

#### CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores AGUERREVERE, Juan Domingo ALFONZO PARADISI, Jesús María ALVARADO ANDRADE, Francisco ASTUDILLO GÓMEZ, Caterina BALASSO TEJERA, Juan Carlos BALZÁN, Carlos Luis CARRILLO ARTILES, Antonio CANOVA GONZÁLEZ, Juan Cristóbal CARMONA BORJAS, Jesús María CASAL, Jorge CASTRO BERNIERI, Rafael CHAVERO, Ignacio DE LEÓN, Margarita ESCUDERO LEÓN, Luis FRAGA PITTALUGA, Fortunato GONZÁLEZ CRUZ, Gustavo GRAU FORTOUL, Rosibel GRISANTI DE MONTERO, Lolymer HERNÁNDEZ CAMARGO, Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Miguel J. MÓNACO, José Antonio MUCI BORJAS, Claudia NIKKEN, Ana Cristina NÚÑEZ, Luis ORTIZ ÁLVAREZ, Cosimina PELLEGRINO PACERA, Humberto ROMERO-MUCI, Jorge Luis SUÁREZ, María Elena TORO, José Luis VILLEGAS MORENO, Emilio J. URBINA MENDOZA, Carlos URDANETA SANDOVAL, Daniela UROSA MAGGI

#### COMITÉ ASESOR

Asdrúbal AGUIAR, José Guillermo ANDUEZA, Ana Elvira ARAUJO GARCÍA, José ARAUJO JUÁREZ, Alfredo ARISMENDI A., Carlos AYALA CORAO, Eloisa AVELLANEDA, Rafael BADELL MADRID, Alberto BAUMEISTER TOLEDO, Alberto BLANCO URIBE, Isabel BOSCAN DE RUETA, Mary BOVEDA, Humberto BRICEÑO, Jesús CABALLERO ORTIZ, Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS, Juan D'STEFANO, Román José DUQUE CORREDOR, Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, Gerardo FERNÁNDEZ, Juan GARRIDO ROVIRA, María Amparo GRAU, Eugenio HERNÁNDEZ BRETÓN, Henríque IRIBARREN, Gustavo LINARES, Irma Isabel LOVERA DE SOLA, Henríque MEIER, Alfredo MORLES, José MUCI-ABRAHAM, Pedro NIKKEN, Gonzalo PERÉZ LUCIANI, Rogelio PÉREZ PERDOMO, Gustavo PLANCHART MANRIQUE, Armida QUINTANA, Manuel RACHADELL, Belén RAMÍREZ LANDAETA, Judith RIEBER DE BENTATA, Armando RODRÍGUEZ G., Nelson RODRÍGUEZ, Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, Gabriel RUAN SANTOS, Ana María RUGGERI RODRÍGUEZ, Magdalena SALOMÓN DE PADRÓN, Nelson SOCORRO, Gustavo URDANETA

#### CONSEJO CONSULTIVO

Juan Carlos CASSAGNE, Julio R. COMADIRA, Alberto R. DALLA VIA, Agustín GORDILLO, Antonio María HERNÁNDEZ, Néstor Pedro SAGÜES (Argentina), José Mario SERRATE PAZ, (Bolivia), Romeo Felipe BACELLAR FILHO, Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, Marcelo FIGUEIREDO, (Brasil), Sandra MORELLI, Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jaime Orlando SANTOFIMIO, Consuelo SARRIA, Jaime VIDAL PERDOMO (Colombia), Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, Rolando PANTOJA BAUZÁ (Chile), Rubén HERNÁNDEZ VALE, Aldo MILANO, Enrique ROJAS FRANCO, (Costa Rica), Joffre CAMPAÑA, Javier ROBALINO ORELLANA (Ecuador), Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Luciano PAREJO ALFONSO, Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Santiago GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ (España), Hugo H. CALDERÓN MORALES, Jorge Mario GARCÍA LA GUARDIA, (Guatemala), Héctor M. CERRATO, Edmundo ORELLANA, (Honduras), Miguel CARBONELL, Jorge FERNÁNDEZ RUÍZ, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Diego VALADES (México), Carlos Alberto VÁSQUEZ, (Panamá), Luis Enrique CHASE PLATE, (Paraguay), Jorge DANOS ORDÓÑEZ, Domingo GARCÍA BELAÜNDE, (Perú), Eduardo Jorge PRATS, Olivo A. RODRÍGUEZ H., (República Dominicana), Mariano BRITO, Juan Pablo CAJARVILLE P., Carlos E. DELPIAZZO (Uruguay)

#### Revista de Derecho Público Fundación de Derecho Público

Torre América, PH, Av. Venezuela, Bello Monte, Caracas 1050, Venezuela  
Email: fundaciondederechopublico@gmail.com

Editada por la **Fundación Editorial Jurídica Venezolana**, Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Caracas, Venezuela. Telf. (58) 212 762-25-53/38-42/ Fax. 763-52-39  
Apartado N° 17.598 – Caracas, 1015-A, Venezuela.

Email: feyv@cantv.net  
Pág. Web: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

© 1980, FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO/EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público  
Nº 1 (Enero/marzo 1980)  
Caracas, Venezuela

Publicación Trimestral

Hecho Depósito de Ley  
Depósito Legal: pp 198002DF847  
ISSN: 1317-2719

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.

*Normas para el envío de originales*

La Revista de Derecho Público aceptará artículos inéditos en el campo del derecho público. Los artículos deberán dirigirse a la siguiente dirección [secretaria@revistadederechopublico.com](mailto:secretaria@revistadederechopublico.com)

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

1. Los trabajos se enviarán escritos a espacio y medio, con una extensión aproximada no mayor de 35 cuartillas tamaño carta.
2. Las citas deberán 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 palabras clave (en los dos idiomas)
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléfono, dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La adquisición de los ejemplares de la Revista de Derecho Público puede hacerse en la sede antes indicada de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, o a través de la librería virtual en la página web de la Editorial: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com>

La adquisición de los artículos de la Revista en versión digital puede hacerse a través de la página web de la Revista de Derecho Público: <http://www.revistadederechopublico.com>

Las instituciones académicas interesadas en adquirir la Revista de Derecho Público mediante canje de sus propias publicaciones, pueden escribir a [canje@revistadederechopublico.com](mailto:canje@revistadederechopublico.com)

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 Nº 21041), REVENCYT (Código RVR068) y DIALNET (Universidad de la Rioja, España).

Portada: Lilly Brewer (1980)

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Mirna Pinto,  
en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10,5, Mancha 20x12.5

Hecho el depósito de Ley  
Depósito Legal: DC2017002356  
ISBN Obra Independiente: 978-980-365-410-8

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

Panamá, República de Panamá.  
Email: [ejvinternational@gmail.com](mailto:ejvinternational@gmail.com)

ESTUDIOS

Artículos

- Liberalismo y tributación. Especial atención al principio de reserva legal de los tributos*, por Serviliano **ABACHE CARVAJAL** ..... 9
- ¿Qué son las sentencias de gobierno? La nueva geografía de actos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, por Emilio J. **URBINA MENDOZA** ..... 33
- Sentencia previa. La diferencia fundamental entre acto administrativo y sentencia judicial*, por Gustavo **LINARES BENZO** ..... 67
- El rol de las Cortes y la protección de la democracia: Una aproximación desde regímenes transicionales. The role of the Courts sustaining democracy: An approach from transitional regimes*, por Vicente F. **BENÍTEZ R.** y Germán A. **GONZÁLEZ H.** ..... 83
- Comentarios al recurso de control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte IDH creado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*, por Jorge C. **KIRIAKIDIS L.** ..... 107
- JOHN MARSHALL ¿Padre del control de constitucionalidad? Acerca de algunos precedentes que habrían inspirado su decisión en el caso “William Marbury versus James Madison”, por Ernesto **ADRIÁN LÖFFLER*** ..... 153
- Comentarios Monográficos
- Notas para una perspectiva histórica del referendo revocatorio en Venezuela*, por Carlos **GARCÍA SOTO** ..... 173

<i>El control de convencionalidad, los derechos políticos y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i> , por Gabriel <b>SIRA SANTANA</b> .....	187
<i>Control Judicial de la Constitucionalidad vs. Bloqueo Político-Judicial del Parlamento</i> , por Jesús María <b>CASAL</b> .....	205
LEGISLACIÓN	
Información Legislativa	
<i>Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el Segundo Semestre de 2016</i> , por Flavia <b>PESCI FELTRI</b> .....	213
Comentarios Legislativos	
<i>Los poderes ejecutivo, legislativo y judicial ante la “Emergencia Económica”</i> , por Anabella <b>ABADI M.</b> y Carlos <b>GARCÍA SOTO</b> .....	237
JURISPRUDENCIA	
Información Jurisprudencial	
<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Semestre de 2016</i> , por Mary <b>RAMOS FERNÁNDEZ</b> .....	259
Comentarios Jurisprudenciales	
<i>La ratificación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de su decisión de desconocimiento de la potestad de la Asamblea Nacional para revisar y revocar sus propios actos</i> , por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....	305
<i>Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional N° 614/2016 (19-7-2016). A propósito de la inconstitucional designación de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia</i> , por José Ignacio <b>HERNÁNDEZ G.</b> .....	312
<i>¿Puede haber inconstitucional omisión legislativa, respecto de un proyecto que pretende modificar la constitución? (Comentario con motivo de la sentencia N° 686 dictada por la Sala Constitucional el 4/08/2016)</i> , por María Alejandra <b>CORREA MARTÍN</b> .....	315

<i>La Constitución no pierde vigencia por las decisiones de la Sala Constitucional. (Comentario con motivo de las sentencias número 795 y 797 dictadas por la Sala Constitucional el 19/08/2016), por María Alejandra <b>CORREA MARTÍN</b> .....</i>	318
<i>La paralización de la Asamblea Nacional: la suspensión de sus sesiones y la amenaza del enjuiciar a los diputados por “desacato”, por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....</i>	322
<i>De la inconstitucional evasión del control parlamentario decretada por el Ejecutivo Nacional y avalada por la Sala Constitucional, por María Alejandra <b>CORREA MARTÍN</b> .....</i>	326
<i>La cremación de la Asamblea Nacional y la usurpación de sus funciones presupuestarias por parte del Juez Constitucional, por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....</i>	334
<i>El uso de armas y sustancias tóxicas en el control de las manifestaciones es inconstitucional, antidemocrático y acarrea responsabilidad de los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten, a pesar de lo que decida la Sala Político Administrativa, por María Alejandra <b>CORREA MARTÍN</b> .....</i>	350
<i>El intento fallido de la Asamblea Nacional de ejercer el control político sobre la administración pública investigando la actuación de PDVSA, y su anulación por la Sala Constitucional, por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b>.....</i>	358
<i>El intento fallido de la Asamblea Nacional de ejercer el control político sobre el tema de la nacionalidad del Presidente de la República, y su anulación por parte de la Sala Constitucional, por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....</i>	360
<i>El acoso por parte de la “Justicia” Constitucional contra la Asamblea Nacional como órgano de representación popular, por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....</i>	367
<i>La mutación del concepto constitucional de familia por la Sala Constitucional, por José Ignacio <b>HERNÁNDEZ G.</b>.....</i>	380
<i>Nuevo secuestro del Derecho del Pueblo a la realización del referendo revocatorio presidencial perpetrado por la Sala Electoral, algunos Tribunales Penales y el Poder Electoral, por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....</i>	384

DOCUMENTOS

*Presentación ante la ONU sobre el respeto a la Independencia e Imparcialidad Judicial en Venezuela*, por **INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DERECHO PROCESAL** ..... 397

## ESTUDIOS



## Artículos

# *Liberalismo y tributación. Especial atención al principio de reserva legal de los tributos*

Serviliano Abache Carvajal\*  
Abogado

**Resumen:** *En el presente trabajo se repasa la noción de libertad, prestando especial atención al principio de reserva legal, para luego analizar la vinculación entre liberalismo y tributación, a partir del principio de reserva legal tributaria. Finalmente, se plantean distintos supuestos en los que se violaría la reserva legal de los tributos y, en consecuencia, la libertad.*

**Palabras Clave:** *Libertad, liberalismo, tributación, reserva legal.*

**Abstract:** *In this paper the notion of liberty is reviewed, paying special attention to the principle of legal reserve, in order to analyze the link between liberalism and taxation, from the principle of legal reserve in taxation. Finally, different scenarios in which the principle of legal reserve of taxes is breached, as well as liberty, are presented.*

**Key words:** *Liberty, liberalism, taxation, legal reserve.*

### SUMARIO

- I. SOBRE LA NOCIÓN DE LIBERTAD
- II. EL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL Y LA GARANTÍA QUE CONSTITUYE EN LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA LIBERTAD
- III. LIBERALISMO Y TRIBUTACIÓN. PARTICULAR ATENCIÓN AL PRINCIPIO *NULLUM TRIBUTUM SINE LEGE*
- IV. LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL DE LOS TRIBUTOS Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA LIBERTAD

---

\* Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Tributario mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Máster en Argumentación Jurídica mención Sobresaliente, Universidad de Alicante, España. Profesor de postgrado en Derecho Tributario, Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Metropolitana y Universidad Católica del Táchira. Profesor de pregrado en Argumentación Jurídica, Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de Número, del Consejo Directivo y Coordinador del Comité Editorial de la Revista de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Ganador del “Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, edición 2012-2013. Miembro Encargado de la Sección Venezolana de la “Reseña de Fiscalidad Sudamericana” de la Revista *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, dirigida por el Prof. Victor Uckmar. Coordinador de la Sección Venezolana del Observatorio *Doxa* de Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España, dirigido por el Prof. Manuel Atienza.

