciudadanos.

En el primer caso se trataría de la protección de “derechos” de una de las personas territoriales del Estado (la República); y en el segundo caso, se trataría de la protección de un derecho político colectivo o difuso como es el de la participación política.

En ninguno de esos casos, como se argumenta más adelante al analizar el texto de la sentencia, conforme lo tiene establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, funcionarios públicos, como el Presidente y la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, tendrían legitimación activa alguna para intentar una acción de amparo constitucional sea en protección de “derechos” de la República, o en protección de derechos colectivos o difusos de los ciudadanos, razón por la cual, conforme a la jurisprudencia de la Sala, la “acción de amparo” que habría sido intentada debió haber sido declarada inadmisibile.

III. LA SENTENCIA No. 1470 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2023 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DECRETANDO UN “AMPARO CONSTITUCIONAL” CONTRA LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA REPÚBLICA COOPERATIVA DE GUYANA POR LA AMENAZA INMINENTE DE QUE PODÍAN IMPEDIR U OBSTACULIZAR EL REFERENDO CONSULTIVO CONVOCADO PARA EL 3 DE DICIEMBRE DE 2023 SOBRE LA CUESTIÓN DEL TERRITORIO ESEQUIBO

Todo lo anterior era lo que en nuestro criterio se podía deducir del “aviso” de la sentencia No. 1470 del 16 de noviembre de 2023, cuyo texto solo se conoció el 22 de noviembre de 2023,⁶ cuando se incluyó y publicó en la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

Con el texto publicado, por tanto, fue sólo a partir del 22 de noviembre cuando se conoció con precisión cuál fue con precisión la petición formulada por el Presidente y la Junta Directiva de la Asamblea Nacional (amparo constitucional en protección de derechos e intereses difusos y colectivos); cuáles fueron los derechos que se buscó proteger (derechos de soberanía en integridad de la república y de participación política de los venezolanos); contra quién se intentó el amparo constitucional como parte agravante (Corte Internacional de Justicia y Estado de Guyana); cuales fueron los hechos lesivos (la amenaza de lesión de los derechos denunciados como violados por la petición formulada por Guyana ante la Corte Internacional de Justicia contra el referendo consultivo); y cuál fue la motivación de la sentencia para adoptar las decisiones mediante las cuales se declaró que

“Cualquier decisión o actos materiales de personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, organismos internacionales o Estados nacionales que desconozcan, atenten, impidan o pretendan obstaculizar: i.- El derecho de la República Bolivariana de Venezuela a ejercer la soberanía, independencia e integridad territorial, conforme a los artículos 1, 10, 11, 12, 13, 14, 15 de la Constitución y ii.- El derecho a la participación política y la celebración del referendo consultivo a celebrarse el 3 de diciembre de 2023; *no tendrán ninguna validez y eficacia jurídica*, por lo que las mismas deben ser desconocidas por todos los órganos que ejercen el Poder Público, así como por toda persona natural o jurídica en los precisos términos de los artículos 130 y 131 del Texto Fundamental.”

1. *La acción de amparo constitucional intentada*

De acuerdo con lo que se explica en el texto de la sentencia, lo que el Presidente y la Junta Directiva de la Asamblea Nacional intentaron el 15 de noviembre de 2023, fue una “acción de amparo constitucional en protección de los derechos colectivos y los intereses difusos de todos los venezolanos y venezolanas a participar en el referendo consultivo del 3 de diciembre de 2023,”

“(…) dada la solicitud de medidas provisionales solicitadas por la República Cooperativa de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia, para que dicho órgano suspenda la celebración del Referendo Consultivo convocado para que el pueblo venezolano de manera democrática y soberana se pronuncie respecto a la defensa del territorio del Esequibo, despojado de forma fraudulenta en 1899 a la República Bolivariana de Venezuela por parte del

⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/330131-1470-161123-2023-23-1150.HTML>

imperialismo inglés y ahora con la pretensión del Gobierno de Guyana, respaldado por la Exxon Mobil y el Comando Sur del Gobierno de Estados Unidos de América, en desconocimiento de los artículos 1, 5, 10, 13, 27, 62, 70 y 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)”.

En particular, sobre la solicitud formulada por Guyana ante la Corte Internacional de Justicia para que ésta dictase “*medidas provisionales para que no proceda el referendo consultivo previsto en Venezuela en su forma actual, específicamente de las preguntas 1, 2 y 5*”, los accionantes en amparo consideraron que, con dicha solicitud, Guyana:

“agrede los derechos irrenunciables de Venezuela sobre su soberanía y el derecho a la autodeterminación de la Nación;” [...] “está en contra de los derechos e intereses del pueblo y lesiona la soberanía de la República Bolivariana de Venezuela, al desconocer abiertamente el ordenamiento jurídico venezolano y, por ende, la soberanía e independencia de nuestro país.”

Los accionantes en amparo constitucional formularon, entre otros, los siguientes argumentos para fundamentar su acción, que:

“resulta inadmisibles e inaceptable de ninguna manera una hipotética sentencia de la Corte Internacional de Justicia, que ordene la suspensión y no realización del Referendo Consultivo convocado para el 3 de diciembre del presente año, para que la población venezolana opine sobre el territorio Esequibo. Aceptar que desde instancias internacionales se dicten pautas y directrices de carácter obligatorio para la República Bolivariana de Venezuela, implicaría ceder la soberanía venezolana, desconocer el ordenamiento jurídico venezolano y permitir que los mecanismos de solución de disputas internacionales intervengan en nuestros asuntos internos;”

[que]

“el Tribunal Supremo de Justicia en fecha 31 de octubre de 2023, mediante sentencia Nro. 1469 declaró la constitucionalidad de las cinco preguntas del referendo consultivo que se celebrará el próximo 3 de diciembre de 2023, corroborando que las mismas se encuentran ajustadas a derecho;”

[que]

“conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el único órgano que podría suspender una consulta popular a la población venezolana mediante un referendo consultivo es el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, por ser competencia exclusiva y excluyente del Máximo Tribunal de la República”.

[y que]

“nos encontramos ante una evidente y flagrante violación de derechos irrenunciables consagrados en nuestra Constitución y demás leyes como la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial, el derecho a la autodeterminación nacional, así como el ejercicio democrático de expresión popular. Por lo tanto, la presente solicitud tiene como objeto ejercer un amparo constitucional que proteja los derechos de la República Bolivariana de Venezuela y de su pueblo y un control innominado de constitucionalidad, por existir una antinomia entre la Constitución y las atribuciones que pretende arrogarse ese organismo internacional en desconocimiento de la soberanía venezolana, lo que amerita que la Sala Constitucional, en ejercicio de su condición de último intérprete de la Constitución, realice el debido control de esas normas de rango constitucional y pondere si con una sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en donde ordene a Venezuela suspender un referendo consultivo a la población, con fundamento en las normas constitucionales citadas ut supra, se verifica tal confrontación con el ordenamiento jurídico venezolano, fundamentada dicha atribución del Máximo Tribunal de la República en el artículo 335 de la Constitución”.

Concluyeron los accionantes, entre otras peticiones, además de que se declarase con lugar “*la presente acción de amparo constitucional, respecto al resguardo de los derechos de la República Bolivariana de Venezuela consagrados en la Constitución y los tratados integrantes del sistema constitucional venezolano y los compromisos adquiridos internacionalmente de forma legítima,*” que la Sala Constitucional:

“4. Contradiga categóricamente las groseras e irrespetuosas pretensiones de las autoridades de la República Cooperativa de Guyana de derogar el legítimo Referendo Consultivo para la Defensa de la Guayana Esequiba, a través de solicitudes expresas ante la Corte Internacional de Justicia.

5. Reitere que la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966, publicada en Gaceta Oficial No. 28.008 del 15 de abril de 1966, es el único instrumento válido del derecho internacional para alcanzar la resolución pacífica de esta disputa territorial entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela, invalidando el nulo e írrito Laudo Arbitral de París de 1899 y cualquier otra pretensión fraudulenta que intente arrebatar el territorio de la Guayana Esequiba que es históricamente legítimo e irrenunciable de la República Bolivariana de Venezuela.

6. Ordene al Consejo Nacional Electoral, que continúe con la organización del Referendo Consultivo, pautado para el 3 de diciembre de 2023, que ha sido convocado por la Asamblea Nacional de acuerdo a lo consagrado en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”

La Sala Constitucional, en su sentencia No. 1470 del 16 de noviembre de 2023, consideró en definitiva que

“la parte actora ejerció pretensión de amparo constitucional contra la amenaza cierta e inminente de violación a los principios de independencia, libertad, soberanía, integridad territorial y autodeterminación nacional, así como al derecho de participación política de los venezolanos y las venezolanas que representa la petición de medidas provisionales solicitadas por el Gobierno de la República Cooperativa de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia para que se suspenda la celebración del referendo consultivo previsto para el 3 de diciembre de 2023.”

2. Competencia y admisión de la acción de amparo

La Sala declaró su competencia para conocer de la acción de amparo intentada con base en lo previsto en el artículo 25.21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que le atribuye competencia para:

“Conocer las demandas y las pretensiones de amparo para la protección de intereses difusos o colectivos cuando la controversia tenga trascendencia nacional, salvo lo que disponen leyes especiales y las pretensiones que, por su naturaleza, correspondan al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral (...).”

Como consecuencia, procedió a admitir la acción de “amparo constitucional para la protección de los derechos colectivos e intereses difusos de los venezolanos y las venezolanas incoada,” cuando lo que debió haber hecho la Sala debió haber sido declarar inadmisibles la acción intentada conforme lo tiene establecido en su reiterada jurisprudencia.

En efecto, la Sala ha decidido que los funcionarios públicos, como son el Presidente y la Junta Directiva de la Asamblea Nacional -, con la excepción del Defensor del Pueblo, no tienen legitimación activa alguna para poder intentar una acción de amparo constitucional en protección de “derechos” de la República, o en protección de derechos colectivos o difusos de los ciudadanos, razón por la cual, la acción de amparo constitucional intentada en este caso debió haber sido declarada inadmisibles.

En efecto, en cuanto a las acciones de amparo para la protección de los derechos y garantías constitucionales de las personas de derecho público territoriales, la Sala Constitucional se ha pronunciado excluyendo de protección mediante amparo constitucional dichas “garantías institucionales” de la autonomía de los entes político-territoriales establecidas en la Constitución. Así lo decidió Sala Constitucional mediante No 1655 de 5 de diciembre de 2012 rechazando lo que denominó como el “amparo organizacional,” como una pretendida figura destinada a tutelar potestades públicas o garantías institucionales.”⁷ En otros casos también relativos a derechos y garantías constitucionales de personas de derecho público territoriales (Estados o Municipios), la Sala ha considerado, por ejemplo, en sentencia No 1395 de 21 de noviembre de 2000, que los entes públicos territoriales solo podían acudir a la acción de amparo constitucional para defender los derechos constitucionales de los que podrían ser titulares, como el derecho al debido proceso, o el derecho a la igualdad, o a la irretroactividad de la ley; considerando en cambio, que no pueden accionar en amparo constitucional para tutelar la garantía de la autonomía que la Constitución les reconoce o las potestades y competencias que aquella comporta.⁸

Por otro lado, en cuanto a las acciones de amparo intentadas para la protección del derecho colectivo y difuso a la participación política de los ciudadanos, la Sala Constitucional ha elaborado una tradicional jurisprudencia estableciendo cuál es la legitimación activa que es admisible en este tipo de acciones, habiendo excluido a todos los funcionarios públicos de la legitimación para intentarlas, *con la única excepción del Defensor del Pueblo*. Ello, en virtud de la creación de este órgano en la Constitución de 1999 como parte del Poder Ciudadano, al cual se le asignó entre sus funciones constitucionales la de poder intentar “acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones” de protección de los derechos constitucionales (art. 281), en particular, de los de carácter difuso y colectivo, como es precisamente el derecho a la participación política de los ciudadanos en general.

Sobre ello, la Sala Constitucional ha sido enfática en indicar que la Defensoría del Pueblo, conforme a sus atribuciones constitucionales

“de pleno derecho [está] legitimada para interponer acciones cuyo objeto es hacer valer los derechos o intereses difusos y colectivos, sin que pueda plantearse cuestión alguna sobre si para accionar se requiere de la aquiescencia de la sociedad que representa para que ejerza la acción. Por mandato del Derecho Objetivo, la Defensoría del Pueblo, adquiere - además - interés legítimo para obrar procesalmente en defensa de un derecho que le asigna la propia Constitución, y que consiste en proteger a la sociedad o a grupos dentro de ella, en los supuestos del artículo 281 *eiusdem*.”⁹

⁷ Véase sentencia N° 1655 de 5 de diciembre de 2012, en *Revista de Derecho Público*, N° 132, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 184-185.

⁸ Véase entre otras, la sentencia N° 1395 de 21 de noviembre de 2000 (Caso: *Gobernación del Estado Mérida y otras vs. Ministerio de Finanzas*), en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 315 ss. Véase también la sentencia de 2 de octubre de 1997 de la antigua Corte Suprema de Justicia, argumentando que las entidades político territoriales, como personas morales, no pueden intentar acciones de amparo sino sólo para la protección de derechos constitucionales en estricto sentido excluyendo de la protección las garantías constitucionales como la de la autonomía territorial. Citada por Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas, 2001, pp. 122-123.

⁹ Véase la sentencia de la sala Constitucional No. 656 de 30 de junio de 2000, caso *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/656-300600-00-1728%20.HTM>

Entre esos derechos está el derecho a la participación política al cual se refirió precisamente la sentencia citada, siendo la principal consecuencia de la creación de la figura del Defensor del Pueblo con competencia para intentar estas acciones, que los otros funcionarios del Estado carecen de dicha legitimación.¹⁰

En este sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, ha rechazado un recurso de amparo para la protección de derechos colectivos o difusos intentado por un Gobernador de Estado, resolviendo que los Estados y Municipios no pueden interponer acciones de protección de derechos e intereses difusos y colectivos, salvo que una ley los autorice expresamente.¹¹

Por todo ello, en la mencionada sentencia N° 1395 de 21 de noviembre de 2000, la Sala Constitucional sentó el criterio de que:

“Dentro de la estructura del Estado, *sólo la Defensoría del Pueblo* (en cualquiera de sus ámbitos: nacional, estatal, municipal o especial) puede proteger a las personas en materia de intereses colectivos o difusos, no teniendo tal atribución (ni la acción), ni el Ministerio Público (excepto que la ley se la atribuya), ni los Alcaldes, ni los Síndicos Municipales, a menos que la ley se las otorgue.¹²

En la misma sentencia la Sala Constitucional decidió que:

“las acciones en general por derechos e intereses difusos o colectivos pueden ser intentadas por cualquier persona, natural o jurídica, venezolana o extranjera domiciliada en el país, que mediante el ejercicio de esta acción, accede a la justicia. El Estado venezolano, como tal, carece de ella, ya que tiene mecanismos y otras vías para lograr el cese de las lesiones a esos derechos e intereses, sobre todo por la vía administrativa, pero la población en general está legitimada para incoarlas, en la forma que explica este fallo, y ellas pueden ser interpuestas por la Defensora del Pueblo, ya que según el artículo 280 de la Carta Fundamental, la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos.

A juicio de esta Sala, la norma señalada no es excluyente y no prohíbe a los ciudadanos el acceso a la justicia en defensa de los derechos e intereses difusos y colectivos, ya que el artículo 26 de la vigente Constitución consagra el acceso a la justicia a toda persona, por lo que también los particulares pueden accionar, a menos que la ley les niegue la acción.”¹³

En consecuencia, ningún funcionario público incluidos el Presidente y la Junta Directiva de la Asamblea Nacional - excepto el Defensor del Pueblo - , puede intentar acciones de amparo en protección de derechos o intereses colectivos o difusos de los ciudadanos, como el derecho a la participación política en general, y en particular mediante referendos. Esa es la doctrina de la Sala Constitucional y, conforme a ella, la misma debió haber declarado inadmisibles la acción de amparo constitucional intentada por el Presidente y Junta Directiva de la Asamblea Nacional.

¹⁰ Ver Allan R. BREWER-CARÍAS, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. The Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 203.

¹¹ Véase la sentencia N° 1395 de 21 de noviembre de 2000 (Caso: *Gobernación del Estado Mérida y otras vs. Ministerio de Finanzas*), en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 315 ss. Véase los comentarios a la misma en Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas, 2001, p. 115.

¹² Véase la sentencia de la Sala Constitucional No. 656 de 30 de junio de 2000, caso *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/656-300600-00-1728%20.HTM>

¹³ *Idem*.

Pero la Sala, haciendo caso omiso de su propia jurisprudencia, admitió la acción declarando el proceso como de “mero derecho,” que “no requiere la promoción y evacuación de medio probatorio alguno y que debe ser decidido por su trascendencia, urgencia e inmediatez sin la celebración de la audiencia oral, razón por la cual, la Sala procederá directamente a decidir en esta oportunidad el fondo del asunto controvertido.”

3. *Consideraciones sobre la soberanía, la integridad territorial y la participación*

Declarado lo anterior, la Sala pasó a decidir formulando “un conjunto de consideraciones, en torno a la soberanía e integridad territorial, así como a la participación política.”

En cuanto a la soberanía e integridad territorial, la Sala hizo referencia a conceptos fundamentales del constitucionalismo reiterados en múltiples sentencias, como son la supremacía constitucional, la labor jurisdiccional en la interpretación de la Constitución, la labor del Tribunal Supremo de Justicia para lograr la garantía de la supremacía y efectividad de las normas y principios contenidos en la misma. La Sala también enfatizó sobre “la soberanía y la integridad territorial de la República” como “*derechos irrenunciables de la Nación*” (artículo 1 de la Constitución), porque sin ellos no es posible la independencia y autodeterminación nacional,” considerando que a la soberanía “como manifestación de la unidad nacional y no a parcialidades sociales o político-territoriales.”

Siguió la Sala Constitucional, transcribiendo consideraciones formuladas de su anterior sentencia No. 1469 del 31 de octubre de 2023, sobre la firma del Acuerdo de Ginebra de 1966, sobre que “*el territorio correspondiente a la Guayana Esequiba que poseía la Capitanía General de Venezuela antes del proceso político que se inició el 19 de abril de 1810, le pertenece a la República Bolivariana de Venezuela por aplicación del principio uti possidetis iuris,*” y sobre el principio declarado en todas las Constituciones a partir de 1830, que en la Constitución de 1999 se formula indicando que “*el territorio y demás espacios geográficos de la República son los que correspondían a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política iniciada el 19 de abril de 1810, con las modificaciones resultantes de los tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad;*” concluyendo con la apreciación de que “ toda la sociedad tiene la obligación de defender la integridad territorial y la soberanía.”

En cuanto a la *participación política y soberanía*, la Sala formuló consideraciones generales sobre la supremacía de la Constitución, y sobre la vinculación de la Constitución con la idea de soberanía, haciendo referencia a sentencias anteriores, indicando que, en relación con los Estados nacionales, implica, desde el punto de vista externo, “su independencia, integridad territorial y la autodeterminación nacional respecto de otros estados, entes - vgr. Corporaciones transnacionales -, instituciones - vgr. Órganos judiciales internacionales -”; y desde el punto de vista interno “materializado en la unidad del pueblo, integridad de su territorio y la autodeterminación nacional -,” advirtiendo en relación con este último concepto que “no hay derecho a la autodeterminación de las minorías sino del pueblo de la República Bolivariana de Venezuela en su conjunto como único soberano.”

Posteriormente, al referirse en particular a la jurisprudencia reiterada de la misma Sala “respecto a la interpretación del ordenamiento jurídico conforme al principio de participación,” destacando que “*el ejercicio de la actividad gubernamental debe darse en el marco del principio de participación,*” y que *el alcance del principio de participación debe materializarse, entre otros, “en el derecho de los ciudadanos a tomar parte en el ejercicio del poder público y su control.”*

Todo lo anterior, a juicio de la Sala, reiterando anterior jurisprudencia, le impone al Juez Constitucional, por una parte, “la obligación de interpretar el ordenamiento jurídico en orden a favorecer el ejercicio del derecho a la participación y, por la otra, en asumir las manifestaciones o el resultado del ejercicio del derecho de participar como un arquetipo o valor fundamental que incide en la totalidad del sistema normativo objeto de modificación;” conside-

rando que el principio de participación, se verifica “en todas aquellas normas en las cuales se ha establecido la consulta o participación popular directa, para la asunción de las decisiones del Estado” como es el caso de los referendos consultivos citando de nuevo la sentencia anterior No. 1469 de 31 de octubre de 2023, en la cual declaró “constitucional” las preguntas “*Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el 3 de diciembre de 2023.*”

De todo lo anterior, la Sala consideró que:

“la celebración del referendo consultivo constituye el ejercicio de un derecho fundamental, en el marco del ordenamiento constitucional vigente, y que, por lo tanto, no corresponde a ningún organismo internacional o Estado Nacional, formular pronunciamiento alguno en torno a su conformidad a derecho, todo ello bajo el principio de autodeterminación y no intervención -injerencia- (Preámbulo y artículo 1 de la Constitución). Sería un despropósito y la negación de la existencia misma de la República, aceptar o permitir que agentes foráneos puedan anular o socavar uno de los elementos característicos de la institucionalidad del país, como lo es el carácter participativo de la democracia en la República Bolivariana de Venezuela (artículos 2 y 62 Constitucionales).”

La Sala, luego de hacer referencia al artículo 2.7, de la Carta de las Naciones Unidas según el cual “*Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta...*” concluyó afirmando que:

“De ello resulta pues, que ningún organismo internacional ni Estado, está legitimado para intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, como la que aquí se pretende acometer contra la República Bolivariana de Venezuela al cuestionar u obstaculizar el ejercicio de un derecho como lo es el de participación política, lo cual constituye una actuación contraria a derecho, y por lo tanto, carente de validez y eficacia en el orden jurídico nacional e internacional.”

4. *El amparo intentado “por amenaza de violaciones constitucionales” por parte de la Corte Internacional de Justicia y del Estado de Guyana*

Luego de las consideraciones generales antes mencionadas, la Sala Constitucional en la sentencia No. 1470 del 16 de diciembre de 2023 (conocido el 22 de noviembre de 2023), constató que la acción de amparo intentada por el Presidente y miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, fue *contra la amenaza “inmediata, posible y realizable por parte de la Corte Internacional de Justicia y de la República Cooperativa de Guyana,”* por los “*actos que pretendan impedir u obstaculizar el referendo consultivo soberana y legítimamente convocado en la República Bolivariana de Venezuela por iniciativa de la Asamblea Nacional de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del Texto Fundamental.*”

En efecto, la Sala estimó que los accionantes habían denunciado que:

“(...) *el 31 de octubre de 2023, las autoridades de la República Cooperativa de Guyana solicitaron ante la Corte Internacional de Justicia, medidas provisionales con la pretensión de que no se celebre el Referendo Consultivo, pautado para el 3 de diciembre de 2023, significando este hecho una violación flagrante a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al legítimo derecho a la autodeterminación del Pueblo venezolano y el pleno ejercicio de su soberanía nacional.*”

Reafirmando sobre lo anterior, la Sala consideró que constituía:

“un hecho notorio comunicacional que “*Guyana solicitó a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) suspender un referendo consultivo impulsado por Venezuela sobre el territorio Esequibo que ambos países se disputan desde hace más de un siglo, según un comunicado del*

máximo tribunal de la ONU difundido este martes (31.10.2023)” (cfr. Página web consultada el 15 de noviembre de 2023, en: <https://www.dw.com/es/guyana-pide-a-cij-frenar-referendo-en-venezuela-sobre-zona-en-disputa/a-67272070>), así como que “Venezuela dijo el miércoles ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el máximo tribunal de la ONU, que nada podrá impedirle celebrar un referendo sobre una disputada región rica en petróleo administrada por Guyana y reiteró que no reconoce la jurisdicción de este tribunal en esta cuestión” (cfr. Página web consultada el 15 de noviembre de 2023, en: “<https://www.telesurtv.net/news/venezuela-argumentos-defensa-referendo-corte-la-haya-20231115-0005.html> y <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20231115-venezuela-se-mantiene-firme-ante-la-cij-y-dice-que-celebrar%C3%A1-un-referendo-sobre-la-zona-disputada-con-guyana>”).

Con base en lo anterior, la Sala Constitucional estimó que se había verificado “conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la existencia de una amenaza y que tal amenaza es inminente,” “por parte de la Corte Internacional de Justicia y de la República Cooperativa de Guyana.”

La Sala, teniendo en cuenta que “la consagración de la soberanía plena en la Guayana Esequiba trasciende la dimensión jurídica y constituye un verdadero símbolo en sentido estricto, consideró que:

“cualquier amenaza por parte de personas, organizaciones, organismos o Estados, a los derechos de soberanía e integridad territorial, debe ser objeto de tutela y debido resguardo por todos los órganos que ejercen el Poder Público, en el marco de sus competencias y en particular por esta Sala, en tanto se debe reiterar que desde sus inicios ha sido una jurisprudencia pacífica, la posición del Poder Judicial en relación a las pretensiones de agentes foráneos de desconocer el contenido y alcance de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

Igualmente consideró que:

“no puede pretender ningún organismo internacional desconocer la democracia como forma de Estado y de Gobierno en la República Bolivariana de Venezuela y, por lo tanto, negar la libertad política, en la medida que ésta es un reflejo del principio de autodeterminación y del autogobierno del pueblo y los individuos.”

5. *Decisión acordando el amparo constitucional solicitado por la amenaza de violación de los derechos de la República a su soberanía e integridad territorial y de los ciudadanos a la participación política mediante referendo*

La acción de amparo intentada por el Presidente y miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional en este caso, fue clara y específicamente contra la amenaza de violación de los derechos de la República a su soberanía e integridad territorial y de los derechos de los ciudadanos venezolanos a la participación política mediante el referido referendo consultivo, siendo bien sabido que en estos casos de amparos contra amenazas de violación de derechos, la decisión que se busca del juez constitucional no es de carácter restablecedora, es decir, no busca el restablecimiento de algún derecho constitucionales lesionados, sino que es de carácter preventivo en el sentido de que busca tutelar dichos derechos contra de las amenazas de su violación, evitando que el daño se produzca. El amparo contra amenazas de violación, en este sentido, tiene similitud con los procedimientos de *injunctions* preventivas de los derechos civiles en el derecho angloamericano que procuran “prohibir la ocurrencia de algún acto, o serie de ellos, en el futuro,”¹⁴ y que están diseñadas “para evitar un futuro daño a una persona a través de la prohibición u orden de cumplir una determinada conducta por parte de otra persona.”¹⁵

¹⁴ Véase OWEN M. FISS, *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, 1978, p. 7.