1. *La violación del principio de reserva legal de los tributos, como menoscabo de su concepción de garantía en sí mismo de la libertad.* 2. *La violación del principio de reserva legal de los tributos, como menoscabo del principio de separación de poderes y, con ello, de la libertad.* 3. *La violación del principio de reserva legal de los tributos, como menoscabo de la libertad de participar en los asuntos públicos.*

## V. REFLEXIÓN FINAL

### I. SOBRE LA NOCIÓN DE LIBERTAD

Mucho es lo que se ha escrito sobre la *libertad*. No es nuestro lugar desarrollar los variados conceptos y concepciones que de la misma se han propuesto. Filósofos, politólogos, sociólogos, juristas y pensadores en general se han ocupado de esta cuestión, sin duda —y dada la alta carga emotiva de esa palabra<sup>1</sup>—, con algún grado de ambigüedad<sup>2</sup>. No obstante lo anterior, lo que sí es indiscutible, es que la libertad es la esencia del *liberalismo*<sup>3</sup>. En este sentido, considera Hayek que:

«Sin duda alguna, la libertad individual constituye lo que más apropiadamente puede considerarse como principio moral de la acción política. Pero, al igual que todos los principios morales, la libertad exige que se la acepte como valor intrínseco, algo que debe respetarse sin preguntarnos si las consecuencias serán beneficiosas en un caso particular»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Sobre la carga emotiva o significado emotivo del lenguaje, *vid.* Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, 5ª edición, Buenos Aires, 2006, pp. 22 y ss.

<sup>2</sup> Sobre la ambigüedad de la voz «libertad», *vid.* Barberis, Mauro, *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 89; y Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Editorial Barcanova, Barcelona, 1985, pp. 108 y 109.

<sup>3</sup> Sistema de principios sobre el cual, como lo ha apuntado Cubeddu, también hay variadas acepciones y concepciones (liberalismo económico, ético-político, anti-estatista, constructivista, evolucionista, etc.), así como distintos compuestos (liberal-democracia, liberal-socialismo, liberal-liberista, etc.), con lo cual se evidencia lo complejo que es formarse una idea de lo que realmente es el *liberalismo*. *Cf.* Cubeddu, Raimondo, *Atlas del Liberalismo*, Unión Editorial, Madrid, 1999, pp. 14 y 15. En particular, sobre el «liberal-socialismo» o «social-liberalismo», *vid.* von Mises, Ludwig, *Crítica del intervencionismo. [El mito de la tercera vía]*, Unión Editorial, Madrid, 2011, pp. 109 y ss. Para de la Nuez, la polisemia del término radica en que «[e]l liberalismo es una doctrina política que no es monolítica ni homogénea, sino que —conservando, lógicamente, unos rasgos comunes y diferenciadores— da cabida a diferentes autores, corrientes e interpretaciones (...)». de la Nuez, Paloma, «Prólogo» en Hayek, Friedrich, *Principios de un orden social liberal*, Unión Editorial, Madrid, 2001, p. 12. Por su parte, Barberis propone una definición de liberalismo —en sentido estricto— en los términos siguientes: «[e]l liberalismo es la doctrina política que, más allá de privilegiar la libertad sobre otros valores, la concibe como conjunto de derechos individuales oponibles no sólo a otros individuos, sino también a las leyes del Estado». Barberis, Mauro, *op. cit.*, p. 95. En cualquier caso, lo importante es tener claro que «[e]l liberalismo en general puede ser entendido desde la perspectiva de la defensa de la noción de *libertad*, con muy diversos alcances en materia filosófica, política, económica y aun religiosa». (Cursivas del autor). Plazas Vega, Mauricio A., *El liberalismo y la teoría de los tributos*, Editorial Temis, Bogotá, 1995, p. 8. En general, sobre la doctrina liberal, *vid.* von Mises, Ludwig, *La acción humana. Tratado de economía*, Unión Editorial, Madrid, 2011.

<sup>4</sup> Hayek, Friedrich, *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, 6ª edición, Madrid, 1998, p. 101. En similar sentido, comentando la frecuencia con la que se considera que la libertad es el valor fundamental del liberalismo, *vid.* Barberis, Mauro, *op. cit.*, p. 89.

Como es sabido, la libertad se puede ver desde distintos ángulos o enfoques<sup>5</sup>, siendo uno de ellos el que se centra en la libertad *personal*, y que habilita, en términos generales, la realización de alguna *acción* por estar *jurídicamente permitida*<sup>6</sup> (o no realizarla), respondiendo a la concepción negativa de libertad<sup>7,8</sup>, la cual ha sido entendida por Berlín en los términos siguientes:

«Normalmente se dice que yo soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad.

En este sentido, la libertad política es, simplemente, el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. (...) [L]a mera incapacidad de conseguir un fin no es falta de libertad política»<sup>9</sup>.

Esta noción constituye una articulación y manifestación concreta del *derecho fundamental a la libertad general*, cuya consagración como valor superior del ordenamiento jurídico venezolano y derecho subjetivo constitucional, viene dada en distintos dispositivos normati-

<sup>5</sup> Para Atienza, la libertad puede apreciarse desde tres niveles: (i) la libertad *natural* (que aborda la cuestión de si los acontecimientos naturales son libres o, si, por el contrario, están determinados por leyes); (ii) la libertad *social* (que percibe la libertad como una relación entre personas y a propósito de ciertas conductas); y (iii) la libertad *personal* (que tiene como foco principal a la persona humana, al individuo como tal). Cf. Atienza, Manuel, *Introducción... cit.*, pp. 108-112.

<sup>6</sup> Sobre la noción de la «permisión jurídica» como basamento constitutivo del concepto de la *libertad jurídica*, vid. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 211 y ss.

<sup>7</sup> «Una libertad jurídica consiste en el hecho de que está permitido tanto hacer como no hacer algo. Este es justamente el caso cuando algo no está ni ordenado ni prohibido». *Ibid.*, p. 341. Ésta es —precisamente— la concepción *negativa* de la libertad, de acuerdo a la cual las personas pueden hacer o *dejar de hacer* lo que quieran, negándose intervenciones externas del Estado u otros sujetos. Sobre esta concepción de la libertad, así como de su modalidad *positiva*, consistente en realizar *conductas razonables o necesarias*, vid. Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 248 y 249. Por su parte, en relación a la libertad negativa, Atienza ha considerado lo siguiente: «En muchas ocasiones, la libertad se entiende como la facultad de hacer o no hacer determinadas acciones sin ser obstaculizado por los demás. Se habla entonces de *libertad negativa*, pues la obligación de los no titulares de la libertad, incluido el Estado, es precisamente una obligación negativa: consiste en no intervenir en ciertas esferas de actuación de los individuos (o de los grupos). El Estado sólo deberá intervenir, excepcionalmente, para reprimir comportamientos de otros miembros de la sociedad que vayan contra el ejercicio de tales libertades; más concretamente, el Estado cumpliría una función *garantista* respecto a los titulares de las libertades, y *represiva* con respecto a quienes trataran de impedir tal ejercicio.// Ahora bien, la libertad negativa responde a la concepción “liberal” de la libertad y se basa en la idea de que los individuos son libres en cuanto no están sometidos a normas: cuantas menos sean las normas jurídicas, más numerosas y amplias serán las esferas en que el individuo goce de libertad». (Cursivas del autor). Atienza, Manuel, *Introducción... cit.*, pp. 111 y 112. Para un análisis de la libertad negativa como «voluntad pura» (*hay querer, pero no hay deber*) y de la libertad positiva como «ciencia de lo permitido» (*hay querer y hay deber*), vid. Recuero, José Ramón, *La dialéctica de la Libertad. Libertad moral y Libertad política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, pp. 45 y ss.

<sup>8</sup> Tal como lo ha entendido el filósofo español Fernando Savater, para quien la acción vinculada a la libertad «[e]stá ligada a la posibilidad de hacer o no hacer». Savater, Fernando, *La libertad como destino*, Fundación José Manuel Lara, Sevilla, 2004, p. 40.

<sup>9</sup> Berlín, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Universidad, Madrid, 1988, pp. 191 y 192.

vos *axiológicos* y *deontológicos* del texto de la Constitución venezolana<sup>10</sup> (así como de su Preámbulo<sup>11</sup>), entre los cuales destacan los artículos 1<sup>12</sup> y 2<sup>13</sup> (como *valor superior*), y 20<sup>14</sup> (como *derecho subjetivo*<sup>15</sup> y *cláusula general residual de libertad*<sup>16</sup>), que junto a otras normas

<sup>10</sup> Publicada inicialmente en Gaceta Oficial N° 36.860, 30 de diciembre de 1999 y reimpressa posteriormente con algunas correcciones en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, 24 de marzo de 2000. Su primera enmienda, así como el texto íntegro de la Constitución, fueron publicados en Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

<sup>11</sup> Preámbulo de la Constitución: «El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana:// Con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad».

<sup>12</sup> Artículo 1 de la Constitución: «La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.// Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional».

<sup>13</sup> Artículo 2 de la Constitución: «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».

<sup>14</sup> Artículo 20 de la Constitución: «Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social».

<sup>15</sup> En efecto, el *derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad* (establecido en el artículo 2 párrafo 1 de la Ley Fundamental de Alemania), ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional Federal alemán, desde sus primeras y más relevantes sentencias, según explica Alexy, como un «[d]erecho general a la libertad de acción» [Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 332], consistiendo el mismo en «[l]a libertad de hacer y omitir lo que uno quiera. (...) Por una parte, a cada cual le está *permitido prima facie* –es decir, en caso de que no intervengan *restricciones*– hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva). Por otra, cada cual tiene *prima facie*, es decir, en la medida que no intervengan *restricciones*, un derecho frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas (norma de derechos)». *Ibid.*, p. 333.

<sup>16</sup> Esta norma está planteada en términos muy similares al artículo 16 de la Constitución Política colombiana de 1991, sobre el cual ha explicado Bernal Pulido que el mismo se configura como una *cláusula general residual de libertad* –condición predicable de nuestra norma constitucional–, distinta a las libertades constitucionales específicas, abarcando, de esta manera, el *espectro de toda libertad negativa*, en la medida que «[p]or efecto de esta cláusula, todo lo que no está prohibido por la Constitución o por las normas jurídicas de inferior jerarquía está permitido, o sea, representa una posición jurídica de libertad». Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, p. 251.

constitucionales<sup>17</sup> conforman el llamado *ideario liberal*<sup>18</sup>, encontrando su materialización *efectiva*, en el legítimo ejercicio –e imperativo *iusprivatista*– de la *autonomía de la voluntad* y de la *libertad jurídica de acción* («libertad de elegir entre alternativas de acción»<sup>19</sup>).

En efecto, es por virtud de esa autonomía privada (o *señorío de la voluntad*, como también se le decía<sup>20</sup>), cuyo fundamento constitucional se encuentra en la apuntada *libertad general*<sup>21</sup> de las personas, integrante de los *valores superiores del ordenamiento jurídico* (y de toda Constitución auténticamente liberal, así como de todo Estado *liberal* de Derecho, en los términos que enseña Zagrebelsky<sup>22</sup>), que éstos pueden ejercer todos los atributos inmersos en la libertad y, así, materializar el *derecho de decidir y conducir* estrictamente conforme a sus intereses personales sus asuntos, estando, así, frente a *personas autónomas que se determinan a sí mismas*<sup>23</sup>. Teniendo en cuenta, entonces, que la autonomía de la voluntad –a la cual se opone la concepción del *perfeccionismo*, según explica Nino<sup>24</sup>– halla su fundamento constitu-

<sup>17</sup> Por ejemplo, los artículos constitucionales 27 (acción de amparo a la libertad), 44 (libertad personal), 50 (libertad de tránsito), 57 (libertad de expresión y opinión), 58 (libertad de comunicación), 59 (libertad de religión y culto), 61 (libertad de conciencia), 62 (libertad de participar en los asuntos públicos), 63 (libertad del sufragio), 76 (libertad de las parejas de decidir el número de hijos que deseen concebir), 98 (libertad de creación cultural) y 112 (libertad económica).

<sup>18</sup> Sobre el *ideario liberal*, *vid.* Herrera Orellana, Luis Alfonso, «Defensa de las bases liberales de la Constitución de 1999 ante su negación por la sentencia 1.049/2009 de la Sala Constitucional» en Herrera Orellana, Luis Alfonso, Arias Castillo, Tomás Anibal y Rondón García, Andrea Isabel, *Del Estado Social de Derecho al Estado Total (Crítica filosófica-jurídica a la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.049, de 23 de julio de 2009)*, Ediciones Funeda, Colección de Dictámenes y Alegatos Forenses, Caracas, 2010, pp. 27-86.

<sup>19</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 340 y 341.

<sup>20</sup> *Cf.* Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 28.

<sup>21</sup> Que ha sido considerado uno de los «derechos naturales» más antiguos y «[s]e obtiene de un principio general, implícito en otras normas o explícito, por el que todo lo que no está prohibido está permitido». *Cf.* Barberis, Mauro, *op. cit.*, p. 21. Sobre el *derecho general de libertad*, *vid.* Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 331 y ss. Un análisis de su concepción como «derecho natural» dentro de la fundamentación antropológica de la teoría política de Jean-Jacques Rousseau –así como algunos comentarios sobre su noción de *único derecho imato* en el pensamiento de Immanuel Kant–, puede verse en: Fazio Fernández, Mariano, *Del Buen Salvaje al Ciudadano. Introducción a la Filosofía Política de Jean-Jacques Rousseau*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, pp. 29 y ss.

<sup>22</sup> «Estas afirmaciones no son más que un modo de expresar los principios fundamentales de toda Constitución auténticamente liberal, de todo Estado *liberal* de derecho: la libertad de los ciudadanos (en ausencia de leyes) como regla, la autoridad del Estado (en presencia de leyes) como excepción. Tales principios constituyen la inversión de los principios del “Estado de policía”, fundado no sobre la libertad, sino sobre el “paternalismo” del Estado, donde, en general, la acción de los particulares se admitía sólo mediante autorización de la Administración, previa valoración de su adecuación al interés público. En el Estado de policía, una sociedad de menores; en el Estado liberal, una sociedad de adultos». (Cursivas del autor y resaltado nuestro). Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

<sup>23</sup> *Cf.* Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 213 y 214, nota al pie N° 121.

<sup>24</sup> «Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores», en tanto que «[l]a idea central del liberalismo es que el valor objetivo de la autonomía hace que las preferencias subjetivas del individuo, que no contradigan ese valor, deben ser

cional en la señalada *noción general de libertad* y, más ampliamente, en el apuntado *ideario liberal*, bajo la concepción que explica Barberis<sup>25</sup> del segundo significado que ha recibido históricamente dicha libertad (*freedom, liberté o Freiheit*), no cabe mayor discusión sobre que, como corolario de la misma, la autonomía privada es también uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, razón por la cual, el ordenamiento –en su conjunto– debe interpretarse conforme a dicha autonomía que habilita a los operadores jurídicos a ejecutar sus actividades con arreglo a sus propias decisiones dentro del marco de la Ley.

Por otro lado, no debe olvidarse que si bien los derechos orientados a la libertad encuentran ciertos límites *extrínsecos*, los mismos, para poder garantizar el apuntado señorío de la voluntad de los particulares, son *intrínsecamente ilimitados*<sup>26</sup>, por lo que se ha considerado, como expone Alexy<sup>27</sup>, que la ausencia de *impedimentos, limitaciones y resistencias* son el núcleo mismo del concepto de la libertad.

Con lo anterior, resulta claro que la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico y un derecho subjetivo constitucional que integra el *ideario liberal* y, como tal, oponible frente al Estado, respondiendo de esta manera al tercer significado asumido históricamente por libertad, en el sentido estrictamente *liberal*<sup>28</sup>.

## II. EL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL Y LA GARANTÍA QUE CONSTITUYE EN LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA LIBERTAD.

La reserva legal es una *norma sobre la normación y sobre la producción normativa*<sup>29</sup>, cuya función principal, como es sabido, consiste en la atribución por disposición constitucional de la regulación de una determinada materia a la *ley formal*<sup>30</sup> –o a fuentes asimiladas–, sustrayendo, paralelamente, dicha materia de la disciplina de otras fuentes jurídicas subordinadas a la ley formal, como lo son la normativa reglamentaria y los proveimientos administrativos discrecionales del Poder Ejecutivo<sup>31</sup>, de lo que se infiere su directa vinculación con

---

respetadas aun cuando sean incorrectas». Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, 2005, pp. 205 y 217, respectivamente.

<sup>25</sup> Cf. Barberis, Mauro, *op. cit.*, pp. 92 y 93.

<sup>26</sup> Cf. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 87.

<sup>27</sup> Cf. Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 211 y 212.

<sup>28</sup> Cf. Barberis, Mauro, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

<sup>29</sup> Cf. Giannini, Massimo Severo, «I proventi degli enti pubblici minori e la riserva della legge» en *Rivista de Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 9, parafraseado en Torruco Salcedo, Sitali, «El principio de reserva de ley tributaria en la jurisprudencia mexicana» en Cruz de Quiñones, Lucy (Directora académica), *Lecciones de derecho tributario inspiradas por un maestro. Liber Amicorum en homenaje a Eusebio González García*, tomo I, Editorial Universidad del Rosario-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2010, p. 93.

<sup>30</sup> Cuya noción empezó a emerger, según lo recordara Antonio Moles Caubet, en el seno del Estado absoluto de los siglos XVI y XVII, como una garantía contra la arbitrariedad del soberano. Cf. Moles Caubet, Antonio, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974, p. 14.

<sup>31</sup> Cf. Pérez Luciani, Gonzalo, *El principio de legalidad*, Serie Estudios N° 81, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 121.

las *fuentes del Derecho*<sup>32</sup>. Dicho de otra manera, la reserva de ley se refiere a la *esfera normativa* del principio general de legalidad<sup>33</sup>.

Este principio, a partir de la definición de la libertad, ya encontraba consagración expresa en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, como lo recuerda García de Enterría<sup>34</sup>, cuyo artículo 4 establecía lo siguiente:

Artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. *Estos límites no pueden establecerse más que por la Ley*». (Cursivas del autor).

Al respecto, explica Brewer-Carías que la reserva legal –y con ella, los *límites de la potestad reglamentaria*– se ubica en tres típicas materias, a saber: (i) la regulación, limitación o restricción<sup>35</sup> de los derechos constitucionales; (ii) el régimen de sanciones y; finalmente (iii) el establecimiento de los tributos<sup>36</sup>. En estas materias que la Constitución asigna *exclusivamente* al legislador, aun en ausencia de ejercicio del poder regulador del órgano legislativo, las mismas no pueden ser objeto de reglamentación vía administrativa<sup>37</sup>.

En similar sentido, comenta Fraga la indiscutible relación entre las libertades de los individuos y el principio de legalidad o reserva legal, en los términos siguientes:

a íntima conexión entre las libertades individuales y el principio de la legalidad se revela claramente cuando se tiene en cuenta las materias en las cuales este principio tiene mayor importancia: la definición de los delitos y las penas y la creación de los tributos, ambas relacionadas con dos de los derechos fundamentales de mayor relevancia, la libertad y la propiedad»<sup>38</sup>.

Específicamente abordando la reserva legal en materia de *derechos fundamentales*, la misma consiste, en palabras de Alexy<sup>39</sup>, en una *norma de competencia* que fundamenta la *restringibilidad* de dichos derechos, debido a que no constituye una restricción en sí misma, sino la *posibilidad jurídica* de lograr la restricción. Al respecto, Brewer-Carías enseña que la reserva legal es precisamente la *primera y más importante* de las «garantías constitucionales»

<sup>32</sup> Cf. Torruco Salcedo, Sitali, *op. cit.*, p. 93.

<sup>33</sup> Cf. *Ídem*.

<sup>34</sup> Vid. García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 27.

<sup>35</sup> Una diferencia entre los *límites* (o restricciones inmanentes, de la teoría interna) y las *restricciones* (de la teoría externa) de derechos fundamentales, puede consultarse en Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 267 y ss.

<sup>36</sup> Cf. Brewer-Carías, Allan R., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 454; y Brewer-Carías, Allan R., «Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina», *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, pp. 38 y 39.

<sup>37</sup> Cf. Brewer-Carías, Allan R., *El Derecho Administrativo... cit.*, p. 453.

<sup>38</sup> Fraga Pittaluga, Luis, *Principios constitucionales de la tributación*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, N° 95, Caracas, 2012, p. 53.

<sup>39</sup> Cf. Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 273.

de estos derechos, razón por la cual sólo el legislador a través de la *ley formal*<sup>40</sup> (como tipo normativo *genérico*<sup>41</sup>), puede establecer limitaciones o restricciones a la regulación y ejercicio de dichos derechos, dentro del sistema constitucional<sup>42</sup>, frente a la tutela, claro está, de *otros derechos de igual rango o jerarquía*<sup>43</sup>. Es por lo anterior –y esto resulta de meridiana importancia para nuestro estudio– que la Administración y, específicamente, el reglamento, no puede limitar de manera alguna los derechos y garantías constitucionales, y dentro de ellos, el derecho constitucional a la libertad, incluso en aspectos que no hayan sido regulados expresamente por Ley<sup>44</sup>. Violar la reserva legal a través de un acto administrativo, como ocurre con el establecimiento de tributos en normas sublegales, acarrea la nulidad absoluta del mismo, al tratarse de una transgresión de normas constitucionales<sup>45</sup>. Así lo ha entendido la jurisprudencia:

«Es así como la garantía de la reserva legal, se concreta en la confianza que tiene todas las personas que el ejercicio de la potestad legislativa, es la única capaz de reglamentar los derechos y garantías constitucionales.

Por ello, cualquier acto de rango sublegal que establezca limitaciones, restricciones, obligaciones o sanciones sobre los derechos o las garantías constitucionales y más específicamente, cualquier acto de rango sublegal que establezca infracciones y sanciones o que las modifique, incurre en violación del principio de reserva legal»<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Cuyo *tipo normativo* es el referido en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según ha sido expresamente declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con ocasión a una consulta formulada por la República Oriental de Uruguay, en la cual señaló que la expresión «leyes» empleada en el indicado enunciado (referido a las restricciones permitidas en el marco de la protección de los *derechos humanos*, criterio aplicable, en esencia, a las limitaciones de los *derechos constitucionales*), debe entenderse en el sentido de «ley formal», esto es, una «norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado». Opinión Consultiva OC-6/86 de 09-05-1986, párrafo N° 27, Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultada en Travieso, Juan Antonio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones consultivas y fallos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 179 y ss. Una acotación sobre la citada Opinión Consultiva, puede verse en Sabsay, Daniel Alberto, «Comentario a la Opinión Consultiva 6» en Bidart Campos, Germán y Pizzolo (h), Calogero (Coord.), *Derechos Humanos. Corte Interamericana*, tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, pp. 421 y ss.

<sup>41</sup> *Vid.* Chacón Hanson, Alma Adriana, «Las condiciones de validez de las limitaciones o restricciones legislativas y la racionalidad de la ley» en Casal H., Jesús María *et al* (Coord.), *Tendencias actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, tomo II, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 70.

<sup>42</sup> Así se pronuncia, entre otros, Víctor Garrido Ramos: «En otras palabras, las limitaciones a los derechos constitucionales sólo pueden establecerse mediante ley, entendiendo como tal el acto emanado del órgano legislativo (Asamblea Nacional)». Garrido Ramos, Víctor G., «Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la Constitución de 1999 y en el Derecho Internacional» en Carrillo Artilles, Carlos Luis (Coord.), *Libro homenaje al Profesor Alfredo Arismendi A.*, Ediciones Paredes-Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, p. 434.

<sup>43</sup> *Cf.* Herrera Orellana, Luis Alfonso, *op. cit.*, p. 38.

<sup>44</sup> *Cf.* Brewer-Carías, Allan R., *El Derecho Administrativo... cit.*, p. 453.

<sup>45</sup> *Cf. Ibid.*, p. 454.

<sup>46</sup> Sentencia N° 1237 del 30-05-2000, del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, caso Banco Venezolano de Crédito, consultada en *Revista de Derecho Público*, N° 82, abril-junio, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 246.

Al unísono con las doctrina y jurisprudencia, en el ordenamiento constitucional venezolano actual –al igual que ocurría bajo la vigencia de la Constitución de 1961<sup>47</sup>, en su artículo 116, numeral 24<sup>48</sup>– se reserva a la «legislación», la *delimitación* –así como su connatural *limitación*– de la *materia de los derechos y garantías fundamentales*, por mandato del artículo 156, numeral 32 de la Constitución, en los términos siguientes:

Artículo 156 de la Constitución: «Es de competencia del Poder Público Nacional: (...)// 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales. (...)»<sup>49</sup>.

Es a esto a lo que se refiere Blanquer, en relación a la Constitución española, al explicar lo siguiente:

«En materias en las que la competencia normativa está reservada a la Ley (como sucede con los derechos fundamentales y libertades públicas conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de la Constitución), son las normas con fuerza de Ley las que pueden atribuir la supremacía que caracteriza al estatuto de la Administración Pública. En esas materias (sic) no basta un simple Reglamento para atribuir potestades exorbitantes que sirven para ordenar, limitar y comprimir los derechos y libertades de los ciudadanos. En ese sentido, es claro que está reservada a la Ley la atribución de la potestad sancionadora o la expropiatoria. La auto atribución de potestades por vía reglamentaria sólo es admisible en materias organizativas y otras cuestiones adjetivas que no afectan al estatuto fundamental del ciudadano»<sup>50</sup>.