¹⁵ Véase William M. TABB and Elaine W. SHOBEN, *Remedies*, Thompson West, 2005, p. 22.

Es evidente que sería absurdo que, frente a amenazas de violación inminente de derechos constitucionales, la persona afectada, teniendo pleno conocimiento de la ocurrencia próxima de un daño, tuviese que esperar pacientemente a que el acto dañino se produjese, con todas sus consecuencias, para intentar la acción de amparo. Por el contrario, la persona tiene derecho a accionar en procura de una orden judicial que prohíba el acto a cumplirse, evitando así la ocurrencia del daño.

Por ello, la principal condición para esta posibilidad de intentar acciones de amparo contra amenazas a derechos constitucionales es que ellas deben ser reales, ciertas, inmediatas, inminentes, posibles y factibles o realizables, lo que engloba la ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales al precisar que la amenaza debe ser “inmediata, posible y realizable” por el agravante (art. 6.2),¹⁶ de manera que la acción de amparo es improcedente cuando la amenaza o violación de un derecho constitucional ha cesado o terminado (art. 23.1).

Por ello, la Sala Constitucional en la sentencia No 1470 de 16 de noviembre de 2023, para declarar con lugar la acción de amparo en este caso, consideró que: existe:

“la amenaza inminente de la Corte Internacional de Justicia y de la República Cooperativa de Guyana, en impedir u obstaculizar, el referendo consultivo soberanamente convocado en la República para el 3 de diciembre de 2023,” [...] “que supone la petición de medidas provisionales solicitadas por el Gobierno de la República Cooperativa de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia para que se suspenda la celebración del referendo consultivo previsto para el 3 de diciembre de 2023.”

Con base en ello, la Sala Constitucional declaró “procedente *in limine litis* la acción de amparo interpuesta” contra la Corte Internacional de Justicia y el Estado de Guyana, señaladas como partes agravantes en el proceso, por las amenazas de violación de los derechos denunciados por los accionantes, sin haber citado ni oído a dichos agravantes, en violación del principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de los organismos internacionales, y de los más elementales principios del debido proceso.

En efecto, al dictar su sentencia, la sala Constitucional olvidó la existencia del principio universal de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, conforme al cual un Estado no puede ser juzgado por los tribunales de otro Estado, salvo en los casos en los cuales dicho Estado haya aceptado y consentido someterse a la jurisdicción de dichos tribunales de otro Estado. Ello está regulado en el artículo 5 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*,¹⁷ al precisar que “*todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado,*

¹⁶ Véase sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa de 9-6-1988 en *Revista de Derecho Público*, N° 35, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p. 114 y de 14-8-1992 en *Revista de Derecho Público*, N° 51, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 158-159; y la sentencia de la antigua Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 30-6-1988, en *Revista de Derecho Público*, N° 35, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, p. 115. Estas condiciones generales se han considerado como concurrentes cuando se refieren a la tutela constitucional ante daños que alguien pronto infligirá en los derechos de otra persona. Véase sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa de 24-6-1993 en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, p. 289; y de 22-3-1995, caso *La Reintegradora*, en Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Ed. Sherwood, Caracas 2001, p. 239.

¹⁷ Véase sobre esto, MARIANO T. se Alba URIBE, “Hugo Carvajal y el derecho internacional: Explicación sencilla” en *Juris Novus, Análisis del Acontecer Mundial*, Julio, 24, 2014, en <http://jurisnovus.blogspot.com/2014/07/hugo-carvajal-y-el-derecho.html>

según lo dispuesto en la presente Convención,”¹⁸ salvo cuando haya consentimiento expreso del Estado.¹⁹ Esta inmunidad jurisdiccional, por supuesto, también la tienen los organismos internacionales como la Corte Internacional de Justicia, conforme a la *Convención de las Naciones Unidas sobre Privilegios e inmunidades de los Organismos Especializados*, en vigor desde 1949.

Como lo recordó Héctor Faúndez hace unos años ante una sentencia similar de la Sala Constitucional,²⁰ el principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados implica que el Tribunal Supremo de Venezuela “solo tiene competencias dentro del territorio nacional” y no puede “emitir un amparo contra una decisión adoptada por autoridades extranjeras en el extranjero.” En el mismo sentido, Carlos Ayala Corao expresó que:

“Los tribunales venezolanos tienen facultad para conocer de abusos contra venezolanos cometidos en el territorio, pero no pueden ejercer jurisdicción sobre otro Estado, porque no son tribunales internacionales ni ejercen jurisdicción universal porque Venezuela no la ha reconocido.”²¹

Por otra parte, como se dijo el mandamiento de amparo fue emitido por la Sala Constitucional *in limine litis*, es decir, sin proceso alguno, en violación flagrante violación al derecho al debido proceso y a la defensa garantizados en la Constitución de 1999 (art. 49) y en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 8.b), al haberse emitido, como lo dijo la Sala en los tres casos, *in limine litis*, es decir, de entrada, al iniciarse el procedimiento luego de formuladas las solicitudes de amparo, sin citar ni oír a las partes contra quien se dirigían las acciones, específicamente, el Estado de Guyana y la Corte Internacional de Justicia, las cuales resultaron condenadas por un tribunal venezolano sin siquiera haber sido citados ni oídos.

¹⁸ El artículo 6 de la Convención dispone entre los modos de hacer efectiva la inmunidad del Estado, los siguientes “1. Un Estado hará efectiva la inmunidad a que se refiere el artículo 5 absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado y, a estos efectos, velará porque sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado a que se refiere el artículo. 2. Un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá incoado contra otro Estado si éste: a) es mencionado como parte en el proceso; o b) no es mencionado como parte en el proceso, pero este proceso tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado.”

¹⁹ El artículo 7 de la Convención sobre el tema del “consentimiento expreso al ejercicio de jurisdicción” establece que: “1. Ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión o un asunto si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión o ese asunto: a) por acuerdo internacional; b) en un contrato escrito; o c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado.”

²⁰ Véase la sentencia No. 973 del 25 de julio de 2014 (Caso: *Hugo Carvajal*) disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/167284-937-25714-2014-14-0770.HTML>. Véanse los comentarios a esta sentencia en Allan R. BREWER-CARÍAS, “Una nueva creación de la Sala Constitucional: el amparo contra Estados extranjeros y el fuero privilegiado de su competencia a favor de los altos funcionarios públicos,” en *Revista de Derecho Público*, No 139 (Tercer Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 162-173.

²¹ Véase en el reportaje “Juristas: TSJ no tiene facultad para juzgar actos de otros países. Faúndez y Ayala afirman que la Sala Constitucional erró en el caso Carvajal,” de Juan Francisco Alonso, *El Universal*, 27 de julio de 2014, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140727/juristas-tsj-no-tiene-facultad-para-juzgar-actos-de-otros-paises>

El derecho al debido proceso, al decir de la propia Sala Constitucional, es una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho,”²² que implica que todo proceso debe reunir “las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva,”²³ entre las cuales están: “el ser oído, la presunción de inocencia, el acceso a la justicia y a los recursos legalmente establecidos, la articulación de un proceso debido, la de obtener una resolución de fondo con fundamento en derecho, la de ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente, la de un proceso sin dilaciones indebidas y por supuesto, la de ejecución de las sentencias que se dicten en tales procesos.”²⁴

Pero en particular, en relación con la garantía del derecho a la defensa (art. 49.1, Constitución), la misma Sala Constitucional lo ha considerado como un derecho constitucional “absoluto,” e “inviolable” en todo estado y grado de la causa, “que no puede ser suspendido en el ámbito de un Estado de derecho, por cuanto configura una de las bases sobre las cuales tal concepto se erige.”²⁵ Por ello, la Sala de Casación Civil, lo ha calificado como “el sagrado derecho a la defensa” y como “principio absoluto de nuestro sistema en cualquier procedimiento o proceso y en cualquier estado y grado de la causa.”²⁶ Por todo lo anterior, también, la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reafirmado que:

“cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva.

De la existencia de un proceso debido se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios o recursos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, *siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la violación de la garantía de un debido proceso y el derecho de defensa de las partes.*²⁷

En el caso, la acción de amparo se intentó contra la amenaza de Guyana y de la Corte Internacional de Justicia de violación de derechos de la república a su soberanía y a su integridad territorial, y de los ciudadanos venezolanos a la participación política, y la acción fue declarada procedente, es decir, con lugar, en contra de Guyana y de la Corte Internacional.

²² Véase sentencia N° 123 de la Sala Constitucional (Caso: *Sergio J. Meléndez*) de 17 de marzo de 2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 143.

²³ Véase sentencia N° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes*), en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 148.

²⁴ Véase sentencia N° 80 de 1 de febrero de 2001 (Caso: *Impugnación de los artículos 197 del Código de Procedimiento Civil y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*), en *Revista de Derecho Público*, N° 85-86/87-88 (Enero-Diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 90.

²⁵ Así lo estableció la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 572 de 18-8-97. (Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones)*), en *Revista de Derecho Público*, N° 71-72 (Julio-Diciembre) Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977, p. 158.

²⁶ Véase sentencia N° 39 de 26 de abril de 1995 (Caso: *A.C. Expresos Nas vs. Otros*), en *Jurisprudencia Pierre Tapia*, N° 4, Caracas, abril 1995, pp. 9-12

²⁷ Véase en sentencia No. 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes, C.A. vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Agrario, Penal, de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas*), en *Revista de Derecho Público*, N° 82, EJV, Caracas, 2000.

Sin embargo, debe indicarse que la Sala, en el texto de la sentencia, no dictó orden judicial expresa alguna de carácter preventivo - como corresponde en los casos de acciones de amparo contra amenazas de violación de derechos - contra dichos presuntos agraviantes para que se abstuviesen de realizar las acciones que podrían causar los daños inminentes a los derechos cuya protección se buscó, es decir, *no ordenó* a la Corte Internacional de Justicia que se abstuviese de decidir en la solicitud que le formuló Guyana sobre medidas preliminares contra el referendo consultivo.

La Sala se limitó a declarar en general hacia el futuro que:

“Cualquier decisión o actos materiales de personas naturales o jurídicas nacionales o *extranjeras, organismos internacionales o Estados nacionales* que desconozcan, atenten, impidan o pretendan obstaculizar: i.- El derecho de la República Bolivariana de Venezuela a ejercer la soberanía, independencia e integridad territorial, conforme a los artículos 1, 10, 11, 12, 13, 14, 15 de la Constitución y ii.- El derecho a la participación política y la celebración del referendo consultivo a celebrarse el 3 de diciembre de 2023; no tendrán ninguna validez y eficacia jurídica, por lo que las mismas deben ser desconocidas por todos los órganos que ejercen el Poder Público, así como por toda persona natural o jurídica en los precisos términos de los artículos 130 y 131 del Texto Fundamental. Así se decide.”

Es decir, la decisión de la Sala Constitucional no fue realmente una orden judicial de protección de derechos frente a amenazas inminentes de violación por parte de la Corte Internacional de Justicia y de Guyana, de derechos de la República (a la soberanía e integridad territorial) y de los ciudadanos venezolanos (a la participación política) cuya protección se buscó con la acción interpuesta, sino solo una declaración general dirigida en especial a la Corte Internacional de Justicia (identificada entre los “organismos internacionales”) y a Guyana (identificada entre los “Estados nacionales,”) de que las decisiones o actos materiales que dicten y que desconozcan, atenten, impidan o pretendan obstaculizar dichos derechos de la república y de los venezolanos” no tendrán ninguna validez y eficacia jurídica, por lo que las mismas deben ser desconocidas por todos los órganos que ejercen el Poder Público.”

Esta declaración de la sentencia, por otra parte, se convierte en una “orden” o “mandato” de amparo constitucional dirigido a todos los venezolanos y también a todos los habitantes del país, en el sentido de que conforme a los artículos 130 y 131 de la Constitución, los venezolanos tienen el deber de defender a la patria y de resguardar su soberanía, su integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación; y toda persona tiene el deber de cumplir y acatar la Constitución y los actos que dicten los órganos del Estado, entre ellos las sentencias de la Sala Constitucional.

Es decir, de una acción de amparo intentada por las autoridades de la Asamblea Nacional contra la Corte Internacional de Justicia y el Estado de Guyana por las amenazas inminentes de violación de derechos de la República y de todos los ciudadanos con ocasión de la solicitud de medidas preliminares formuladas por Guyana ante dicha Corte contra el referendo consultivo, además de haber sido declarado “procedente,” resultó un “mandato” u “orden” de amparo constitucional formulado contra todos los venezolanos y habitantes del país de que deben desconocer (como lo decidió la Sala) lo que pueda decidir la Corte Internacional de Justicia y Guyana en relación con el referendo consultivo, debiendo además considerar que dichas acciones que adopten ese “organismo internacional” y ese “Estado Nacional,” no tienen validez ni eficacia jurídica alguna.

La sentencia, además, “ordena” al Presidente de la República que continúe ejerciendo sus competencias constitucionales “para la protección de los derechos e intereses de la República en torno a esta causa histórica nacional en la defensa de su derecho soberano sobre la Guayana Esequiba,” y al Consejo Nacional Electoral para que igualmente continúe ejerciendo sus competencias para garantizar la participación de los venezolanos en el Referendo Consultivo pautado para el 3 de diciembre de 2023. Ni el Presidente de la República ni el

Consejo Nacional Electoral fueron denunciados por el Presidente y Junta Directiva en el amparo intentado como presuntos agraviantes en las amenazas denunciadas de violación de derechos de la República y de los venezolanos, por lo que respecto de estas ‘ordenes’ de la sentencia, lo que se puede decir es que parecen impertinentes.