Junto al principio de reserva legal, como condición *formal* para la limitación o restricción de los derechos fundamentales y, específicamente, en relación a la *expresa habilitación* que el mismo significa para la Administración a través de una *ley formal* cuando ésta pretende limitar la *libertad general* de las personas<sup>51</sup> –o *interferir* en el ejercicio de su *libertad jurídica*<sup>52</sup>–, se encuentran otros requisitos *materiales* –que escapan del objeto de este estudio, razón por la cual sólo los mencionaremos–, dentro de los cuales destacan la *licitud del fin perseguido*, la *proporcionalidad*<sup>53</sup> (también denominada *prohibición de exceso*) y la *intangibilidad del contenido esencial del derecho*, los cuales, claro está, sólo deberán ser objeto de análisis cuando la limitación o restricción se establezca por Ley, esto es, en tanto se satisfaga la primera condición –formal– representada por la reserva legal.

<sup>47</sup> Publicada en Gaceta Oficial N° 3.251 Extraordinario, 12 de septiembre de 1983 (con las enmiendas N° 1 y N° 2).

<sup>48</sup> Artículo 136 de la Constitución de 1961: «Es de la competencia del Poder Nacional: (...) 24. La legislación reglamentaria de las garantías que otorga esta Constitución (...)».

<sup>49</sup> En concordancia con el artículo 187, numeral 1 de la Constitución: «Corresponde a la Asamblea Nacional: 1. Legislar en las materias de competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Público».

<sup>50</sup> Blanquer, David, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 209.

<sup>51</sup> Cf. Garrido Falla, Fernando, «La inspección como actividad administrativa», *El I. V. A. y la Inspección de Hacienda. XXX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, p. 532.

<sup>52</sup> Cf. Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 120.

<sup>53</sup> Sobre el principio de proporcionalidad, *vid.* Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español*, Universidad Externado de Colombia, Serie Derecho Administrativo N° 3, Bogotá, 2007.

Ahora bien, enfocándonos en el evocado principio de reserva legal en materia del señalado *derecho fundamental a la libertad*, indistintamente de la peligrosísima tendencia de la jurisprudencia constitucional que ha pretendido atenuar la vigencia de la reserva legal en relación a *derechos derivados* de éste, como es el caso, por ejemplo, de la libertad de empresa cuando hay «intereses sociales o generales» en conflicto (e inclusive, pretendiendo reducir ese derecho constitucional<sup>54</sup> a un mero *mandato de optimización*<sup>55</sup>), lo cierto es que tal postura, como podrá apreciarse con meridiana claridad, carece de fundamento precisamente debido a que es la concepción según la cual junto a los derechos fundamentales –como la libertad– pueden válidamente existir bienes colectivos en juego, lo que en primer lugar llevó a la consagración de dicha reserva, para que fuese el órgano legislativo –como instancia *plural, deliberante y representativa*– el que ponderara si tales intereses generales debían –o no– predominar en algunas circunstancias sobre el derecho fundamental comprometido<sup>56</sup>.

En virtud de lo anterior, y al igual que ocurre con cualquier derecho fundamental –y libertad pública–, toda limitación o restricción que se pretenda efectuar de los derechos integrantes del *ideario liberal*, deberá –forzosamente– atenerse a los requisitos *formales y materiales* anunciados, con especial atención a la reserva legal, resultando, en tal sentido, evidente que al no satisfacerse esta primera condición, ni siquiera cabría el análisis de los demás elementos indicados, pues éstos dependen formalmente de aquél.

De lo expuesto se deduce, entonces, que carecerá de constitucionalidad y legalidad toda regulación normativa de carácter sub-legal que pretenda limitar o restringir el ejercicio de cualquier derecho constitucional, como lo es el derecho que tiene todo contribuyente –y ciudadano– a la libertad, que a la postre afectaría el llamado *estatuto del contribuyente*<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Artículo 112 de la Constitución: «Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país».

<sup>55</sup> *Vid.*, sentencia N° 1049, de 23 de julio de 2009, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, así como las críticas sobre esta *reducción de categoría jurídica* en: Arias Castillo, Tomás Aníbal, «Una diversión antiliberal: notas críticas a la sentencia N° 1049 de 23-07-09» en Herrera Orellana, Luis Alfonso, Arias Castillo, Tomás Aníbal y Rondón García, Andrea Isabel, *op. cit.*, pp. 98-107.

<sup>56</sup> Cf. Casal H., Jesús María, *Los Derechos Humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, 2ª edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, pp. 159 y 160.

<sup>57</sup> Denominación que ha sido abiertamente criticada por José Juan Ferreiro Lapatza, quien la considera, entre otras cosas, *contraria* al reconocimiento mismo del contribuyente como ciudadano sometido a –y protegido por– todo el ordenamiento jurídico y, en definitiva, *inútil*, así como *innecesaria*. Cf. Ferreiro Lapatza, José Juan, «El estatuto del contribuyente», *Revista Tributaria*, tomo XXIII, N° 131, marzo-abril, Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, Montevideo, 1996.

### III. LIBERALISMO Y TRIBUTACIÓN. PARTICULAR ATENCIÓN AL PRINCIPIO *NULLUM TRIBUTUM SINE LEGE*<sup>58</sup>

La doctrina liberal, en el orden *político* –y, naturalmente dentro de éste, en el *tributario*–, nace como respuesta al autoritarismo de las monarquías absolutas<sup>59</sup>, abocándose a la legitimidad misma del poder, así como a las garantías mínimas de los derechos fundamentales, con especial énfasis y atención en el *derecho fundamental de propiedad*<sup>60</sup>, por medio de su reconocimiento constitucional y el establecimiento de los sistemas propios de pesos y contrapesos en la configuración del Estado; de ahí que, al incidir naturalmente los tributos en la propiedad, esté siempre vigente la preocupación del liberalismo por la estructura y funcionamiento del *sistema tributario*<sup>61</sup>.

Entre otras razones, y a propósito de la regulación y protección del derecho de propiedad, se encuentra la característica propuesta liberal en torno a la necesidad de una (verdadera, material<sup>62</sup>) Constitución que, en sintonía con la dicción de la *Declaración de los derechos del*

<sup>58</sup> En este punto, como podrá apreciarse, nos apoyamos en la excelente y detallada investigación que el profesor colombiano –y auténtico *liberal*– Mauricio Plazas Vega, presenta en su obra ya citada, específicamente, en las pp. 3-31.

<sup>59</sup> «Así, las monarquías absolutas dependientes de la férrea voluntad de un solo hombre fueron acordes con la personificación arbitraria del poder tributario en el rey, sin participación alguna del Parlamento o de los Estados Generales. En los regímenes totalitarios de propiedad privada, y en particular los del fascismo italiano y el nacionalsocialismo alemán, la voluntad incuestionable del líder carismático, elevado sobre las masas a la manera de un mesías providencial, tuvo su expresión hacendística en un poder tributario concentrado que concurría con un sistema de discrecionalidad absoluta, e inclusive secreta, del gasto público. Y en los regímenes de fuerza, propios de las dictaduras militares que dominaron por varios lustros a buena parte de América Latina, la decisión arbitraria del general o caudillo tuvo también una dimensión fiscal en la cual los tributos dependieron, en mayor o menor grado, de lo que en última instancia determinara el “hombre fuerte”». *Ibid.*, p. 272. Un recuento sobre los antecedentes del principio de reserva de ley tributaria, en la Edad Media y en las monarquías absolutas, puede verse en: Acosta, Eugenio Simón, «El principio de legalidad y la seguridad jurídica en el ámbito tributario» en Mares Ruiz, Carla (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho Tributario. I Jornada de Derecho Tributario*, Palestra Editores, Lima, 2011, pp. 25 y ss. Otra reseña sobre el origen y desarrollo histórico de este principio, puede consultarse en: Fraga Pittaluga, Luis, *op. cit.*, pp. 44-51.

<sup>60</sup> Para una caracterización del derecho de propiedad como un *derecho fundamental* y lo que ello implica, *vid.* Canova González, Antonio, Herrera Orellana, Luis Alfonso y Anzola Spadaro, Karina, *¿Expropiaciones o vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, pp. 17-36.

<sup>61</sup> *Cf.* Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, p. 16.

<sup>62</sup> Y no meramente *semántica*. Sobre la noción *Constitución semántica*, que supone una apariencia de apego a las reglas y principios constitucionales, *vid.* Loewenstein, Karl, «Constituciones y Derecho Constitucional en Oriente y Occidente», *Revista de Estudios Políticos*, N° 164, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1969; y Alvarado Andrade, Jesús María, *Introducción a la idea y al concepto de Constitución. (Desde la antigüedad hasta el constitucionalismo moderno)*, inédito. Sobre este tema, enfocado en una patología del Derecho tributario venezolano actual, específicamente en materia de parafiscalidad, pueden verse nuestros comentarios en: Abache Carvajal, Serviliano, “Neolengua tributaria” y la Constitución semántica, *Ámbito Jurídico*, Año XIV - N° 174, marzo, Legislación Económica, C. A., Caracas, 2013.

*hombre y del ciudadano*, del 26 de agosto de 1789<sup>63</sup>, cumpla simultáneamente con sus dos objetivos definitorios: por un lado, garantice los derechos fundamentales de los individuos (dentro de los cuales se encuentra el derecho de propiedad) y, por el otro, regule el principio de la separación o división de los poderes<sup>64</sup>.

A la par del derecho de propiedad –como derecho fundamental–, y de las *libertades-límite* (en tanto límites a la acción del gobernante en la sociedad política), por un lado, así como de las *libertades-oposición* (en tanto derechos a oponerse a las acciones y propuestas del gobernante), por el otro, lo cierto es que la doctrina liberal también encuentra en otros principios que definen la acción del gobernante, de las autoridades estatales, un necesario sustento, como es el caso de los elementales principios de *legalidad y reserva legal*; el primero para *limitar* la acción de los funcionarios a las facultades que expresamente les reconoce la ley<sup>65</sup> y, el segundo, para *reservar* la regulación de ciertas materias a la ley, dentro de las cuales tiene especial lugar la votación de los tributos<sup>66</sup>.

En efecto, y en lo que a la relación de la reserva de ley y a los tributos se refiere, es clara la importancia e influencia de la doctrina liberal para instrumentar la configuración de este elemental principio de la imposición, si se tiene en cuenta la franca oposición del liberalismo a cualquier manifestación de arbitrariedad o discrecionalidad estatal, razón por la cual, «[n]o pueden establecerse tributos sin mediar la voluntad de los asociados expresada directamente o a través de sus representantes»<sup>67</sup>, esto es, a través de la ley en *sentido formal*<sup>68</sup>, de ahí que sea «[d]ifícil imaginar mayor despotismo que el que se genera cuando el gobierno de turno tiene acceso al poder tributario»<sup>69</sup>.

---

<sup>63</sup> Artículo XVI de la Declaración: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”. Junto al citado artículo XVI, el resto del articulado de la Declaración evidencia su eminente corte *liberal*: artículo I (la libertad como condición innata del hombre); artículo II (la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión como derechos naturales e imprescriptibles del hombre); artículo IV (la libertad definida como la posibilidad de hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás y la expresa reserva legal en cuanto al establecimiento de sus límites); artículos X y XI (libertad de opinión y culto), artículo XVII (inviolabilidad del derecho de propiedad); por sólo mencionar los más evidentes.

<sup>64</sup> Cf. Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, p. 18.

<sup>65</sup> Una aplicación concreta de este principio, en materia tributaria, puede verse en: Abache Carvajal, Serviliano, “La relación triádica liberal del cambio de ejercicio fiscal del contribuyente, según el artículo 148 del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta: un asunto de hermenéutica jurídica”, *Revista de Derecho Tributario*, N° 128, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2010.

<sup>66</sup> Cf. Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, pp. 17 y 18.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 272.

<sup>68</sup> «De todo lo dicho resulta que la satisfacción real del principio de la reserva legal en materia tributaria, reclama una **ley en sentido formal**, para que sean los representantes del Pueblo (el soberano), quienes tengan la facultad de dictar, reformar o derogar las leyes tributarias». (Resaltado nuestro). Fraga Pittaluga, Luis, *op. cit.*, p. 66.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 65.

La tríada *libertad-propiedad-tributación* es evidente: es a través de la representación popular por medio del cuerpo colegiado que constituye el parlamento, que se erige la forma más inmediata de protección de los intereses y derechos fundamentales de los particulares, del individuo, por lo que no es posible *establecer* los tributos –en un Estado *liberal*– por la mera voluntad del Ejecutivo, quien sólo está facultado para *administrarlos*<sup>70</sup>, sino que es necesario el voto favorable de los representantes del pueblo a través de la ley<sup>71</sup>, a otro decir: *no taxation without representation*<sup>72</sup>. Es por esto que «[e]n las economías de mercado, cuyo fundamento esencial es la existencia de la propiedad privada, el establecimiento de tributos debe estar reservado a la ley»<sup>73</sup>.

Y es precisamente por lo recién apuntado, que la creación de tributos por parte del Ejecutivo, como excepción al principio *nullum tributum sine lege*, ha sido siempre cuestionada por los regímenes no totalitarios –y apoyada, como es evidente, por los totalitarios– habida cuenta de que la representación popular es considerada como una garantía en sí de las libertades públicas, en lo general, y de la propiedad, en lo particular<sup>74</sup>. No sin razón, se ha afirmado que «[l]a reserva de ley sólo tiene significado en el Estado liberal, donde la ley es la expresión de la voluntad popular»<sup>75</sup>. En una palabra: *la autoimposición es libertad*.