Aparte de ello, la Sala Constitucional en su sentencia, advirtió, conforme a lo que se solicitó por el Presidente y Junta Directiva de la Asamblea Nacional, que el Acuerdo de Ginebra de 1966 “es el único instrumento válido del derecho internacional para alcanzar la resolución pacífica de esta disputa territorial entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela: “ y que Venezuela “no reconoce los laudos viciados de nulidad, como es el caso del Laudo de París de 1899.”

En estas declaraciones, por supuesto, no hay nada de novedoso. Es precisamente por lo primero, por disposición del artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra, por lo que la cuestión del Esequibo está bajo el conocimiento de la Corte Internacional de Justicia desde 2018; y lo segundo es lo que se deduce de lo dicho en el artículo 10 de la Constitución, siguiendo una tradición constitucional que se remonta a 1930.

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL SOBRE UNA SENTENCIA INEXISTENTE DE LA SALA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL LITERAL “E” DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL

Irma Lovera de Sola
Abogada

Resumen: *Este trabajo relata el contenido y consecuencias de la sentencia N° 378 de fecha 25 de julio de 2022, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con motivo de una revisión constitucional de una sentencia de un tribunal arbitral, que luego de publicada en el portal web del Supremo Tribunal, fue posteriormente borrada.*

Palabras clave: *Laudo arbitral; Control difuso de constitucionalidad; Revisión constitucional; Sala Constitucional. Decisión; Arrendamiento comercial: Moneda extranjera.*

Abstract: *This paper recounts the content and consequences of judgment No. 378 dated July 25, 2022, issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, on the occasion of a constitutional review of a judgment of an arbitral tribunal, which after being published on the website of the Supreme Court, was later deleted.*

Key words: *Arbitral Award; Constitutional Chamber. Decisions; Judicial Review; Commercial lease; Foreign currency.*

INTRODUCCIÓN

Dos temas cruciales en estos momentos en Venezuela fueron abordados por una sentencia a la que le dedico este trabajo: - el arrendamiento comercial, que se rige por la ley promulgada como Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial (Ley de Arrendamiento Comercial), publicada el 23 de mayo de 2014 en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.418, y - el otro tema es el control difuso de la constitucionalidad por parte de los árbitros.

En cuanto a estos dos temas el día 25 de julio de 2022 se dio a conocer la sentencia N° 378 emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia bajo la ponencia del magistrado Calixto Ortega Ríos, que, tanto en el laudo en consulta por control de la constitucionalidad, como en la sentencia, se pretendió hacer uso de la facultad de desaplicar normas para restablecer la constitucionalidad de alguna o para ignorarla al ser una norma inconstitucional.

Es pertinente comentar a manera de introducción en el tema, que en las leyes especiales vigentes que rigen los alquileres de vivienda y los de comercio, hay una explícita prohibición de pactar cánones de arrendamiento en moneda extranjera, mientras que en el día a día, en

todo el país se realizan transacciones grandes y pequeñas, desde la venta de acciones de compañías, hasta la compra de un café en cualquier cafetería, en moneda extranjera, más específicamente en dólares de los Estados Unidos de América.

Este despropósito que constituye esa prohibición de pactar contratos comerciales de alquiler en moneda extranjera, contrasta con la realidad diaria de los ciudadanos de este país y en particular expone a los arrendadores a ver seriamente afectados sus derechos e intereses debido a la constante e imparable inflación que experimentan los precios de bienes y servicios, entre ellos los alquileres obligatoriamente pactados en moneda nacional y sin más paliativo que el verse forzados arrendadores y arrendatarios a renegociar los contratos de arrendamiento comercial con gran frecuencia, puesto que el comerciante ajusta al alza los precios de los productos y servicios que expende, en cambio el arrendador continúa recibiendo como contraprestación por el alquiler de su local una misma cantidad de dinero en Bolívares devaluados.

El caso que comento trata de un procedimiento arbitral tramitado ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, que fue resuelto por árbitro único, que en su laudo arbitral desaplicó el literal “e” del artículo 41 de la Ley de Arrendamiento Comercial, que prohíbe pactar alquileres de locales comerciales en moneda extranjera.

I. EL LAUDO

El árbitro, Gilberto Alejandro Guerrero Rocca, que dictó el laudo referido el 11 de diciembre de 2019, del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas¹, sometido a control de la constitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, fundamentó su decisión en una serie de razonamientos que comento superficialmente debido a que ellos no fueron los mismos en que se basó la sentencia más adelante comentada.

Así pues, mencionó el árbitro que la posibilidad de pactar alquileres en moneda extranjera se esperaba desde hace años y señala que la Ley de Arrendamiento Inmobiliarios de 1999² (LAI), que hoy día solamente rige para oficinas, consultorios, escuelas, industria y otros usos, ya preveía la posibilidad de convenir alquileres pagaderos en moneda extranjera, como moneda de cuenta y de pago, lo cual no es exacto ya que el parágrafo segundo del artículo 17 de la citada ley, dice textualmente:

“En los contratos de arrendamiento en los que las partes hayan pactado el pago del alquiler en moneda extranjera, se considerará al arrendatario liberado de su obligación principal cuando acredite el pago equivalente en moneda nacional.”

Por lo cual queda claramente señalado que la moneda foránea, según la LAI, podría ser de cuenta, pero no de pago obligatorio, a voluntad del arrendatario. Debo recordar al lector que las protecciones contenidas en leyes arrendaticias en general son de Orden Público, por lo cual no pueden ser relajadas ni modificadas por las partes. En consecuencia, según la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios de 1999 (LAI), los contratos de arrendamiento podrían contener obligaciones en moneda extranjera como moneda de cuenta, pero no se podía ni se puede obligar al arrendatario a pagar en divisas, sino que este puede liberarse de la obligación mediante pago en moneda nacional en una cantidad equivalente.

De esa forma y bajo ese argumento, con el matiz señalado, el árbitro pretendió señalar que debería aplicarse a los arrendamientos comerciales el mismo criterio que se usó en la LAI, es decir, permitir pactar rentas arrendaticias comerciales en moneda extranjera-

¹ <https://arbitrajeccc.org/>

² Publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 36.845 del 7 de diciembre de 1999, vigente desde el 1° de enero de 2000.

El otro argumento que usó el árbitro en favor del levantamiento de la prohibición de contrataciones arrendaticias comerciales en moneda extranjera fue el texto del Convenio Cambiario N° 1 entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela de fecha 7 de septiembre de 2018³, y afirma el árbitro en su laudo:

“...para 2018 con la revocatoria de ese régimen cambiario y con el reconocimiento formal -por parte del Estado venezolano- del uso cotidiano de la moneda extranjera en las operaciones comerciales, la posibilidad de pactar cánones de arrendamiento en moneda extranjera ha retomado su validez, y ha apuntalado la tesis que sostiene su inconstitucionalidad sobrevvenida por exceder con creces la racionalidad y temporalidad que inicialmente le justificaban.”

En mi opinión estas aseveraciones no son exactas, ya que si bien el Convenio Cambiario N° 1 flexibilizó el férreo control cambiario que estuvo vigente en Venezuela desde 2003, no lo eliminó ni dio total libertad a los particulares para negociar, pagar, cobrar y comerciar con divisas extranjeras; este Convenio Cambiario N° 1 reconoce una sola vía para la adquisición y venta de divisas extranjeras que son las mesas bancarias de cambio estrechamente ligadas al control y supervisión por parte del Banco Central de Venezuela. Es más, dejó sugerida la posibilidad de retomar el control cambiario.

Por otra parte, argumenta el árbitro, que la fijación de los cánones de arrendamiento comerciales queda en un todo confiados a la autonomía de la voluntad de las partes, pero yo agregaría que sí, que en principio las partes pueden acordar el monto de esa renta arrendaticia siempre que para su cálculo utilicen las herramientas previstas en los artículos 31 y 32 de dicha ley, pero la misma ley que da esa libertad de convenir los alquileres, en su artículo 7 dice:

“En todo lo relacionado con los contratos de arrendamiento a suscribir, se procurará el equilibrio y acuerdo entre las partes. En caso de dudas o controversias, cualquiera de las partes podrá solicitar la intervención de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE).”

y en su artículo 32, numeral 3, parágrafo 4º, lo siguiente textualmente:

“En caso de no poder acordar arrendatarios y arrendadores conjuntamente el canon o de tener dudas en cuanto a su cálculo, deberán solicitar a la SUNDDE su determinación.”

Con lo cual queda desvirtuada la afirmación de que las partes son totalmente libres para fijar los cánones comerciales de alquiler, a lo cual hay que agregar que la propia ley señala porcentajes máximos, plazos para los ajustes del monto de los alquileres y otras restricciones a las cuales las partes están obligadas a someterse.

Por otra parte, es cierto que fue derogada de manera irregular, por la Asamblea Nacional Constituyente, de designación fraudulenta, la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, pero eso no significa que en Venezuela haya total libertad de circulación de monedas extranjeras, ya que al igual que el llamado control de precios, simplemente el Ejecutivo ha decidido convenientemente no aplicarlo, pero en cualquier momento y a su solo criterio y conveniencia puede volver a implementarlo porque las leyes que sustentan esos controles continúan estando vigentes, y de hecho en estos años desde septiembre de 2018 hasta ahora, el Ejecutivo ha fiscalizado, controlado y sancionado a comerciantes por lo que ha considerado subidas injustificadas de precios, cuando los consumidores se han quejado públicamente de algún ajuste al alza de esos precios.

³ *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.405 Extraordinario de fecha 07/09/2018.

Lo mismo sucede con el control cambiario que aparentemente ha sido desechado, pero el Banco Central y el Ejecutivo mantienen estrecha supervisión de las operaciones de compraventa de moneda extranjera y exigen a los bancos la rendición de cuentas diariamente.

El árbitro continúa su exposición argumentativa sobre estas mismas bases ya señaladas y amplía sus opiniones sobre este particular del control cambiario.

El laudo arbitral concluye que el literal “e” del artículo 41 de la ley de Arrendamiento Comercial, que prohíbe la fijación de alquileres en moneda extranjera es inconstitucional y lo desaplica para caso concreto planteado en la demanda arbitral.

II. LA SENTENCIA

El resumen de la sentencia N° 378 del 25 de julio de 2022, emanada de la Sala Constitucional en virtud del control de la constitucionalidad que resuelve la consulta del laudo comentado, debido a la desaplicación del literal “e” del artículo 41 de la ley de Arrendamiento Comercial, en virtud de su supuesta inconstitucionalidad, fue publicado en esa fecha en el portal web del Tribunal Supremo de Justicia. Ese resumen tuvo gran difusión debido a que se abría la posibilidad de pactar alquileres comerciales en moneda extranjera.

La sentencia completa también fue publicada en ese mismo portal web y circuló profílicamente por escrito en papel y en digital, y de la publicación en la web del Tribunal Supremo de Justicia, fue leída y comentada, y me ha llevado a estas conclusiones:

- A. Trata el tema de la desaplicación del literal “j” del artículo 41 de la Ley de Arrendamiento Comercial que prohibía el arbitraje en materia de alquileres comerciales, se fundamenta en los mismos argumentos que cimentaron la primera sentencia de la misma Sala Constitucional sobre este tema, del 18 de octubre de 2018, N° 0702⁴, es decir, en que esa prohibición contradice abiertamente los artículos 253 y 258 de la Constitución que mencionan el arbitraje como medio alterno de resolución de conflictos y exhorta al Poder Legislativo y en general a todos los Poderes Públicos, incluido el Judicial a promover y aplicar el arbitraje. Esta sentencia bajo estos mismos criterios ha sido varias veces ratificada⁵ por la Sala Constitucional, incluido el reconocimiento de la facultad de los árbitros de utilizar el control difuso de la constitucionalidad en caso de que tuviera que aplicar una norma que considere inconstitucional.
- B. La segunda parte de la sentencia que comento se refiere a la prohibición de la Ley de Arrendamiento Comercial de pactar alquileres comerciales en moneda extranjera, contenida en el literal “e” del mismo artículo 41; esa parte de la decisión pretende fundamentar la argumentada inconstitucionalidad de ese literal “e” en varios basamentos.

Entra la decisión de la Sala Constitucional a considerar la función social del derecho de propiedad y a este efecto cita sentencia de esa misma Sala⁶ que abona la función colectiva que legitimaría las limitaciones que las leyes puedan ponerle a ese derecho, contrario a lo alegado por el árbitro para fundamentar su alegato de inconstitucionalidad de la prohibición de pactar alquileres en moneda foránea, el sentenciador dice:

⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional Sentencia 702 del 18-10-2028. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>

⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 971 del 27-7-2023. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/327462-0971-27723-2023-15-0242.HTML>

⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 403 de 24 de febrero de 2006. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/403-240206-05-2389.HTM>

“En consecuencia, y conforme a lo anteriormente expuesto, se concluye que el derecho de propiedad no es sólo un acto de libre disposición por parte del propietario, sino que representa el cumplimiento de una obligación constitucional que busca, que justifican el establecimiento de un régimen jurídico que puede imponer condiciones o restricciones al ejercicio del derecho de propiedad.”