En lo que respecta al fundamento *constitucional* en Venezuela del principio de legalidad (o reserva legal) de los tributos, el mismo se halla en los artículos 115, 133 y 317 de la Norma Fundamental, de acuerdo a los cuales:

Artículo 115 de la Constitución: «Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. **La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley** con fines de utilidad pública o de interés social. (...)». (Resaltado y subrayado nuestro).

Artículo 133 de la Constitución: «Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante **el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley**». (Resaltado y subrayado nuestro).

<sup>70</sup> En lo que a la gestión de los tributos y derechos fundamentales del contribuyente se refiere, con especial atención a la presunción de legitimidad de los actos administrativos, *vid.*, Abache Carvajal, Serviliano, *La atipicidad de la «presunción» de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*, Editorial Jurídica Venezolana-Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Colección Estudios Jurídicos, N° 93, Caracas, 2012.

<sup>71</sup> Cf. Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, p. 22.

<sup>72</sup> Conocida expresión acuñada, como explica Fraga, en la proclama independentista de las 13 Colonias Británicas en América, en la cual se estableció que *no se pagarían tributos sin representación*, importante conquista *liberal* que quedó plasmada en el artículo 1, sección 8, primer párrafo, de la Constitución Norteamericana de 1787 y se mantiene inalterada a la fecha: «Section 8. **The Congress shall have the power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises**, to pay debts and provide for the common defence and general welfare of the United States; but all duties, imposts and excises shall be uniform throughout the United States». (Resaltado y subrayado nuestro). Cf. Fraga Pittaluga, Luis, *op. cit.*, p. 47.

<sup>73</sup> Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, p. 23.

<sup>74</sup> Cf. *Ibid.*, p. 281.

<sup>75</sup> Acosta, Eugenio Simón, *op. cit.*, p. 34.

Artículo 317 de la Constitución: «**No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley**, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. (...)». (Resaltado y subrayado nuestro)<sup>76</sup>.

76

Los antecedentes de estas normas en la historia constitucional venezolana, puede apreciarse en las siguientes disposiciones: (i) art. 21, Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811; (ii) arts. 5, 71 y 166, Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811; (iii) art. 15 (Título 1º) y art. 7 (Título 6º), Constitución Política de Venezuela de 1819; (iv) arts. 42; y 55, tercera parte, Constitución de 1821; (v) art. 87, numeral 2, Constitución del Estado de Venezuela de 1830; (vi) art. 38, numeral 3; y 96, numeral 3, Constitución de 1857; (vii) art. 64, numeral 2, Constitución de 1858; (viii) art. 14, numeral 2, Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864; (ix) art. 14, numeral 2, Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1874; (x) art. 14, numeral 2, Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1881; (xi) art. 14, numeral 2, Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1891; (xii) arts. 14, numeral 2; y 44, numeral 2, Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1893; (xiii) arts. 6, numeral 29; 17, numeral 2; y 54, numeral 2, Constitución de 1901; (xiv) arts. 7, numeral 28; 17, numeral 2; y 52, numeral 5, Constitución de 1904; (xv) arts. 12, numeral 28; 23, numeral 2; y 57, numeral 6, Constitución de 1909; (xvi) art. 16, numeral 2, Estatuto Constitucional Provisorio de los Estados Unidos de Venezuela de 1914; (xvii) arts. 19, numeral 28; 22, numeral 2; y 58, numeral 2, Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1914; (xviii) arts. 15, numeral 17; 32, numeral 2; y 78, numeral 1, Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1925; (xix) arts. 15, numeral 17; 32, numeral 2; y 78, numeral 1, Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1928; (xx) arts. 15, numeral 17; 32, numeral 2; y 78, numeral 1, Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1929; (xxi) arts. 15, numeral 17; 32, numeral 2; y 78, numeral 1, Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1931; (xxii) arts. 15, numeral 17; 32, numeral 2; y 77, numeral 1, Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1936; (xxiii) arts. 15, numeral 17; 32, numeral 2; y 78, numeral 1, Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1945; (xxiv) arts. 65; y 162, numeral 4, de la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1947; (xxv) arts. 35, numeral 9; 60, numeral 15; 81, numeral 1; y 121, Constitución de 1953; y (xxvi) arts. 99; y 224, Constitución de 1961. Recopilación que efectuamos de la obra: Brewer-Carias, Allan R., *Las Constituciones de Venezuela*, tomos I y II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, N° 71, 3ª edición, Caracas, 2008. De la anterior recopilación, se evidencia que en *todas* las Constituciones de Venezuela –sin excepción– se ha regulado de manera expresa el principio *liberal* de reserva legal de los tributos. Por otra parte, disposiciones de similar tenor y, sin duda, inspiradoras de éstas, son apreciables en distintos cuerpos normativos a lo largo de la historia, entre los cuales vale destacar los siguientes: (i) «Toda exacción de impuestos por o en beneficio de la Corona, so pretexto de la prerrogativa real, sin consentimiento del Parlamento, por un tiempo mayor o en forma distinta de aquella en que fue autorizada, es ilegal». (Declaración de derechos –Bill of Rights–, Inglaterra, 13 de febrero de 1689); (ii) «Los hombres (asociados) no podrán ser gravados con impuestos o privados de su propiedad para uso público sin su propio consentimiento o el de sus representantes». (Declaración de derechos de Virginia, 12 de junio de 1776); (iii) «No se podrá establecer, fijar, imponer o recaudar subsidio, carga, contribución, impuesto o derecho alguno, bajo ningún pretexto, sin el consentimiento del pueblo o de sus representantes reunidos en el cuerpo legislativo». (Declaración de derechos de Massachusetts, 1780); (iv) «Todos los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, de vigilar su empleo y de determinar la cuota, la base, la recaudación y la duración». (Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, Francia, 26 de agosto de 1789); (v) «Ninguna contribución puede ser establecida sino por razón de utilidad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a intervenir en el establecimiento de las contribuciones, a vigilar su empleo y a hacer que se rindan cuentas de las mismas». (Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, Francia, 24 de junio de 1793); (vi) «Todos los ciudadanos, sin distinción, contribuirán a las cargas públicas en proporción a sus haberes y conforme a la ley». (Constitución

Por su parte, el Código Orgánico Tributario vigente, en su artículo 3 desarrolla a nivel *legal*<sup>77</sup> este principio, en los términos siguientes:

Artículo 3 del Código Orgánico Tributario: «**Sólo a las leyes corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código**, las siguientes materias:// 1. Crear, modificar o suprimir tributos, definir el hecho imponible, fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo.// 2. Otorgar exenciones y rebajas de impuestos.// 3. Autorizar al Poder Ejecutivo para conceder exoneraciones y otros beneficios o incentivos fiscales.// 4. Las demás materias que les sean remitidas por este Código. (...)// Parágrafo Segundo: **En ningún caso se podrá delegar la definición y fijación de los elementos integradores del tributo así como las demás materias señaladas como de reserva legal por este artículo**, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Parágrafo Tercero de este artículo.

---

de Weimar, Alemania, 14 de agosto de 1919); (vii) «Solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley». (Constitución española, 29 de diciembre de 1978); (viii) «Ninguna contribución puede establecerse sino por la utilidad general, y por lo mismo, todo ciudadano tiene derecho de concurrir a su establecimiento y a que se le dé noticias de su inversión.// Todos los ciudadanos tienen igual derecho a concurrir directa o indirectamente a la formación de la ley y al nombramiento de sus representantes». (Constitución del Estado de Cundinamarca, Santa Fe, 4 de abril de 1811); y (ix) «En tiempo de paz solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales podrán imponer contribuciones». (Acto legislativo número tres reformativos de la Constitución Política de Colombia, Asamblea Nacional de Colombia, 31 de Octubre de 1910). Al respecto, *vid.* Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, pp. 270-272.

<sup>77</sup> Al igual que lo hacen el artículo 163 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (publicada en Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario, 28 de diciembre de 2010): «**No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución municipal alguna que no esté establecido en ordenanza**. Las ordenanzas que regulen los tributos municipales deberán contener:// 1. La determinación del hecho imponible y de los sujetos pasivos.// 2. La base imponible, los tipos o alícuotas de gravamen o las cuotas exigibles, así como los demás elementos que determinan la cuantía de la deuda tributaria.// 3. Los plazos y forma de la declaración de ingresos o del hecho imponible.// 4. El régimen de infracciones y sanciones. Las multas por infracciones tributarias no podrán exceder en cuantía a aquéllas que contemple el Código Orgánico Tributario.// 5. Las fechas de su aprobación y el comienzo de su vigencia.// 6. Las demás particularidades que señalen las leyes nacionales y estatales que transfieran tributos.// Los impuestos, tasas y contribuciones especiales no podrán tener como base imponible el monto a pagar por concepto de otro tributo». (Resaltado y subrayado nuestro); el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (publicada en Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario, 31 de julio de 2008): «El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde a la Presidenta o Presidente de la República, en Consejo de Ministros, de conformidad con la Constitución de República Bolivariana de Venezuela y la ley.// **Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley**, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, **no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público**». (Resaltado y subrayado nuestro); y el artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (publicada en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario, 1° de julio de 1981): «**Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público**, salvo dentro de los límites determinados por la ley». (Resaltado y subrayado nuestro).

No obstante, cuando se trate de impuestos generales o específicos al consumo, a la producción, a las ventas o al valor agregado, así como cuando se trate de tasas o de contribuciones especiales, la ley creadora del tributo correspondiente podrá autorizar para que anualmente en la Ley de Presupuesto, se proceda a fijar la alícuota del impuesto entre el límite inferior y el máximo que en ella se establezca»<sup>78</sup>. (Resaltado y subrayado nuestro).

Los citados artículos 115, 133 y 317 de la Constitución, 3 del Código Orgánico Tributario, 163 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, 88 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos representan, como se observa, las *bases liberales* del ordenamiento tributario venezolano, estableciéndose en el artículo 3 del Código Orgánico Tributario una expresa prohibición *general* de delegación –con la excepción que regula–, comprensiva, por tal razón, de cualquier delegación al Ejecutivo para establecer los elementos constitutivos del tributo, residiendo como regla general el *poder tributario* en el órgano legislativo de manera *cerrada* –el principio de legalidad tributaria en nuestro ordenamiento es, en efecto, *cerrado*, no puede ser relajado– y, con ello, convirtiéndose la reserva legal tributaria en un control político de la acción gubernamental<sup>79</sup>. La importancia de este principio, se evidencia en opiniones como la de Fraga, para quien el mismo representa «[l]a conquista más grande del Derecho tributario frente a cualquier intento del Estado de usar el poder exactor como instrumento de gobierno»<sup>80</sup>.

#### IV. LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL DE LOS TRIBUTOS Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA LIBERTAD

Como ya se precisó, el principio *nullum tributum sine lege* tiene plena vigencia en los regímenes liberales, de respeto a los derechos fundamentales, al principio de separación de poderes y a la actuación reglada del gobierno<sup>81</sup>. Ello hace posible enunciar lo que serían las consecuencias para la libertad de la violación de este elemental principio, como en seguida pretendemos hacerlo.

1. *La violación del principio de reserva legal de los tributos, como menoscabo de su concepción de garantía en sí mismo de la libertad*

Un freno a la discrecionalidad y, *a fortiori*, contra la arbitrariedad del gobernante, se vislumbra en el *principio liberal de reserva legal de los tributos*. En efecto, y como ya fue precisado, la representación popular por medio del parlamento –en el caso venezolano, de la Asamblea Nacional y los órganos legisladores estatales y municipales–, constituye un mecanismo de protección de los derechos fundamentales del individuo, y dentro de las protecciones y garantías particulares que supone, está la relativa al establecimiento de tributos, quedando proscrita su creación, modificación y extinción por la mera voluntad del Ejecutivo –como regla–, siendo necesario que los mismos sean votados y establecidos por ley formal (*i. e.* autoimposición), de ahí que *no hay tributación sin representación*. A otro decir: el principio *nullum tributum sine lege* es una garantía en sí mismo de la libertad.

<sup>78</sup> Así como lo reguló el Código Orgánico Tributario de 1982 (publicado en Gaceta Oficial N° 2.992 Extraordinario, 3 de agosto de 1982) en su artículo 4; y sus reformas de 1992 (publicada en Gaceta Oficial N° 4.466 Extraordinario, 11 de septiembre de 1992), y 1994 (publicada en Gaceta Oficial N° 4.727 Extraordinario, 27 de mayo de 1994), en el mismo artículo.

<sup>79</sup> Cf. Acosta, Eugenio Simón, *op. cit.*, p. 36.

<sup>80</sup> Fraga Pittaluga, Luis, *op. cit.*, p. 41.

<sup>81</sup> Cf. Plazas Vega, *op. cit.*, p. IX.

En efecto, el *poder tributario* reside en el órgano legislativo, razón que permite ver por qué cualquier intento consistente en regular los elementos constitutivos del tributo en un reglamento, amén de calificar como una actuación al margen de la *legalidad administrativa*<sup>82</sup>, generaría el problema de la *deslegalización* del Derecho tributario por razón de *exceso reglamentario*.

Como es sabido, el reglamento está destinado a *desarrollar* el contenido de la ley, no a *cambiarlo* ni mucho menos a *crear* supuestos de hecho distintos a los legalmente establecidos, tal como expresamente lo indica el numeral 10 del artículo 236 de la Constitución, en el marco de las atribuciones reglamentistas del Presidente de la República, según el cual:

Artículo 236 de la Constitución: «Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (...)// 10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, **sin alterar** su espíritu, propósito y razón. (...)». (Resaltado y subrayado nuestro).