Esto debería significar que las limitaciones que la ley ponga a la contratación arrendataria comercial están justificadas por la función social del derecho de propiedad, pero este argumento en esa sentencia conduce a conclusiones que van en sentido contrario a lo argumentado por el laudo comentado y también a la lógica concatenación del discurso judicial, si es que la sentencia se proponía, como al final lo decide, levantar la prohibición de contratar alquileres comerciales en moneda extranjera; este argumento serviría de base para lo contrario, es decir, para justificar la prohibición de pactar alquileres comerciales en moneda extranjera, como una limitación al derecho de propiedad, que según la decisión queda legitimada por la propia Constitución.

Continúa la sentencia con citas de la decisión de la Sala Constitucional que diferencian los derechos individuales y los colectivos, las materias en que deben aplicarse protecciones a los “débiles jurídicos” (sic) y entra en el análisis de si las partes de un contrato determinado negocian en un plano de igualdad o no. Así mismo precisa que el local del que se trata esta controversia arbitral en particular, forma parte de un centro comercial de grandes dimensiones ubicado en Acarigua, Estado Portuguesa.

Cito textualmente la sentencia:

“Por su parte, tanto la empresa ADMINISTRADORA IN SIGN, C. A. como la empresa CARTERA DE ACTIVOS LHO LA 180654, C. A. son sociedades de comercio y por tanto ostentan la condición de comerciantes y sus administradores conocen los riesgos profesionales que implica tal condición y ambas, se presume, persiguen fines de lucro, con lo cual, se produce un intercambio que involucra una sinergia dirigida a garantizar el cumplimiento del objeto social de cada una de ellas, generando riqueza.”

Y continúa:

“En efecto, se trata de un negocio jurídico realizado entre comerciantes, donde conforme como fue establecido en los límites de la controversia, no se denunció que hubiera existido algún elemento que pudiera viciar el consentimiento más allá del error en derecho en que, según lo señaló la parte demandada, CARTERA DE ACTIVOS LHO LA 180654, C. A. incurrió al momento de firmar el contrato de arrendamiento, “... invitando a la parte demandante a rectificar o modificar el contrato celebrado...”, lo cual denota una capacidad de negociación similar a la de su co-contratante.

En virtud de lo anterior, es forzoso para esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, declarar CONFORME A DERECHO la desaplicación de la prohibición que contiene el artículo 41, literal “e” de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, con efectos relativos y limitados contenido en el laudo arbitral dictado el 11 de diciembre de 2019, en el caso ADMINISTRADORA IN SIGN, C. A. contra CARTERA DE ACTIVOS LHO LA 180654, C. A. por el árbitro único Dr. Gilberto Guerrero Rocca, a cargo del Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Así se decide.” (Mayúsculas en el original.)

Después de haber declarado la validez de la desaplicación de la prohibición de fijar en moneda extranjera los alquileres de ese local comercial en particular, sin haber citado cual es la norma constitucional infringida, la Sala de abstiene de ejercer su facultad (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, art. 34) de dar inicio al procedimiento de nulidad del literal “e” del artículo 41 de la Ley de Arrendamiento Comercial, como lo había ordenado en casos semejantes.

Seguidamente la Sala aplica el artículo 25 de la Ley que rige a ese Supremo Tribunal, y ordena remitir el fallo a la Asamblea Nacional para que sea ella la que estudie la modificación legislativa “a que diera lugar”.

Para dar unas conclusiones quiero resumir que el árbitro, Guerrero Rocca, trajo al laudo una serie de argumentos para fundamentar la supuesta inconstitucionalidad del literal “e” del art. 41 de la Ley de Arrendamiento Comercial que prohíbe la contratación de alquileres comerciales en moneda extranjera; pero si observamos detalladamente, los razonamientos del árbitro, los mismos están basados en leyes y en el Convenio Cambiario N° 1, no directamente en la Constitución; es decir, utiliza el control difuso de la constitucionalidad mediante la desaplicación de una norma legal como el literal “e” del artículo 41 de la Ley de Arrendamiento Comercial sin citar la norma constitucional supuestamente infringida.

Por otra parte, la sentencia de la Sala Constitucional realmente no tomó en cuenta los razonamientos del árbitro en el caso específico del aparte “e” que contiene la prohibición de pactar alquileres comerciales en moneda extranjera, se limitó a copiar y pegar algunas partes de ese laudo, pero ni siquiera mencionó los argumentos del árbitro en la sentencia, sino que ha pretendido basar la desaplicación de ese literal “e” del artículo 41 de la citada ley, en una especie de violación del principio de igualdad entre las partes de ese contrato de arrendamiento específico y concluyó que si ambas partes son sujetos económicamente capaces de negociar como iguales (lo cual no se demostró, sino que la Sala dio por bueno que si son dos compañías anónimas tienen esa capacidad o potencialidad de ser iguales) pueden pactar esos alquileres en moneda extranjera, como si se hubiera tratado de una denuncia por discriminación y violación de la igualdad constitucionalmente consagrada.

Según esta particular comprensión de la igualdad, habría una norma, como la prohibición de fijar rentas comerciales en moneda extranjera, que sería aplicable a arrendadores y arrendatarios que fueran “desiguales”, pero en cambio no sería aplicable esa misma norma a otros contratantes que sean “iguales”.

Utilizando los propios basamentos de la sentencia comentada, habría que señalar que la pretendida inconstitucionalidad así razonada, regiría solamente para empresas “iguales” en su capacidad de negociación y no para todos los ciudadanos, lo cual no constituye la verdadera y universal inconstitucionalidad.

Así pues, esta desaplicación de una prohibición contenida en una ley no fue por su incompatibilidad con normas constitucionales, sino por un curioso viraje en la supuesta aplicación del principio de igualdad contractual que habría que analizar caso por caso.

La Sala pudo haber negado la procedencia de esa desaplicación porque ella, en mi opinión, la prohibición, no colide abiertamente con la Constitución.

No podemos dejar de observar que este inesperado giro del razonamiento que pretende fundamentar la inconstitucionalidad del literal señalado en la sentencia, es al menos curioso y en el mejor de los casos, de aplicación exclusiva a este caso particular.

Debo señalar que la argumentación para desaplicar el literal “e” (prohibición de alquileres en moneda extranjera) del artículo 41 de la Ley de Arrendamiento Inmobiliario para uso Comercial carece de solidez, además de no estar basada en su inconstitucionalidad sino en supuestas contradicciones con textos legales y sub legales, en todo caso esta sentencia comentada solo aplica a ese caso específico y la propia decisión así lo destaca, además de los endeble argumentos que parecen “a la medida” de ese caso solamente.

II. LA SENTENCIA N° 378 DEL 25 DE JULIO DE 2022

La sentencia que vengo comentando, N° 378 del 25 de julio de 2022 emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, apareció publicada en el portal web del Tribunal Supremo de Justicia durante algunas horas de ese mismo día, de ella extrajimos el texto que comento, pero después fue retirada su publicación y desde ese momento hasta la fecha de redacción de este trabajo, no aparece publicada en el portal web del Tribunal Supremo de Justicia, y así puede observarse en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>.

En la actualidad al revisar la página web del Tribunal Supremo de Justicia, no aparece publicado el resumen ni la sentencia originalmente publicados brevemente, solamente aparece número de Sentencia 378, y el resto de la información usual en esa página web como es Procedimiento, Partes, Decisión, Ponente y Número de Expediente, únicamente se pueden observar símbolos #####.

Durante los meses siguientes a la brevísima publicación de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 378 del 25 de julio de 2022, y hasta noviembre de 2023, hemos intentado revisar el expediente para cerciorarnos de que la sentencia referida aparece agregada al expediente N° 20-0041, pero no ha sido posible ver ese expediente, así que, a día de hoy, no me es posible afirmar si la sentencia aparece o no agregada a dicho expediente.

En consecuencia, la sentencia comentada al no haber permanecido publicada en la web del Tribunal Supremo de Justicia, no se puede afirmar que existe o no existe, que tiene efectos jurídicos o no los tiene con todas las consecuencias que ello conlleva, como por ejemplo que las partes de ese procedimiento originalmente arbitral y luego con control judicial de la constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no conocen cuales son sus derechos exigibles legalmente, no se ha respetado su derecho de petición ni al debido proceso, que el expediente donde debió agregarse la sentencia comentada, no es posible revisarlo, que tanto las partes como los ciudadanos permanecen en la incertidumbre de lo decidido en ese caso, en definitiva no es posible consultar el expediente ni el contenido de esa decisión.

Por lo tanto, a pesar de haberse dictado y publicado brevemente en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, y algunas personas “bajamos, descargamos” o copiamos su contenido durante esa breve publicación, la decisión de la Sala Constitucional sobre la aplicabilidad o no del literal “e” del artículo 41 de la ley de Arrendamiento Comercial, al no tenerse la posibilidad de constatar actualmente su contenido, esta situación irregular violenta derechos de los ciudadanos, en este caso no solamente de las partes del litigio arbitral original, sino de los ciudadanos en general, que tienen derecho a revisar expedientes judiciales que son públicos, también se viola su derecho a tener conocimiento de las decisiones dictadas por el Tribunal Supremo y en particular de la Sala Constitucional que toma decisiones que conciernen a derechos y a interpretaciones y violaciones del máximo texto legal del país.

Mas allá del insólito caso de una sentencia que fue dictada, publicado su resumen en la web del TSJ, publicada la sentencia misma completa, y luego desapareció su publicación y hoy día ni siquiera se puede acceder a revisar el expediente para saber con certeza si esa sentencia existe agregada al mismo, sería largo enumerar las infracciones de normas en que se ha incurrido con esta conducta inaceptable que convierte a una decisión del mas alto tribunal de Venezuela en una sentencia que existió y hay evidencia de ello, pero a día de hoy no hay acceso a ella on line ni al expediente.

Este trabajo deja constancia de los hechos tal como han sucedido y llama la atención sobre este inconcebible proceder y se espera que algo como lo sucedido sea esclarecido. Situaciones como esta deben ser corregidas y no deben repetirse.

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA RECONOCE LA VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Laura Louza

Directora y fundadora de la ONG Acceso a la Justicia.

Resumen: *El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de Venezuela, a través de su Sala de Casación Social, reconoció en su sentencia n.º 580 del 19 de diciembre de 2023 la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, a pesar de la denuncia de ese instrumento internacional realizada por el gobierno de Nicolás Maduro en 2013. Este pronunciamiento se fundamenta en la jerarquía constitucional que la Constitución venezolana otorga a los tratados de derechos humanos, contradiciendo la histórica postura del TSJ, en particular de su Sala Constitucional, que suele obstaculizar la aplicación de estos tratados.*

Palabras Clave: *Convención Americana DDHH. Vigencia en Venezuela.*

Abstract: *The Supreme Court of Justice (TSJ) of Venezuela, through its Social Cassation Chamber, acknowledged in its judgment No. 580 dated December 19, 2023, the validity of the American Convention on Human Rights, despite the denunciation of this international instrument by the government of Nicolás Maduro in 2013. This pronouncement is grounded in the constitutional hierarchy that the Venezuelan Constitution grants to human rights treaties, contradicting the historical stance of the TSJ, particularly its Constitutional Chamber, which typically hinders the application of such treaties.*

Key words: *American Convention HHRR. Enforcement in Venezuela.*

«Nadie se mete con Venezuela, ya basta, se le acabó el tiempo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos». Con estas palabras Nicolás Maduro celebró el 10 de septiembre de 2013 la materialización de la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos y, por lo tanto, el fin del sometimiento del país a la jurisdicción del tribunal continental. Sin embargo, quienes desde hace más de una década sostienen que la decisión gubernamental no tiene validez, por cuanto la carta magna da rango constitucional a este y otros tratados internacionales de derechos humanos firmados por la República, han recibido un espaldarazo recientemente desde el sitio menos pensado: el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ).

El máximo juzgado ha reconocido que la Convención, también conocida como Pacto de San José, es parte del ordenamiento jurídico venezolano, pues:

«el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala que: los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público».

Acto seguido, agregó: «siendo importante advertir que, al respecto, consta que la República Bolivariana de Venezuela firmó y ratificó el Pacto de San José de Costa Rica».

El pronunciamiento lo hizo la Sala de Casación Social en su sentencia n.º 580 del pasado 19 de diciembre de 2023¹, en la cual resolvió un avocamiento y dejó sin efecto una medida de prohibición de salida del país que pesaba sobre una pareja y su hija, la cual había sido impuesta en octubre de 2022 por el Tribunal 9 de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación, y Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

APLICANDO EL PACTO DENUNCIADO

Para responder el caso, la Sala recordó el contenido del artículo 22 de la Convención, el cual establece el derecho de circulación y residencia en los siguientes términos:

- «1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley».

Esta no es la primera vez que, desde que Venezuela denunció el Pacto de San José, el TSJ lo cita en alguna de sus sentencias. Ejemplo de ello son las decisiones n.º 70 y 71 que en 2020 emitió la Sala de Casación Penal en las cuales declaró «el juez militar no es el juez natural para el procesamiento penal de civiles».²

Para llegar a esta conclusión, la instancia no solo se guió por lo que establece la Constitución, sino también por las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos que consideran que los tribunales castrenses son solamente para uniformados. La Sala reconoció que los instrumentos internacionales anteriores eran «un mandato de rango constitucional y de tución de garantías fundamentales».