Aunado a lo anterior, dicha situación también constituiría una clara *usurpación* por parte del Poder Ejecutivo (Presidente de la República) en las funciones del Poder Legislativo (Asamblea Nacional), en flagrante violación de las disposiciones constitucionales que regulan la distribución de las atribuciones de las distintas ramas del poder público, por lo que la misma estaría viciada de *nulidad absoluta*, careciendo de todo vigor y efecto jurídico alguno, a tenor del artículo 138 de la Constitución, según el cual: «Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos».

En definitiva, al considerarse la representación popular una garantía en sí de las libertades públicas, en lo general, y de la propiedad, en lo particular<sup>83</sup>, lo cierto es que el principio de reserva legal de los tributos, a tenor de los artículos 115, 133 y 317 de la Constitución, 3 del Código Orgánico Tributario, 163 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, 88 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que integran las *bases liberales* del ordenamiento tributario venezolano, se erigen como una garantía infranqueable de la libertad (de nuevo: *la autoimposición es sinónimo de libertad*), y más concretamente, actúan como una *libertad límite* (en tanto coarta la acción del Ejecutivo), razón por la cual, cualquier delegación del poder tributario, así como la regulación de los elementos constitutivos del tributo en normas sublegales, se ubicaría fatalmente al margen de la constitucionalidad en lo general, y de la libertad en lo particular.

## 2. *La violación del principio de reserva legal de los tributos, como menoscabo del principio de separación de poderes y, con ello, de la libertad*

Ya en el desarrollo del punto inmediato anterior, se deja ver cómo lo planteado también afectaría, simultáneamente, el imprescindible principio de separación o división de los poderes públicos y, de esa manera, la libertad. Ello es patente: si como se ha afirmado desde la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, en su artículo XVI: «Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución», por un lado, y por el otro, se presencia una manifiesta *usur-*

<sup>82</sup> Artículo 137 de la Constitución: «La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen».

Artículo 141 de la Constitución: «La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuenta y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

<sup>83</sup> Cf. Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, p. 281.

*pación* por parte del Poder Ejecutivo en las funciones del Poder Legislativo en el establecimiento de los tributos, en detrimento del principio *nullum tributum sine lege*, pues entonces sería forzoso concluir la violación del principio de separación de poderes, así como de la libertad misma, en tanto derecho fundamental llamado a ser protegido por aquel principio<sup>84</sup>.

En efecto, si partimos de que una de las finalidades principales de la Constitución es garantizar la libertad, y estando claros que sin separación de poderes no hay Constitución, no cabe afirmar otra cosa que el indiscutible menoscabo que se perpetra contra todos esos principios, valores y derechos por la violación de la reserva legal de los tributos.

Al respecto, la Constitución venezolana recoge expresamente el principio de separación o división de los poderes públicos en su artículo 136, que a tenor literal establece lo siguiente:

Artículo 136 de la Constitución: «El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. **El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.** // Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus **funciones propias**, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado». (Resaltado y subrayado nuestro).

Más allá de que es sabido por todos, la colaboración dentro los poderes públicos no da pie –bajo cualquier supuesto– para entender que un poder (el Ejecutivo) puede realizar como suyas y de manera ordinaria las funciones propias de otro poder (en este caso, el Legislativo). Con lo anterior, no sería sostenible entonces y bajo el falaz argumento de la colaboración, justificar el establecimiento de los elementos constitutivos del tributo por parte del Ejecutivo, como manifestación de colaboración entre los poderes, para lograr la realización de los fines del Estado. Por el contrario, la división de los poderes públicos funciona, a su vez, como lo hacen las *libertades límite*, en la medida que confina la acción del Ejecutivo a sus asuntos, dejando la materia tributaria en el campo del Legislativo, de manera que cualquier pretensión y actuación en contrario, a tenor del citado artículo 138 constitucional, no sería más que un vivo ejemplo de autoridad usurpada, y de ineficacia y nulidad de sus actos<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> La ausencia de libertad –por falta de la separación de poderes– ha sido comentada por Cubeddu, apoyándose en Montesquieu, en los siguientes términos: «[c]uando en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura el poder legislativo está unido al poder ejecutivo, no hay libertad; porque se puede temer que el mismo monarca o el mismo senado hagan las leyes tiránicas para imponerlas tiránicamente. // No hay libertad si el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Si estuviera unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, ya que el juez sería al mismo tiempo legislador. Si estuviera unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. // Todo estaría perdido si una única persona, o el mismo cuerpo de grandes, de nobles, o de pueblo, ejerciera estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los delitos y litigios de los privados». Cubeddu, Raimondo, *op. cit.*, p. 80. El mismo autor, continuando su explicación, afirma que: «[u]n liberal, para ser más claros, es extremadamente reacio a atribuir el mismo conjunto de personas el poder legislativo y el poder ejecutivo, y considera que la separación entre estas dos funciones es condición indispensable para garantizar la libertad individual». *Ibid.*, p. 82.

<sup>85</sup> Un ejemplo particularmente patético de violación del principio de reserva legal de los tributos, del principio de separación de poderes y de la libertad, por parte del Poder Judicial, es el referido al conocido caso de la *modificación jurisprudencial* del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. Al respecto, *vid.* Abache Carvajal, Serviliano, «La imposición de la renta salarial en la jurisprudencia constitucional venezolana. Análisis crítico desde la teoría de la argumentación jurídica», *Revista de Derecho Tributario*, N° 137, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

Aunado a lo anterior y si se tiene en cuenta que en el aspecto político, la doctrina liberal se opone a la concentración del poder político y, con ello, reafirma con peso el principio de separación de poderes<sup>86</sup>, no resulta azaroso concluir que, siendo los artículos 115, 133 y 317 de la Constitución, 3 del Código Orgánico Tributario, 163 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, 88 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, las *bases liberales* del ordenamiento tributario, los mismos a su vez confirman la plena vigencia de dicha separación del poder público<sup>87</sup>, ubicando como regla la creación, modificación y extinción de los tributos, esto es, el poder tributario, en cabeza del órgano legislativo, en tanto concreción de la representación popular y forma más inmediata de protección de los derechos fundamentales del individuo.

Por lo anterior, no es más que una consecuencia obligada que, al materializarse el fenómeno de la deslegalización y, con éste, el exceso reglamentario, por medio del cual se soslaya el principio *nullum tributum sine lege*, automáticamente se estaría dejando de lado el elemental principio de división de los poderes públicos, erosionando la definición misma de Constitución y dejándonos con una versión semántica de la misma, socavando, a su vez, las bases mismas de la libertad.

### 3. *La violación del principio de reserva legal de los tributos, como menoscabo de la libertad de participar en los asuntos públicos*

En la misma medida que la violación de la reserva legal tributaria representa un menoscabo de su concepción de garantía en sí mismo de la libertad, así como del principio de separación o división de los poderes público y, con ello, de la libertad, lo cierto es que al establecerse los elementos constitutivos de los tributos en los reglamentos de esas leyes, se estarían creando esos tributos en un cuerpo normativo de rango sublegal y, así, distinto a la ley formal, quebrantándose la libertad de los ciudadanos de participar en los asuntos públicos, como lo es, indiscutiblemente, el *asunto tributario*.

En efecto, y como lo hemos venido sosteniendo, es a través de la representación popular por medio del parlamento, que se habilita la posibilidad de establecer tributos de manera libre –de forma *liberal*–, respetando los intereses y derechos de los particulares y, ahora, específicamente, en apego a la libertad de *participar libremente* en la creación de toda exacción.

En este sentido, de conformidad con el artículo 62 de la Constitución:

Artículo 62 de la Constitución: «**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.** // La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica». (Resaltado y subrayado nuestro).

La norma citada, que claramente integra –junto a los referidos artículos de la Constitución, el Código Orgánico Tributario, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrati-

<sup>86</sup> Cf. Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, p. 16.

<sup>87</sup> Así también lo ha entendido Fraga, para quien «[l]a reserva legal tributaria es entre otras cosas una de las manifestaciones más importantes del principio de separación de poderes, en aquellos países donde tal separación existe». Fraga Pittaluga, Luis, *op. cit.*, p. 42.

vos— las *bases liberales* del ordenamiento tributario venezolano, reconoce el derecho de los ciudadanos, los individuos, de *participar libremente*, esto es, sin restricciones y limitaciones, en los asuntos públicos, pudiendo hacerlo de manera directa o a través de sus representantes, léase, el parlamento. Vale entonces preguntarse, ¿qué asunto más público que el establecimiento de tributos?

Encuentra aquí plena cabida, la célebre frase *no taxation without representation*, que, analizada desde la citada norma constitucional, permitiría afirmar, en términos similares, que *no hay tributación sin libre participación*, quedando, ahora sí, completo el círculo que engloba los principios *nullum tributum sine lege*, separación o división de los poderes públicos y el famoso «no hay tributación sin representación», los cuales, todos, encuentran en la libertad su indiscutible hilo conductor.

Así las cosas, cualquier y todo intento de establecimiento de los elementos esenciales o constitutivos del tributo en normas no votadas por los ciudadanos, directamente o mediante representación, produciría, sumado a las denunciadas deslegalizaciones y excesos reglamentarios, un palpable menoscabo a la libertad de participar en los asuntos públicos y, más precisamente, a la libertad de participar en el establecimiento de los tributos: *no hay tributación sin libre participación*.

## V. REFLEXIÓN FINAL

Lo expuesto permite afirmar, que el principio de reserva de ley es una garantía en sí mismo de los derechos fundamentales del individuo y, particularmente en lo que a los tributos se refiere, constituye una garantía esencial del derecho de propiedad<sup>88</sup>, por un lado, y un freno al Estado intervencionista (y a la rama ejecutiva del poder), por el otro; de ahí que sea necesario defender de manera irrestricta, contra viento y marea, los elementales *no taxation without representation* y *nullum tributum sine lege*, si se cree en —y respeta verdaderamente, claro está— la *Libertad*.

## BIBLIOGRAFÍA

Abache Carvajal, Serviliano, «La imposición de la renta salarial en la jurisprudencia constitucional venezolana. Análisis crítico desde la teoría de la argumentación jurídica», *Revista de Derecho Tributario*, N° 137, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

\_\_\_\_\_, «“Neolengua tributaria” y la Constitución semántica», *Ámbito Jurídico*, Año XIV - N° 174, marzo, Legislación Económica, C. A., Caracas, 2013.

\_\_\_\_\_, *La atipicidad de la «presunción» de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*, Editorial Jurídica Venezolana-Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Colección Estudios Jurídicos, N° 93, Caracas, 2012.

\_\_\_\_\_, «La relación triádica liberal del cambio de ejercicio fiscal del contribuyente, según el artículo 148 del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta: un asunto de hermenéutica jurídica», *Revista de Derecho Tributario*, N° 128, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2010.

<sup>88</sup> Cf. Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, pp. 124 y 125.

Acosta, Eugenio Simón, «El principio de legalidad y la seguridad jurídica en el ámbito tributario» en Mares Ruiz, Carla (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho Tributario. I Jornada de Derecho Tributario*, Palestra Editores, Lima, 2011.

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Alvarado Andrade, Jesús María, *Introducción a la idea y al concepto de Constitución. (Desde la antigüedad hasta el constitucionalismo moderno)*, inédito.

Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Editorial Barcanova, Barcelona, 1985.

Barberis, Mauro, *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Universidad, Madrid, 1988.

Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Blanquer, David, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

Brewer-Carías, Allan R., *Las Constituciones de Venezuela*, tomos I y II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, N° 71, 3ª edición, Caracas, 2008.

\_\_\_\_\_, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002.

\_\_\_\_\_, «Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina», *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo"*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998.

Canova González, Antonio, Herrera Orellana, Luis Alfonso y Anzola Spadaro, Karina, *¿Expropiaciones o vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009.

Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, 5ª edición, Buenos Aires, 2006.

Casal H., Jesús María, *Los Derechos Humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, 2ª edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009

Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Chacón Hanson, Alma Adriana, «Las condiciones de validez de las limitaciones o restricciones legislativas y la racionalidad de la ley» en Casal H., Jesús María *et al* (Coord.), *Tendencias actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, tomo II, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.

Cubeddu, Raimondo, *Atlas del Liberalismo*, Unión Editorial, Madrid, 1999.

De la Nuez, Paloma, «Prólogo» en Hayek, Friedrich, *Principios de un orden social liberal*, Unión Editorial, Madrid, 2001.

Fazio Fernández, Mariano, *Del Buen Salvaje al Ciudadano. Introducción a la Filosofía Política de Jean-Jacques Rousseau*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003.

Ferreiro Lapatza, José Juan, «El estatuto del contribuyente», *Revista Tributaria*, tomo XXIII, N° 131, marzo-abril, Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, Montevideo, 1996.

Fraga Pittaluga, Luis, *Principios constitucionales de la tributación*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, N° 95, Caracas, 2012.

García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

Garrido Falla, Fernando, «La inspección como actividad administrativa», *El I. V. A. y la Inspección de Hacienda. XXX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984.

Garrido Ramos, Víctor G., «Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la Constitución de 1999 y en el Derecho Internacional» en Carrillo Artilles, Carlos Luis (Coord.), *Libro homenaje al Profesor Alfredo Arismendi A.*, Ediciones Paredes-Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008.