Asimismo, la Sala citó tanto a la Comisión (CIDH) como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que palabras más o menos han declarado: «La justicia militar puede ser aplicada sólo a militares que hayan incurrido en delitos de función».

No obstante, debe aclararse que, en cuanto a la no aplicación de la justicia militar a los civiles, la Sala Constitucional con su sentencia n.º 246 del 14 de diciembre de 2020³ matizó ese criterio y abrió una ventana de aplicación de esa justicia a los civiles, siempre que el juez de la causa motivara las razones de su decisión.

¹ <https://accesoalajusticia.org/sala-social-reconoce-vigencia-del-pacto-de-san-jose-caso-de-avocamiento-que-levanta-medida-de-prohibicion-de-salida-del-pais-a-matrimonio-e-hija-menor-de-edad/>

² <https://accesoalajusticia.org/tsj-reconoce-que-la-justicia-militar-no-se-debe-aplicar-a-civiles/>

³ <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2021/02/SC-nro-0246-14-12-2020.pdf>

Aunque posteriormente fue reformado el Código de Justicia Militar⁴ en el sentido de lo decidido por la Sala de Casación Penal y los estándares internacionales en la materia, la Sala Constitucional volvió a abrir la ventana.

HACIENDO MEMORIA

Los fallos antes reseñados son, cuanto menos, sorprendentes, pues el TSJ, casi desde su creación, ha venido sentando las bases para dificultar la aplicación interna de los tratados internacionales de derechos humanos por parte de los jueces y, sobre todo, de las decisiones de los organismos que algunos de estos instrumentos crean (CIDH y Corte IDH, Comité de Derechos Humanos y grupos de trabajo de Naciones Unidas).

En 2003, a través de su sentencia n.º 1.942⁵, la Sala Constitucional se reservó la potestad de decidir qué tratado y qué decisión de un organismo de protección de derechos humanos se aplica dentro del país.

Esto se lee en el polémico fallo redactado por el hoy magistrado emérito Jesús Eduardo Cabrera:

«Al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los convenios, pactos y tratados internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es esta Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los tratados, pactos y convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos».

Tras indicar que «es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela», la instancia agregó que:

«esta competencia de la Sala Constitucional (...), que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en tratados ni en otros textos internacionales sobre derechos humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto (...) ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes».

Si lo anterior no fuera suficiente, el máximo juzgado justificó su posición bajo un supuesto un tanto descabellado:

«Si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada, aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos. Es posible que, si la República así actúa, se haga acreedora de sanciones internacionales, pero no por ello los amparos o los fallos que dictarán estos organismos se ejecutarán en el país, si ellos resultan violatorios de la Constitución».

Asimismo, remató indicando que «por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno».

⁴ <https://accesoaljusticia.org/ley-de-reforma-parcial-del-codigo-organico-de-justicia-militar/>

⁵ <https://accesoaljusticia.org/sc-desconoce-la-aplicacion-de-la-convencion-americana-de-los-derechos-humanos-tras-declarar-la-nulidad-parcial-de-los-articulos-223-224-225-y-226-del-codigo-penal/>

Por último, en este mismo fallo el máximo juzgado declaró que las recomendaciones emitidas por la CIDH «no son obligatorias» ni para el Gobierno ni para los jueces venezolanos. Este pronunciamiento ha permitido el desacato por parte de las administraciones del fallecido Hugo Chávez y de su sucesor, Nicolás Maduro, no solo de las sugerencias contenidas en los informes emitidos por el organismo continental, sino sobre todo de las medidas cautelares que ella puede dictar con el propósito de salvaguardar las garantías de individuos o grupos de individuos en situación de riesgo, tales como periodistas, activistas de derechos humanos, presos y enfermos crónicos.

CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL

El criterio defendido por la Sala Constitucional también le ha permitido a lo largo de los últimos años declarar «inejecutables» al menos media docena de fallos dictados por la Corte IDH, comenzando por aquel que le ordenó reincorporar a los destituidos magistrados de la hoy extinta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Juan Carlos Apitz, Perkins Rocha y Ana María Ruggeri.

En este caso, la Sala rechazó readmitir a los funcionarios removidos e indemnizarlos, por considerar que las medidas afectarían:

«principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la autonomía del Poder Judicial constitucionalmente previsto y el sistema disciplinario instaurado legislativamente»⁶.

Sin embargo, con su postura la Sala Constitucional ha contravenido lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados Internacionales, el cual establece que «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

En esta sentencia, la Sala también instó al Gobierno a denunciar la Convención, algo que terminaría haciendo años después.

«Le dije a Nicolás Maduro [entonces canciller] anoche (...) no esperemos más, Venezuela se retira de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la acusamos ante el mundo de ser indigna de llevar ese nombre de derechos humanos», declaró el fallecido Chávez en julio de 2012 al anunciar el paso.⁷

Y A TI VENEZOLANO, ¿CÓMO TE AFECTA?

El pronunciamiento de la Sala de Casación Social reconociendo que la Convención Americana de Derechos Humanos es parte del ordenamiento jurídico y que, por tanto, las autoridades civiles, militares y judiciales, deben aplicar sus disposiciones no es poca cosa.

La decisión del Gobierno de denunciar el Pacto de San José en 2012 y retirar al país de la jurisdicción de la Corte IDH en 2013 inició un proceso de desprotección de los ciudadanos que ha continuado en los últimos años y que ha tenido como último episodio la expulsión del país de los funcionarios de la oficina técnica del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

⁶ <https://accesoalajusticia.org/sc-declara-inejecutable-el-fallo-de-la-cidh-en-la-que-ordeno-la-reincorporacion-a-sus-cargos-a-los-ex-magistrados-de-la-cpca/>

⁷ https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2012/07/120725_ulntot_venezuela_cidh_retirada

Aunque la Corte IDH ha empezado a conocer nuevamente casos de Venezuela remitidos por la CIDH, por el llamado del Gobierno interino encabezado por el exdiputado Juan Guaidó, que revirtió en 2019 tanto la denuncia del Pacto de San José, como el retiro del país de la Organización de Estados Americanos (OEA), en la práctica estas medidas no han surtido internamente mayores efectos, debido a la negativa de las actuales autoridades de mantener relaciones con dichas instancias. Esta negativa afecta a los ciudadanos que buscan la reparación de sus derechos cuando la justicia interna no atiende sus casos.

Hacemos votos para que la Sala Constitucional se alinee con sus pares de las salas Social y Penal y cambie su criterio respecto a los organismos internacionales de protección de derechos humanos, algo que podría hacer al responder favorablemente la demanda de nulidad que en septiembre de 2012 interpusieron decenas de activistas y organizaciones no gubernamentales en contra la denuncia de la Convención. Una acción que más de una década después sigue sin ser respondida.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN DEL LIBRO “CINCUENTA ARTÍCULOS DE DERECHO PÚBLICO” DE GABRIEL SIRA SANTANA

Antonio Silva Aranguren

Profesor de Derecho Administrativo

Resumen: *La reseña versa sobre la obra Cincuenta artículos de Derecho Público del profesor Gabriel Sira Santana, en la que se abordan temas vinculados con el Estado, los derechos fundamentales, la justicia constitucional, los estados de excepción, la Administración Pública y Electrónica, la función pública, entre otros.*

Palabras Clave: *Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Aeronáutico.*

Abstract: *This review is about the book Fifty Articles of Public Law by lecturer Gabriel Sira Santana, which deals with issues related to the State, fundamental rights, constitutional justice, states of exception, public and electronic administration, public service, among others.*

Key words: *Constitutional Law, Administrative Law, Aeronautical Law.*

El Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) ha publicado la obra “Cincuenta artículos de Derecho Público”, de Gabriel Sira Santana, que recopila diversos artículos jurídicos producto de sus investigaciones en el CIDEP desde el año 2013 y que han sido publicados en obras colectivas y revistas científicas nacionales e internacionales.

Esta obra, en palabras del autor, comparte “un hilo argumental centrado en la necesidad de comprender las funciones, potestades y límites del Estado, concebido para servir a los individuos como núcleo del sistema jurídico-político”, a la par que aboga “por garantizar los derechos fundamentales frente a cualquier violación, sea por parte de otras personas o del propio Estado”.

El libro se divide en diez secciones, del modo siguiente.

I. ESTADO

La primera sección cuenta con cinco artículos denominados “Introducción al estudio del Estado”, “La integridad electoral en Venezuela”, “El ‘Poder Popular’ y su desvinculación con la política nacional de descentralización”, “La Asamblea Nacional según el Tribunal Supremo de Justicia, luego de las elecciones parlamentarias del año 2015” y “La asamblea nacional constituyente y la subversión del orden constitucional. El caso de Venezuela (2017-2020)”.

En ellos, Sira Santana repasa algunas ideas necesarias para el estudio del Estado a fin de determinar su relación con las personas y la sociedad, con inclusión de su concepto, evolución histórica y condiciones existenciales (a saber: el territorio, la población y el poder); para luego adentrarse en los principios que deben garantizarse en todo Estado Democrático para poder ser calificado como tal a tenor de la construcción doctrinal de la integridad electoral, y entre los que se encuentra la transparencia, rendición de cuentas, profesionalismo y ética.

Luego comenta tres casos de estudio que denotan la bifurcación que existe entre los postulados constitucionales y el ejercicio del Poder Público en Venezuela, al por ejemplo insertarse por vía legislativa al inconstitucional y antidemocrático “Poder Popular”, y desconocerse por vía jurisdiccional y por una supuesta asamblea nacional constituyente las atribuciones que la Constitución de la República otorgó a la Asamblea Nacional, dado que la oposición a la fuerza política dominante se había hecho con su mayoría luego de las elecciones del año 2015.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES

La segunda sección tiene seis artículos titulados “La dignidad humana en los fallos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, “La Gaceta Oficial de la República como fuente de inseguridad jurídica”, “El interés superior del niño como limitante a la libertad de expresión, a propósito de la sentencia n° 359/2014 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, “El interés superior del niño en las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (2013-2017)”, “El interés superior del niño como supuesto límite inmanente de la libertad de expresión” y “La libertad de expresión en las redes sociales y su restricción por parte del Estado”.

Después de estudiar la naturaleza de la dignidad y su función en el ordenamiento jurídico, así como su protección, el autor dedica par de artículos al interés superior del niño por considerarlo un concepto que, si bien es de utilidad al momento de que el Poder Judicial decida sobre las instituciones familiares y la limitación de algunos derechos, la práctica demuestra que se presta a abusos que lo desnaturalizan.

Muestra de ello lo constituyen, en criterio de Sira Santana, los fallos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que invocan tal interés para limitar a conveniencia -y con motivaciones de escaso valor jurídico- la libertad de expresión, estudiándose esta última también con base en el Derecho convencional e interno a fin de determinar cuáles son los límites a los que se encuentra sujeto su ejercicio por medio de redes sociales en Venezuela.

III. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La tercera sección reúne cuatro artículos: “Algunas reflexiones sobre la justicia constitucional”, “El bloque de constitucionalidad y su tratamiento por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, “La impopularidad de la acción popular de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia” y “El control de convencionalidad, los derechos políticos y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”.

De este modo, Sira Santana repasa algunas de las fortalezas y deficiencias de la justicia constitucional -entendida como la actividad destinada a determinar la relación que existe entre un acto, actividad u omisión y el texto constitucional-, planteándose a su vez un par de propuestas que podrían tender a la eficacia de dicha de justicia. Sobre todo, cuando se recuerda que, gracias al concepto del bloque de constitucionalidad, el campo de acción de la justicia constitucional se ha ampliado, por lo que resulta necesario precisar ambos términos.

Finalmente, se abordan dos casos de estudio que demuestran los peligros del tema que le ocupa gracias a la facilidad con la que, en Estados como el nuestro, el Derecho y la jurisdicción pueden instrumentalizarse para dotar de un velo jurídico a decisiones que son netamente políticas, en desconocimiento de algunos de los derechos fundamentales más elementales como lo son la participación, el debido proceso y el acceso a la justicia.

IV. ESTADOS DE EXCEPCIÓN

La cuarta sección recoge cinco trabajos del profesor Sira Santana y versan sobre una de las principales líneas de investigación que ha desarrollado en el CIDEP: los estados de excepción. Estos trabajos llevan por título “La restricción de garantías según la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, “Una mirada al derecho de excepción en la Constitución de 1999”, “La restricción de garantías y el estado de excepción en la frontera colombo-venezolana”, “El propósito de los estados de excepción en Venezuela (enero 2016 - julio 2018)” y “Venezuela y el estado de alarma por la COVID-19”.

Aquí, el autor realiza un repaso de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que versan sobre la restricción de garantías (artículo 27 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos) y que habrían de ser tomadas en cuenta por el Poder Público venezolano en virtud del llamado control de convencionalidad, para luego adentrarse en la regulación de este tema en la Constitución de 1999 y destacar sus antecedentes en nuestra historia constitucional, los orígenes de estas disposiciones según el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente y los principios que rigen la materia.

Por último, hallamos nuevamente dos casos de estudio - en esta ocasión, referidos a los estados de excepción por emergencia económica dictados primero en la frontera con Colombia y luego en todo el territorio nacional, y el estado de alarma ante la pandemia de la COVID-19 - que una vez más denotan las discrepancias existentes entre el actuar del Poder Público y lo que prevé el ordenamiento jurídico.

V. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La quinta sección abandona los temas de Derecho constitucional y da paso a los del Derecho administrativo, iniciando con seis artículos denominados “Acto administrativo es solo aquel que crea o extingue algún derecho, según la TSJ/SPA”, “Las ‘prerrogativas procesales de las empresas del Estado’, a propósito del fallo n° 732/2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, “Las asociaciones público-privadas en Suramérica”, “Las ponencias de Farías Mata en la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (1981-1985)”, “Las ponencias de Farías Mata en la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (1986-1990)” y “Las ponencias de Farías Mata en la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (1991-1995)”.

Estos artículos se pasean por diferentes aspectos que van desde cómo el Poder Judicial de los últimos años ha pretendido limitar el concepto de acto administrativo a uno de sus tipos, así como ha concedido prerrogativas procesales a sujetos diferentes de los previstos en la ley como una artimaña que favorece el abuso del poder, hasta el estudio de los mecanismos que permiten al sector privado participar de un modo más activo en la gestión pública.

Todos estos razonamientos son acompañados de tres artículos que reseñan los fallos de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en los que Luis Henrique Farías Mata fue ponente durante el período 1981-1995 y que, al compararlos con los criterios del actual Poder Judicial, denotan la pericia del Magistrado para abordar temas como las potestades de la Administración Pública, la discrecionalidad administrativa, los procedimientos y recursos administrativos, el contencioso-administrativo, entre otros.

VI. POTESTAD ADMINISTRATIVA

La sexta sección tiene cuatro artículos: “La obligación de consulta pública de normas: Ni tan obligatoria ni tan pública”, “El ordenamiento jurídico sectorial de medicamentos y la potestad de ordenación de la autoridad administrativa”, “Potestades de la Administración contrarias al derecho de propiedad, ‘en defensa’ de la vivienda” y “El procedimiento administrativo sancionatorio en materia de protección al consumidor”.

Estos artículos, si bien responden a diferentes sectores de la economía nacional, atestiguan que el actuar de la Administración Pública - y, sobre todo, del Poder Ejecutivo Nacional - no suele compaginarse con el deber impuesto por el constituyente y el legislador, cuyas voluntades son reinterpretadas por el Poder Ejecutivo con la anuencia del Poder Judicial para aumentar su rol en el Estado en desmedro de las libertades y derechos individuales, con especial mención a los de carácter económico.

Así se aprecia, por ejemplo, del hecho que la consulta pública de regulaciones sectoriales se flexibiliza para ajustarse a los intereses del órgano llamado a realizarla o que con motivo de leyes habilitantes se dinamita el derecho de propiedad y la libertad de empresa bajo el siempre moldeable argumento de que con ello se pretende proteger el interés general.

VII. FUNCIÓN PÚBLICA

La séptima sección contiene seis artículos de Derecho funcional con cierto énfasis en el flagelo de la corrupción. Los trabajos llevan por título “El nepotismo en la función pública”, “La obediencia debida del funcionario público según el Tribunal Supremo de Justicia”, “Los códigos de ética pública en Venezuela”, “La hipertrofia del ordenamiento jurídico venezolano como incentivo a la corrupción”, “La declaración jurada de patrimonio y la prevención de la corrupción” y “El régimen especial del personal del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil”.

Sira Santana se pregunta - y responde, con visión de Derecho comparado - si por ejemplo existe una prohibición legal en Venezuela para designar a familiares en cargos públicos y cuál es la utilidad de los códigos de ética que con alguna frecuencia publican los órganos y entes de la Administración Pública, que en su mayoría se limitan a repetir lo ya previsto en normas de rango legal o constitucional.

Asimismo, plantea las ventajas que, en materia de lucha contra la corrupción, podría presentar el hecho de adoptar una política que tienda a la desregulación de algunos sectores con base en los postulados del análisis económico del Derecho, y la correcta concepción del deber de obediencia y las declaraciones juradas de patrimonio.

VIII. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

La octava sección tiene cinco artículos sobre otra de las principales líneas de investigación que el profesor Sira Santana ha desarrollado en el CIDEP: la Administración electrónica. Al respecto, encontramos los siguientes trabajos: “Algunas notas sobre la Ley de Infogobierno y el gobierno electrónico en Venezuela”, “La Administración electrónica en las decisiones de la Sala Político-Administrativa del TSJ (2000-2018)”, “Aproximación al uso de redes sociales por parte de la Administración Pública”, “Del gobierno electrónico al gobierno móvil: El tránsito de la Administración Pública para acercarse al particular” y “El tratamiento de datos personales y las COVID-19 apps como caso de estudio”.

Los estudios parten de la revisión general del texto de la Ley de Infogobierno que regula y establece los principios, bases y lineamientos que rigen el uso de las tecnologías de información en el Poder Público en Venezuela, para luego conocer los criterios que en la materia ha sostenido el Poder Judicial sobre aspectos como la notificación electrónica o el desarrollo de la actividad administrativa a través de estas tecnologías.

Por último, estudia como casos en concreto de estas tecnologías el uso de las redes sociales y las aplicaciones móviles ya que, si bien ambas presentan ventajas en el sentido que acercan a la Administración al particular, también se encuentran inmersas en riesgos y problemas que, de no subsanarse de forma eficaz, podrían lograr un efecto opuesto al deseado y entorpecer el quehacer administrativo.

IX. DERECHO AERONÁUTICO

La novena sección posee seis artículos referidos, en buena medida, a temas que Sira Santana aborda en las clases del Diplomado en Derecho Aeronáutico que el CIDEP coordina e imparte junto con la Universidad Monteávila desde el año 2016. Estos artículos se denominan: “Apuntes sobre la Administración Pública Aeronáutica”, “Las Condiciones Generales del Transporte Aéreo venezolanas de 2016 y sus cambios respecto del régimen de 2010”, “Notas sobre las Condiciones Generales del Transporte Aéreo en Venezuela”, “Breve repaso sobre la protección de pasajeros en las leyes de aeronáutica civil en Suramérica”, “*El non bis in idem* en algunos fallos aeronáuticos” y “La seguridad sanitaria en la aviación civil y la COVID-19”.

La mayoría de estos artículos versan sobre la responsabilidad contractual derivada del transporte aéreo de pasajeros y equipaje en caso de denegaciones de embarque y vuelos cancelados, anticipados o demorados, con ocasión tanto de lo que al respecto prevé la Ley de Aeronáutica Civil - cuyo contenido resulta bastante similar a las leyes en la materia de los países hispanohablantes de América de Sur, dado el principio de universalidad que caracteriza al sector -, como las Condiciones Generales del Transporte Aéreo dictadas por la autoridad aeronáutica.

De ahí en parte que el autor estime oportuno tanto determinar cuáles son los diferentes órganos y entes de la Administración Pública venezolana con competencias directamente vinculadas con el sector aeronáutico, como cuáles son las implicaciones del principio de non bis in idem en materia de sanciones aeronáuticas con ocasión de los diferentes bienes jurídicos que protegen las normas.

X. ARBITRAJE

La décima y última sección cuenta con tres artículos: “El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia” (en coautoría con la profesora Andrea Cruz Suárez), “La necesidad de salvaguardar el soft law en el arbitraje” y “El imperio del Estado como excepción al arbitraje entre particulares”.

En ellos el autor desarrolla los criterios que el Poder Judicial ha sostenido en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, sus principios y limitaciones, el procedimiento arbitral, la ejecución del laudo y su impugnación, así como la importancia que el soft law tiene en la materia producto de la autonomía de la voluntad, a pesar de que este carezca de carácter vinculante y fuerza coercitiva.

Estos son, en resumen, los cincuenta artículos que recoge la obra de Sira Santana reseñada y que atestiguan, como expone el autor, una realidad sociopolítica que a menudo difiere de las previsiones constitucionales y los principios jurídicos al favorecer los abusos de poder, e invita a plantearnos “la necesidad de un Estado menos intervencionista, que permita a cada individuo ejecutar su proyecto de vida con autonomía, libre desenvolvimiento de la personalidad y la garantía efectiva de sus derechos y libertades fundamentales”.

INFORMACIÓN

IN MEMORIAM SOBRE ALEJANDRO NIETO*

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz**
Catedrático de Derecho Administrativo

Desde el día 3 ha pasado poco tiempo, pero se han acumulado los testimonios de condolencia y reconocimiento hacia quien nos ha dejado.

Por ejemplo, Francisco Sosa Wagner, “Oración fúnebre por Alejandro Nieto, nuestro maestro”, en ABC y otros periódicos de Vocento, que empezaba con unas palabras que, incluso descontando el tono exagerado y zalamero de los obituarios, resultan literalmente insólitas:

“Escribió con autoridad sobre derecho, sobre historia, sobre casi todo lo importante que pasaba en el mundo. Con pluma galana y sobre todo con pluma crítica, ácida a veces, pasándolo todo por el cedazo de su excepcional inteligencia, rumiando mucho lo que iba a poner por escrito y diciendo al cabo lo que pensaba, sin componendas ni artimañas que engañaran al lector. Prosa limpia, prosa cuidada y prosa combativa”.

Más aún:

“Tenía en el cuerpo, como sucede con todos los grandes, una cantidad inextinguible de broma. Contaba sucedidos con gracia burlesca que él adornaba con detalles nuevos en cada ocasión produciendo un regocijo aplaudidor en quienes la escuchaban. Más que describir lances y personajes, los tallaba con el verbo de sus frases hilarantes. Hay muchos tipos de humor, el de Alejandro Nieto era un humor estilizado por el adjetivo y la certeza expresiva, un humor salpimentado por sus imágenes casuísticas y su verso libre de mordaz conversador”.

Y es que de él puede decirse que tan singular como su obra escrita era su propia personalidad: sus atributos, si se quiere emplear esa palabra.

Julio González, por su lado, escribió el mismo día 3 unas primeras notas en su blog, *Global Politics and Law*, y luego en El país (edición en papel del sábado 7): “Alejandro Nieto, se va un maestro”. Con términos, una vez más, rendidos:

“Su sentido crítico del conocimiento nos ha obligado a sus discípulos a dar siempre un paso más, a cuestionar mitos sin sustrato actual y a analizar los argumentos en función de su valor y no de quien lo exponía”.

Para concluir declarando que era

“un maestro de cómo investigar, de cómo cuestionar y de cómo resolver los problemas. Y que tenía, sobre todo en los últimos años, un punto central de preocupación en el Derecho practicado, esto es, alejar la distancia del derecho a la realidad”.

* Alejandro Nieto (1930-2023), el Pío Baroja (y el Valle Inclán) del Derecho Administrativo.

** El texto esta sacado de este link: <https://almacenederecho.org/alejandro-nieto-1930-2023-el-pio-baroja-y-el-valle-inclan-del-derecho-administrativo>

Silvia del Saz también echó su cuarto a espadas - “Alejandro Nieto, in memoriam”, en El español - para manifestar su admiración hacia una persona que era de los que

“entran por primera vez donde nadie había entrado antes, los que viven en una dimensión inaccesible a los demás, de quienes les separa una diferencia cualitativa”.

Para añadir:

“Esa forma tan descarnada de analizar la realidad, sin filtros que ayuden a disfrazarla o sin pastillas que faciliten su digestión, hizo de él un verdadero genio. Y me refiero a la realidad de la administración, del derecho, de la sociedad, de las institucionales, pero también de su propia vida”.

No podía faltar Francesc de Carreras, vecino de la Autónoma de Barcelona en los años setenta y luego colega de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. En “Alejandro Nieto: jurista e intelectual ejemplar”, de *The objective*, explica que

“fue sobre todo un jurista, así lo demuestran (...) sus numerosísimas publicaciones. Pero como su actitud ante la vida era de curioso impertinente por todo, también un sabio en otras materias, especialmente en historia del siglo XIX, pero también en pensamiento (ahí está su grueso volumen sobre La burocracia) o en cuestiones del momento que le provocaban malestar al no encontrarse representado por el mainstream dominante: tanto sus libros La organización del desgobierno (1984) como Corrupción en la España democrática (1993) fueron a contracorriente de la mayoría en el momento de ser escritos, pero iniciaron tendencias doctrinales que han sido después fuente de inspiración para quienes han seguido tratando estos temas”.

Para concluir, de nuevo, con una exposición de las que eran sus hechuras:

“en su actitud ante la vida era una persona de una independencia radical de criterio, de una insobornable honestidad intelectual, un universitario pleno y ejemplar, con desapego a los honores, al poder y al dinero, un trabajador infatigable hasta el final de su vida”.

Ahora bien:

“también era un sentimental reprimido, quería que le quisieran”.

El mundo de la judicatura -la judicatura ilustrada, que, si se rebusca, existe- se ha sumado al llanto y al reconocimiento. José Ramón Chaves, en su blog de la Justicia.com, también se manifestó rendido ante su obra escrita

“fue el jurista que me enseñó que el Rey del Derecho está desnudo, que el sistema de leyes y sentencias es mejorable, y que el mundo feliz de los libros no es el mundo terrenal cotidiano de los tribunales

y ante su personalidad:

“Un modelo a seguir, alguien que sabía de todo, y sabía decirlo con gracia y rigor, que avivó los corazones y la mente de quienes aprendimos con su obra a comprender que el Derecho es un Everest difícil de comprender sin esfuerzo y perdiendo jirones de piel y confianza”.