Hayek, Friedrich, *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, 6ª edición, Madrid, 1998.

Herrera Orellana, Luis Alfonso, Arias Castillo, Tomás Anibal y Rondón García, Andrea Isabel, *Del Estado Social de Derecho al Estado Total (Crítica filosófica-jurídica a la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.049, de 23 de julio de 2009)*, Ediciones Funeda, Colección de Dictámenes y Alegatos Forenses, Caracas, 2010.

Loewenstein, Karl, «Constituciones y Derecho Constitucional en Oriente y Occidente», *Revista de Estudios Políticos*, N° 164, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1969.

Moles Caubet, Antonio, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974.

Pérez Luciani, Gonzalo, *El principio de legalidad*, Serie Estudios N° 81, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.

Plazas Vega, Mauricio A., *El liberalismo y la teoría de los tributos*, Editorial Temis, Bogotá, 1995.

Recuero, José Ramón, *La dialéctica de la Libertad. Libertad moral y Libertad política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.

Savater, Fernando, *La libertad como destino*, Fundación José Manuel Lara, Sevilla, 2004.

Sabsay, Daniel Alberto, «Comentario a la Opinión Consultiva 6» en Bidart Campos, Germán y Pizzolo (h), Calogero (Coord.), *Derechos Humanos. Corte Interamericana*, tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000.

Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español*, Universidad Externado de Colombia, Serie Derecho Administrativo N° 3, Bogotá, 2007.

Torruco Salcedo, Sitali, «El principio de reserva de ley tributaria en la jurisprudencia mexicana» en Cruz de Quiñones, Lucy (Directora académica), *Lecciones de derecho tributario inspiradas por un maestro. Liber Amicorum en homenaje a Eusebio González García*, tomo I, Editorial Universidad del Rosario-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2010.

Travieso, Juan Antonio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones consultivas y fallos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

Von Mises, Ludwig, *La acción humana. Tratado de economía*, Unión Editorial, Madrid, 2011.

\_\_\_\_\_, *Crítica del intervencionismo. [El mito de la tercera vía]*, Unión Editorial, Madrid, 2011.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.



# *¿Qué son las sentencias de gobierno? La nueva geografía de actos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*

Emilio J. Urbina Mendoza

*Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto  
Profesor de postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello*

**Resumen:** *La presente investigación revisa con detenimiento, desde la hermenéutica, la trasgresión inaceptada e inaceptable por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en las funciones gubernamentales empleando para ello mecanismos clásicos de la jurisdicción constitucional. Esta intrusión ha generado la creación de verdaderos actos de gobierno revestidos con el ropaje y formalidades propias de la sentencia. A través de la iurisdictio, nos introduce 2016 bajo la más peligrosa forma de gobierno: el gobierno de los jueces.*

**Palabras Clave:** *Sala Constitucional. Actos de Gobierno. Sentencias. Jurisdicción constitucional.*

**Abstract:** *This research reviewed carefully, since hermeneutics, unaccepted and unacceptable transgression by the Constitutional Chamber of the Supreme Court in governmental functions using for this classic mechanisms of constitutional jurisdiction. This intrusion has led to the creation of real acts of government clad in the garb of the judgment and proper formalities. Through iurisdictio, 2016 we introduced under the most dangerous form of government: the government of judges.*

**Key words:** *Constitutional Chamber. Government acts. Statements. Constitutional jurisdiction.*

## SUMARIO

### I. ¿SE GOBIERNA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA?

1. *La interpretación jurídica como herramienta para crear actos de gobierno disfrazados de sentencias.* 2. *Actos de gobierno y su configuración en Venezuela.* 3. *La función jurisdiccional y la incompatibilidad epistemológica con el ámbito de acción de lo “gubernamental”.* 4. *Recapitulando: ¿Existen las sentencias de gobierno?*

### I. ¿SE GOBIERNA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA?

La llegada del siglo XXI debía representar para Venezuela una regalía de civismo, virtudes y madurez en sus instituciones jurídicas. Tras un ensayo democrático<sup>1</sup> durante el último

---

<sup>1</sup> Sobre el particular, véase Brewer-Carías, Allan R. “Instituciones del Estado Democrático de Derecho. Constitución de 1961”. En: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, 1180 pp.

tramo del siglo XX, el país debía enrumbarse hacia estadios propios del <<neoconstitucionalismo>><sup>2</sup>, según el cual, la Constitución más allá de un texto tradicional se debe caracterizar por su denso contenido sustantivo y su omnipresencia en todas las esferas normativas. Como anota Prieto Sanchís es la *Constitución de los derechos fundamentales donde no hay espacios exentos para su materialización*<sup>3</sup>. Pero lo más importante de las nuevas tendencias, en este mundo con sus reduccionismos<sup>4</sup> y tentaciones totalitarias del nuevo cuño, es la salvaguarda activa de un Poder Judicial cada vez más tecnificado y comprometido con los valores democráticos.

Esta debía ser nuestra realidad. Sin embargo, hemos terminado por desconstitucionalizarnos, desjuridificarnos, desjudicializarnos y desdemocratizarnos en la precisa y compleja denuncia formulada por el profesor Allan Brewer-Carías<sup>5</sup>. Salvando las realidades históricas, los últimos 15 años han representado para el venezolano promedio una tensión evidente entre sus libertades y la forma en que el gobierno emplea todos los medios del Estado para intervenirlas porque desea volverlas <<revolucionarias>> sin ningún respeto a la pluralidad. Millones de páginas se han escrito sobre las carencias “patrias” en las últimas dos décadas, más creemos que podemos vernos en las siguientes líneas:

“(…) Se trata del duelo entre dos contrincantes muy desiguales: un Estado tremendamente poderoso, fuerte y despiadado, y un individuo particular pequeño, anónimo y desconocido. Este duelo no se desarrolla en el campo de lo que comúnmente se considera la política; el particular no es en modo alguno un político, ni mucho menos un conspirador o un “enemigo público”. Está en todo momento claramente a la defensiva. No pretende más que salvaguardar aquello que, mal que bien, considera su propia personalidad, su propia vida y su honor personal. Todo ello es atacado sin cesar por el Estado en el que vive y con el que trata, a través de medios en extremo brutales, si bien algo torpes.

Dicho Estado exige a este particular, bajo terribles amenazas, **que renuncie a sus amigos, que abandone a sus novias, que deje a un lado sus convicciones y acepte otras preestablecidas, que salude de forma distinta a la que está acostumbrado, que coma y beba de forma distinta a la que le gusta, que dedique su tiempo libre a ocupaciones que detesta, que ponga su persona a disposición de aventuras que rechaza, que niegue su pasado y su propio yo y, en especial, que, al hacer todo ello, muestre continuamente un entusiasmo y agradecimiento máximos** (...)”(Negrillas y subrayado nuestro)<sup>6</sup>

Desafortunadamente, cada memorial de agravios relatado por Haffner de lo vivido en la Alemania nazi, se va ampliando en toda la geografía nacional cuando nuestra criolla Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se justifica con argumentaciones contradic-

<sup>2</sup> Cfr. Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Ediciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, 79 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. Prieto-Sanchís, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”. En: Carbonell Manuel (ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Trotta, Madrid, 2007.

<sup>4</sup> Sobre el permanente problema de los modelos reduccionistas en derechos fundamentales, véase Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Ediciones de la Universidad Carlos III, Madrid, 1996, pp. 50 y ss.

<sup>5</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. *Estado Totalitario y desprecio a la ley*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, 534 pp.

<sup>6</sup> Haffner, Sebastián. *Historia de un alemán. Memorias 1914-1933. (Traducción de Belén Santana)*. Ediciones Destino, Barcelona, 2009, pp. 11-12.

torias, propias del *todo vale postmoderno*<sup>7</sup> cuya principal característica es la desconexión entre las ideas y concepciones sistematizadas por un pragmatismo capaz de transmutar hasta el concepto mismo del lenguaje jurídico<sup>8</sup>. Se ha comprobado con la perplejidad de toda la comunidad jurídico-académica nacional, desviaciones tales como yuxtaponer autores con posiciones claramente definidas y antagónicas, pero, que en los despachos de Dos Pilitas terminan siendo parte de una adventicia <<hermandad>> doctrinal, agravada por un reeditado *ius respondendi edicendi a la bolivariana*<sup>9</sup>. Y lo más perifrasis en su clímax, el TSJ es devoto al

<sup>7</sup> Martínez-Carrasco Pignatelli, Concepción. *Postmodernidad y Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, p. 181.

<sup>8</sup> El lenguaje jurídico es un lenguaje tradicional opuesto al lenguaje científico donde constantemente se introducen términos y expresiones nuevas. La Sala Constitucional ha dejado a un lado esta realidad, para introducir una evidente contaminación de la terminología jurídica venezolana. Para más detalles, véase Rodríguez-Aguilera, Cesáreo. *El lenguaje jurídico*. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1969, p. 14. En este orden de ideas, el 26 de enero de 2006, el entonces magistrado de la Sala Constitucional, Eduardo Cabrera Romero, fue enfático en su discurso de apertura del año judicial venezolano 2006, al catalogar la justicia nacional como un instrumento para que “(...) el pueblo ávido de un cambio social de justicia lo solicitó y fue complacido con la implementación de una legislación acorde con su clamor, en el cual el Estado garantizará el estado de derecho, la equidad y un excelente desarrollo social (...)” (Cursivas nuestras). Posteriormente, durante la apertura del año judicial venezolano 2007 (26/01/2007), el orador de orden en esa oportunidad fue el entonces Presidente del TSJ, Magistrado Omar Mora Díaz. En su discurso logró colar la subordinación del Poder Judicial venezolano a los designios del entonces Presidente de la República, al aceptar un llamado que hiciera el propio Hugo Chávez Frías a todos los órganos del Estado, acerca del ejemplo revolucionario. En la apertura del año judicial venezolano de 2008 (28/01/2008), la entonces Magistrada Luisa Estela Morales señaló la importancia del rumbo judicial que garantice “(...) como un ideal de igualdad y de paz, que los excluidos de la justicia logren encontrarse con sus jueces (...)”. Acto seguido, el orador de orden, Magistrado Francisco Carrasquero, fue enfático en la legitimidad que tienen los jueces –sobre todo los que ejercen competencia constitucional– “(...) Especialmente la Sala Constitucional como máxima intérprete de la Constitución Bolivariana. Hoy como nunca la sociedad venezolana tiene un *ampuloso acceso a la justicia humana e igualitaria* para dilucidar los conflictos jurídicos sociales en función de las *necesidades del pueblo* (...)” (Cursivas nuestras). Los discursos citados pueden ser recuperados en la web-site del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, específicamente en el link que archiva las “Notas de Prensa” [<http://www.tsj.gov.ve>]

<sup>9</sup> El *ius respondendi edicendi* era la facultad otorgada por el Emperador en Roma para agraciar a los juristas cercanos al Estado, donde, sus dictámenes doctrinales tenían el mismo peso y valor que la “leges”. En la sentencia N° 9, del 1/03/2016 (Caso: *Gabriela Flores Ynserny y otros y la interpretación de los artículos 136, 222, 223 y 265 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*). Magistrado-Ponente: *Arcadio Delgado Rosales*, la Sala Constitucional, imprime una fuerza a las opiniones doctrinales de los autores citados en el fallo, llegando a ensamblar una suerte de amalgama de teorías y citas textuales de libros tan extensas, que prácticamente pareciera el dispositivo judicial una suerte de capítulo adicional de las obras invocadas. De igual forma, ha operado la misma técnica de profusas citas doctrinales ensambladas de una forma que para un extranjero sin formación, sería una suerte de collage de técnica decisonal compleja que empequeñecería hasta el más avezado de los magistrados universalmente conocidos. Esto ha sido repetido en las sentencias dictadas a lo largo del año 2016, en específico, la N° 259 (Nulidad de la reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela), N° 264 (Nulidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional), N° 269 (Nulidad del Reglamento de Interior y de Debates de la Asamblea Nacional), la N° 614 (Nulidad del Acuerdo de Creación de la Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia) y la más incongruente, la N° 808 (Nulidad de Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 2165 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación de Oro)

lacerante <<adanismo>> de haber descubierto la <<novedosa, fresca, genuina y necesaria>> justicia constitucional revolucionaria<sup>10</sup>. Cualquier disidencia o la más mínima crítica, inmediatamente se cubre con el velo de la censura y la interdicción profesional, olvidándose los Magistrados que la crítica de toda decisión judicial –como afirmaba Loreto– es elevado deber ciudadano<sup>11</sup>.