Agustín García, “España en astillas”, en OK Diario, confiesa con pena no haberlo conocido personalmente, pero reproduce varias frases literales de su obra escrita y en particular de la recopilación de textos de hace más de treinta años que se recogieron en un libro con ese título. También hace mención a las declaraciones del maestro en El mundo el 5 de marzo de 2021, denunciando, al modo de un Aristóteles redivivo, que, como forma de Gobierno, la democracia ha degenerado en su propia caricatura, la partidocracia.

Y eso por no hablar, de nuevo en *ABC*, del espléndido y emotivo artículo de Eligio Hernández, su alumno de La Laguna (“Alejandro Nieto, un humanista, maestro del derecho”) y sobre todo de la Tercera de ayer domingo día 8, firmada por el mismísimo Santiago Muñoz Machado, Director de la Real Academia Española, con el título “Alejandro Nieto” y poniendo de relieve sus atributos de visionario, casi una Casandra:

“(…) un adelantado en el método y la orientación de los estudios porque aborda, con cuarenta años de antelación, los problemas del Estado de Derecho que más preocupen en la actualidad”.

Muy buen punto: en este desdichado 2023, denostar a los políticos es algo que hacemos todos, casi una cláusula de estilo en cualquier discurso que pretenda merecer un mínimo de credibilidad. Pero en 1984, cuando se publicó “La organización del desgobierno” -toda una denuncia de un sistema institucional que entonces estaba idealizado-, a Alejandro se le tildó de exagerado: lo suyo vendría a ser puro vitriolo. Es lo que siempre les sucede a los que llevan razón antes de tiempo. Dentro de los hijos de la diosa Clío, los mejores: los que, además del retrovisor, tienen las cualidades de los oráculos, como Tiresias.

LOS TESTIMONIOS DE RECONOCIMIENTO NO SE QUEDAN EN ESPAÑA.

La Asociación Venezolana de Derecho Administrativo tiene una publicación digital, *Aveda Aula virtual*, donde José Ignacio Hernández G., hoy investigador en la Harvard Kennedy School, relata sus vivencias como doctorando en la Complutense en 1999, hace casi veinticinco años: “En recuerdo de Alejandro Nieto (a propósito de la motivación del acto administrativo)”. Y recuerda que tuvo que presentar un trabajo ante un Tribunal presidido por Alejandro, lo que le generaba un temor reverencial:

“El profesor Nieto era ya, entonces, toda una leyenda del Derecho Administrativo, no sólo por su destacada y rigurosa obra académica, sino, además -y quizás, de manera especialmente irreverente y provocador”, supuesto “su agudo sentido crítico, en especial, frente a algunos dogmas que, cómodamente posicionados, impiden valorar el derecho administrativo más allá de las apariencias”.

Eso, en cuanto a los trabajos con sustancia, porque además los ha habido de los que responden a la noción técnica de *laudatio pro forma*, limitándose a recoger datos tan poco expresivos (y tan notorios: figuran en el Registro de Personal de cualquier empleado público) como que a lo largo de su carrera fue profesor en tal o cual Universidad o -peor aún, si cabe- que reducen sus pasos en la tierra al tránsito, entre 1980 y 1983 (hace cuarenta años, por tanto), por una función tan anodina como la Presidencia del Consejo Superior de Instituciones Científicas. Puede haber gente para quien los carguillos representen la culminación de su existencia, porque no tienen otros méritos -personas de vida amarillenta, vamos a llamarles así-, pero desde luego no fue el caso de nuestro homenajeado, que, si acaso no hubiese desempeñado jamás esa tarea, seguiría siendo del todo acreedor a un aplauso: el mismo aplauso.

Los testimonios pudieran seguir casi hasta la saciedad, pero no se trata de reproducir opiniones de terceros, de uno y otro lado del Atlántico (donde, por cierto, la República Dominicana ocupa un lugar propio), sino de ayudar al lector de este artículo a situarse ante lo que pudiésemos llamar

EL CONTEXTO DE ALEJANDRO NIETO.

Dicho en términos cervantinos, *su sazón*. Y ello en tres concretos extremos.

Primero, lo que fue la Valladolid del quinquenio 1957-1962, a donde llegó de Catedrático un joven que con el tiempo llegaría a ser Eduardo García de Enterría. Allí coincidió con funcionarios como Ramón Martín Mateo (nacido en 1928) o el propio Alejandro (1930) y

con estudiantes como Tomás Ramón Fernández (1941). Visto lo que ha sucedido después, aquello - la tierra y la época, sí, de Miguel Delibes y Francisco Umbral - debió ser como la Jena de comienzos del siglo XIX, con Hegel, Fichte, Schelling y los hermanos Schlegel: un auténtico parnaso. Nieto se reveló luego como el menos ortodoxo de los discípulos, casi un apóstata: su libro “El arbitrio judicial” es, intelectualmente hablando, un verdadero ajuste de cuentas con la tesis de la unidad de solución justa - en el sentido de adecuada al orden de fuentes - y, yendo más arriba, con los presupuestos de la codificación (y, en última instancia, del racionalismo a la francesa, o sea, la Ilustración: bien lo estudió el inolvidado Enrique Gómez Arboleya. Y esa profundísima discrepancia se refleja, en términos de diálogo epistolar, con el propio Tomás Ramón Fernández en un libro con título inspirado en Albert Camus, *El derecho y el revés*, cuya lectura constituye no sólo una obligación moral para cualquiera de nuestro oficio sino también una auténtica gozada y de las más intensas. Pues bien, creo no equivocarme si afirmo que sólo en un ambiente tan libre como el creado por Don Eduardo - persona de una generosidad intelectual literalmente ilimitada - pudo haber germinado un disidente del calibre de nuestro igualmente respetado Alejandro Nieto, dicho sea en homenaje a los dos. Y, si sumamos a Tomás Ramón Fernández -el ortodoxo, si seguimos con las palabras de los siglos XV y XVI, las de Hus, Lutero y Calvino: las de, puestos a fijarnos en la ciudad del Pisuerga, “El hereje” del libro de Delibes-, a los tres. España arrastra una fama espantosa de intolerancia, nuestra proverbial *leyenda negra*, pero no acierto a ver en el panorama europeo de mi asignatura un ejemplo parecido de tanta libertad dentro de eso que se conoce como una Escuela.

Y una puntualización adicional: la crudeza de las expresiones de Alejandro, a veces incluso hasta el grado de lo áspero (lo que se dice llamar al pan pan y al vino vino), era del todo compatible con la exquisitez en los modos, como es propio de la sobriedad castellana: por directo que resultase su mensaje, él era lo menos parecido a un energúmeno.

Lo segundo a referir es ya el presente, o al menos un pasado mucho menos remoto, el grupo de profesores que, hasta hace muy poco, nos veníamos reuniendo en torno a Nieto -en la Complutense, pero también en Tariego de Cerrato y en otros lugares: y si no llegamos a reunirnos en la Seo de Urgell fue sólo por falta de ocasión- y que llamábamos “seminario” (de ahí el calificativo de “seminaristas”), grupo en el que, como es obvio, ya han sido y son muy importantes las mujeres: amén de Carmen Chinchilla (y de la ya citada Silvia del Saz) hay que poner sobre la mesa los nombres de Margarita Beladiez, Susana de la Sierra y la otra Carmen, Plaza. Uno de nosotros se prestaba rotatoriamente al papelón de preparar una ponencia sobre algo -una sentencia, las más de las veces-, sabiendo que a continuación se le iba a despellejar hasta la carne viva, y no por el propio Alejandro, que se reservaba la palabra final -siempre o casi siempre, en efecto, de desaprobación, aunque, eso sí, con palabras nada agresivas-. Me limito a transcribir las palabras de Julio González, otro de la pandilla:

“El secreto es sencillo: los estudios y análisis se someten a debate y del debate aprendemos todos. El diálogo, la discrepancia y el reconocimiento de la crítica siempre fue un valor para Alejandro. Hoy todos los que participamos en (el seminario) (...) tenemos un sentimiento de orfandad y tristeza”.

Un sentimiento, además, acentuado por el momento nada brillante que estamos sufriendo (no sólo en España, aunque aquí tengamos hechos diferenciales que agravan las cosas) desde el punto de vista de la educación promedio, por así decir. Teóricamente hay pocos analfabetos, pero la ignorancia - el desconocimiento - está cada vez más extendida, incluso entre quienes dicen ser profesionales de tal o cual oficio. Muchos de ellos exhiben una ignorancia de esas que Borges calificaba de *puntillosa*: gente que no sabe nada de nada. Una ignorancia verdaderamente concienzuda. Cuando se nos va alguien como Alejandro tiene uno la sensación de que no hay nadie que pueda venir a reemplazarlo: lo propio del fin de una era. *La decadencia de Occidente*, dicho en términos apocalípticos.

Tercera y última cosa: ¿en quien podemos pensar como modelos de Nieto, o sea, espejos en los que (dentro lo de lo singularísimo que era: lo que los alemanes llaman *einmalig*) pudiera haberse mirado para terminar siendo quien fue? El ejercicio me lo planteé hace tres años en estas mismas páginas (“Alejandro Nieto cumple 90”, 8 de octubre de 2020) y ahora hay que volver a él para profundizar, lo que exige, dicho sea de paso, salir del planeta de nosotros, los juristas.

Cabe pensar, por supuesto, en un Quevedo, el fundador de la dinastía (“Miré los muros de la patria mía; si un tiempo firme, hoy desmoronados”), aunque debiéndose puntualizar que para Nieto nuestros muros no fueron nunca lo que se dice firmes. O en un Vélez de Guevara, el que dio vida a ese *diablo cojuelo* que iba levantando los tejados de las casas para fijarse en las vergüenzas que se emboscaban dentro de ellas. O, ya varios siglos después del barroco, en un Larra (“Vuelva usted mañana”, la exposición de la inoperancia de las oficinas públicas, formulada en 1833 pero viva casi dos siglos más tarde, cuando proliferan las discotecas sin licencia y arden pasto de las llamas sin que nadie les haya obligado a cerrar: lo de Murcia es todo un símbolo) o en un Galdós, cuya capacidad de observación era la propia de un sociólogo y un psicólogo - una combinación inusual y maravillosa - de primer orden: las obras de Alejandro sobre la Administración española de su tiempo no se entienden sin el retrato, ciertamente despiadado, que en los Episodios Nacionales hizo don Benito sobre la cosa pública en las épocas de Isabel II, el sexenio revolucionario y la restauración. Y, si lo que buscamos es un hombre libre de verdad, sin autocensuras, la referencia a Francisco Ayala resulta de justicia.

Si damos un paso más y nos salimos de la literatura, de nuestro hombre podemos apreciar un parentesco con un Fernando Fernán Gómez, acerca de cuya bien ganada fama de cascarrabias, aguafiestas y Pepito Grillo (si hubiese sido granadino, la palabra a emplear habría sido otra, la que, con alcance más rotundo, encarna el *genius loci* de la ciudad del Genil, característica por cierto que Ayala atesoraba y supo mantener con toda dignidad pese a su larguísimo exilio) debiera precisarse que únicamente se trataba de una persona de carácter: no de mal carácter, sino sólo de carácter, o sea, nada dado a transigir con la imbecilidad por muy extendida que se encuentre. Puestos a pensar en otros nombres, terminaríamos llegando a un Luis García Berlanga (o su guionista: Azcona, porque ambos acabaron siendo casi indisolubles), en cuyos crueles retratos (había que oír o ver al valenciano: se ponía a rodar una escena y en pocos segundos la criatura no había dejado títere con cabeza) anidaba al final un punto, sí, de ternura.

Argumentos hay en efecto para que, en la trazabilidad de Alejandro, o sea, su estirpe intelectual, podemos encontrar restos del ADN de todos ellos. Y también, más incluso que en cualquiera de ellos, de Ramón María del Valle Inclán: el esperpento - el callejón del gato - sólo puede ser descrito con esa precisión por quien sabe recrearse en los aspectos más grotescos, que siempre los hay, de las organizaciones o, más ampliamente, la vida social en su conjunto. Para retratarlo hay que valer, empezando por tener una pluma virtuosa. Hay cosas que o se traen de fábrica o uno no aprenderá jamás.

Pero en la búsqueda de un ADN tan privativo (y privilegiado: *einmailig* pero por supuesto para bien) con quien se acaba uno dando de bruces es con Pío Baroja: palabras mayores. Y es que Alejandro - términos textuales de Sosa Wagner - “gastó durante muchos años boina. No una boina cualquiera, sino una boina barojiana. Era gran admirador de don Pío, leía con delectación los tomos de sus Memorias, y le gustaba componerse con el atrezzo que le acercara a él. Con la mala leche del escritor vasco es obligado emparentar a Nieto, un respondón como fue Baroja, indócil y provocador”.

Habrá quien esgrima que la txapela es cosa no idéntica a la boina, en cuanto algo más ancha de vuelo. Pero son ganas de discutir por discutir: a Francisco le asiste la razón, porque Alejandro, como Pío, era de los pocos que despreciaba la autocensura y los dictados de la corrección política. “Testimonios de un jurista” o “El mundo visto a los noventa años” se habrían podido perfectamente llamar “Desde la última vuelta del camino”, dicho sea, sin desdoro para ninguna de las dos.

Un lujo para los administrativistas españoles haberlo contado entre nosotros: Enterría -el Enterría de Valladolid, en concreto- tenía, la mayoría de las veces, buen ojo para los fichajes. Y, ya hablando a título personal, un lujo para mí haberlo tenido tan cerca durante muchísimos años. Un auténtico honor.