Así –*von zeit zu zeit*– es como la Sala Constitucional cercena nuestra historia judicial con el antes y después para transformarla en prisionera de grupos o ideas-fuerza que nos llevan hacia el camino de la servidumbre histórica. No en vano se dice que nuestro máximo tribunal ha secuestrado la voluntad popular, ha resuelto amparos constitucionales contra autoridades extranjeras, ha administrado los tributos y su forma de regulación<sup>12</sup>, ha legislado en forma positiva, e inclusive, modificado reglas de la naturaleza en forma contra natura como fue el caso de la continuación de un período constitucional presidencial, estando su titular ausente para su juramentación<sup>13</sup>. Ha instaurado así lo que Brewer-Carías llama la <<Dictadura Judicial>>, instrumento de la más absoluta perversión del estado de Derecho<sup>14</sup>. Si todo esto se ha ejecutado durante su estreno en 2000, será en 2016 cuando se borre todo límite, incursionando de forma arrogante en las labores propias de gobierno. Es decir, ha invadido las competencias constitucionales atribuidas exclusivamente al Presidente de la República y a la Asamblea Nacional, para asumir funciones políticas, como es gobernar. Ha trasmutado algunas de sus sentencias en actos de gobierno, aunque conceptualmente no se verifique así en la doctrina constitucional nacional más autorizada.

No puede dudarse que la Sala Constitucional ha dictado órdenes políticas en algunos de sus fallos, con el único propósito de sostener un modelo político e ideología partidista de los actuales gobernantes<sup>15</sup>. De esta manera, siendo la Asamblea Nacional víctima de una justicia

<sup>10</sup> La Sentencia N° 1683 de fecha 4-11-2008 (Caso: *Nulidad Parcial de la Ley Orgánica de la Defensoría Pública Nacional*), representa la más acabada expresión del “adanismo jurídico”, al afirmar sin mayor pudor que desde que se constituyó la Sala Constitucional del TSJ, la justicia constitucional ha logrado avances tan significativos, que hasta el troncal principio de separación de poderes es una expresión “conservadora”, propia de una anacrónica justicia constitucional. Para más detalles, véase las críticas de Brewer-Carías, Allan R. “La Sala Constitucional del Tribunal Supremo reformando leyes como jurisdicción constitucional, autoproclamándose, sin límites, como legislador positivo”. En: *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 128, Caracas, (octubre/diciembre) 2011, pp. 197-204.

<sup>11</sup> “(...) Murmurar de los jueces, es un crimen; criticar sus decisiones en público con justas e ilustradas razones, es elevada función ciudadana (...)” Véase Loreto, Luis. “Crítica de las decisiones judiciales”. En: *Ensayos jurídicos*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1987, p. 403.

<sup>12</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “El Juez constitucional en Venezuela como legislador positivo de oficio en materia tributaria”. En: *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 109, Caracas (enero/marzo) 2007, pp. 193-209.

<sup>13</sup> Sala Constitucional, sentencia N° 02 del 09-01-2013 (Caso: *Recurso de Interpretación incoado por Marelys D'Arpino*).

<sup>14</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana, (segunda edición), Caracas, 2016, 488 pp.

<sup>15</sup> No es descabellado afirmar que el Tribunal Supremo de Justicia, a partir de 2016, una vez instalada la Asamblea Nacional para el período constitucional 2016-2021, haya comenzado a invadir las funciones propias del gobierno, como es tomar decisiones guiadas por las conveniencias políticas, sin condicionamiento legal alguno. El actual Presidente de la Asamblea Nacional, el Diputado Henry Ramos Allup (AD), en su proverbial lenguaje ha sostenido que “(...) *El TSJ en sus diferen-*

política –en el decir de Otto Kirchheimer<sup>16</sup>–, cobra sentido hablar de las *sentencias de gobierno*, como forma para naturalizar la más temida de las desviaciones tiránicas estudiadas y denunciadas desde el Talmud hebreo<sup>17</sup> hasta Montesquieu: el <<Gobierno de los Jueces>><sup>18</sup>.

Ahora, más allá de cuestionarnos la politización evidente del Poder Judicial venezolano –que sería un mal menor presente en casi todas judicaturas<sup>19</sup> comparado con el Gobierno de Jueces– lo que debemos abordar es cómo y el por qué se permite que la jurisdicción constitucional sea el territorio donde la Sala Constitucional co-gobierna con el Gobierno Nacional, valga la redundancia, en el término estricto de la palabra. Es decir, se emplea la <<*iurisdictio*>> para etimológicamente “(...) *Mandar con autoridad o regir algo* (...)”<sup>20</sup> y no precisamente materias propias de una Litis en el sentido procesal del vocablo. Entonces, ¿cómo la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes (Montesquieu Dixit)<sup>21</sup>, terminan por no sólo torcer esas leyes sino gobernar, es decir, mandar políticamente sobre una nación?

---

*tes salas, a estricta conveniencia del Poder Ejecutivo, se ha convertido en el bufete del Gobierno. El Gobierno no necesita Procurador General de la República (...)* Véase “La Sentencia N° 9 del TSJ no existe”. En: *Diario El Universal*, edición del 03.03.2016 [Consulta: [http://www.eluniversal.com/noticias/politica/henry-ramos-sentencia-numero-del-tsj-existe\\_191848](http://www.eluniversal.com/noticias/politica/henry-ramos-sentencia-numero-del-tsj-existe_191848)]. También, véase otras declaraciones del Diputado Henry Ramos Allup “(...) *No puede ser posible que un organismo viciado de nulidad absoluta como es la Sala Constitucional del TSJ trate de tener vigencia por encima de la voluntad popular expresada en las últimas elecciones y, todavía menos aún, que pretenda tutelar a un organismo, que precisamente tiene la facultad constitucional de designar el TSJ* (...)” Véase: “Presidente de la AN Henry Ramos demanda en la Fiscalía al TSJ”. En: *Diario El Universal*, edición del 23-08-2016 [Consulta: [http://www.eluniversal.com/noticias/politica/presidente-henry-ramos-demanda-fiscalia-tsj\\_433038](http://www.eluniversal.com/noticias/politica/presidente-henry-ramos-demanda-fiscalia-tsj_433038)]. En su columna “El gobierno de los jueces”, publicada en el *Diario El Nacional* (16-02-2016), el autor Douglas Estanga, resume gráficamente su idea sobre cómo el TSJ es instrumento de gobierno y también gobierna “(...) *Por lo pronto, parafraseando al jurista francés Edouard Lambert, el de Maduro ha pasado a ser “el Gobierno de los Jueces”. Gobierno y decreto buenos para burlar la Ley de Presupuesto; disponer de más recursos sin necesidad de solicitud de créditos adicionales; zafarse de la Ley de Contrataciones Públicas (antigua Ley de Licitaciones); hacer importaciones sin controles en puertos y aeropuertos; crear más impuestos y multas; “bypassear” al BCV y al Cencorex para disponer de los dólares de una manera más laxa; expropiar empresas (verbi gratia, Polar); nacionalizar la banca o instituir otras medidas financieras limitativas del dinero de cada quien; militarizar industrias y comercios; y, en fin, instituir el gobierno del cheque en blanco. Así lo decidió el TSJ. Bienvenidos al Gobierno de los Jueces. (...)*” [Consulta: <http://www.el-nacional.com/douglasestanga/gobierno-jueces0794920665.html>]

<sup>16</sup> Véase Otto Kirchheimer. *Political Justice*. Princeton University Press, New York, 1961.

<sup>17</sup> “(...) *Desgraciada la generación cuyos jueces merecen ser juzgados* (...)” (TALMUD).

<sup>18</sup> Sobre el concepto y su evolución, véase la monografía clásica de Lambert, Edouard. *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*. Editorial Tecnos, Madrid, 2009. La obra original es de 1932. También López Daza, Germán Alfonso. “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un Gobierno de los Jueces?”. En: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Instituto Investigaciones Jurídicas UNAM, N° 24, México D.F. (enero/junio) 2011, pp. 169-193.

<sup>19</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Trotta, Madrid, 2008, pp. 37-41.

<sup>20</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española, (Vigésima segunda edición), tomo I, Madrid, 2001, p. 1141.

<sup>21</sup> Montesquieu. *Del Espíritu de las Leyes*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 111.

Si partimos que en Venezuela la Sala Constitucional comparte el gobierno con el Presidente de la República y la Nomenclatura del partido gobernante, entonces, buena parte de sus sentencias, ¿podrían considerarse actos de gobierno? La pregunta resulta capital. En otras latitudes se ha buscado respuestas sin agotar la materia para la temática conexas, como en su día, por citar lo el Ex-magistrado del Tribunal Constitucional Gregorio Peces-Barba, argumentara por su peculiar equilibrio en sus tesis:

“(…) A ese fenómeno [gobierno de los jueces] que ha consolidado el poder de los jueces hay que añadir otros más actuales, como la tendencia del legislador a delegar en los jueces decisiones complejas que comprometen a los representantes políticos y que prefieren no resolver. También la ampliación de los procedimientos judiciales y de los ámbitos de decisión judicial en materias tradicionalmente atribuidas a la Administración, en lo que los americanos llaman la expansión del *due process of law*, y la jurisdicción universal, en los casos de genocidios, delitos contra el Derecho de Gentes o contra la Humanidad, han incrementado aún más el poder de los jueces (…)

(…) Los análisis sobre el crecimiento del poder, sobre su tendencia a abusar hasta que encuentra límites, sobre la arrogancia y sobre el despotismo que puede resultar de la falta de control, ahora, en este umbral del tercer milenio, **se han trasladado al Poder Judicial**, y aparecen ya en la realidad fenómenos concretos de ese abuso y de esa corrupción. También ese sentimiento de poder que siente el colectivo de los jueces y las demás instituciones y la sociedad entera potencia el corporativismo y el espíritu de cuerpo. **Hemos pasado de la nada al todo, y la nueva situación exige reflexiones sobre la limitación de ese poder desbordado y sin control.** (…)

(…) El imperdonable exceso del Tribunal Constitucional, opinando en su sentencia sobre el tema y prefiriendo ese sistema, frente al que declararon constitucional, es otro signo de ese abuso de posición dominante de unos jueces que carecen de control y de vigilancia y que por eso deberían extremar su rigor. Los jueces ordinarios se apoyan en esa opinión incompetente de los jueces constitucionales y unos y otros confirman nuestra preocupación y nuestro diagnóstico. En el horizonte se atisba un poder excesivo por la rebelión de los vigilantes. En los orígenes del mundo moderno, en el primer Estado estamental, el despotismo se inició de manera similar (…)<sup>22</sup> (Negrillas y subrayado nuestro)

Del texto resaltamos dos notas características que arrojan pistas en la construcción de nuestra argumentación sobre la existencia de las sentencias de gobierno como categoría sui generis de actos de gobierno en Venezuela. Esas notas resaltantes son:

1° La **delegación por pigracia, conveniencia o comodidad del legislador**. El Ejecutivo Nacional, y porque no decirlo, toda la clase política del Gran Polo Patriótico con el dolo característico ha entregado a la Sala Constitucional del TSJ, materias “políticas” propias de aquellos órganos y estamentos sociales. Pudiera ser una arista paradójica de la sociedad del pensamiento cínico<sup>23</sup> donde por “comodidad” delegan responsabilidades y potestades que pueden ser perturbadoras al Poder Judicial<sup>24</sup>. En relación a la comodidad del legislador, vale la pena resaltar el comportamiento del grupo parlamentario mayoritario (PSUV) de la Asamblea Nacional durante los

<sup>22</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio. “Poder de los jueces y gobierno de los jueces”. En: *Diario El País*, Madrid, edición del 1° de mayo de 2000 [Consulta: [http://elpais.com/diario/2000/05/01/opinion/957132006\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2000/05/01/opinion/957132006_850215.html)]

<sup>23</sup> Sloterdijk, Peter. *Crítica de la razón cínica. (Introducción de Fernando Savater)*. Editorial Taurus, Vol. I, Madrid, 1989, p. 32.

<sup>24</sup> Véase Nieto García, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 153-154.

períodos constitucionales 2006-2011 y 2011-2016, donde se delegaba, sin la escrupulosa selección, las facultades normativas para que el Ejecutivo dictara Decretos-Leyes<sup>25</sup> o bien, mediante el empleo ofensivo de la acción de omisión legislativa para designar por sentencia a los Rectores del Consejo Nacional Electoral<sup>26</sup>. Es innegable que, al incursionar en ámbitos competenciales propios de la Asamblea Nacional, se asumen también parte de las funciones propias de la actividad política.

- 2º Esta delegación ha envilecido al Poder Judicial patrio, al creerse en el imaginario judicial una supremacía sobre el resto de los órganos del Poder Público, lamentablemente transformado en ethos corporativo a través del mecanismo del precedente jurisprudencial<sup>27</sup> y que se sabe difícilmente ser controlado, resaltando la vieja interrogante *Quis Custodiet Ipsos Custodes*<sup>28</sup>.

Cuando la Sala Constitucional se arroga estas potestades para gobernar y complacer las directrices del alto gobierno nacional, empleando sentencias, sin prestar la más mínima atención a los fundamentos consolidados del constitucionalismo y la hermenéutica moderna donde sus poderes jurisdiccionales sólo deben circunscribirse a la interpretación de normas y principios de la Constitución; queda al descubierto su debilidad institucional tras la aparente voracidad activista y propagandística. Creerse ser el más fuerte cumpliendo los caprichos y designios de quien ejerce el gobierno imprime una forma sutil de esclavitud que lamentable-

<sup>25</sup> Cinco han sido las denominadas Leyes que autorizan al Presidente de la República para dictar Decretos con fuerza de ley en la materia que se delegan durante los últimos quince años (1999-2014). Bajo el imperio de la Constitución de 1961, se publicó en Gaceta Oficial N° 36.687 del 26 de abril de 1999. Ya en vigencia de la Constitución Bolivariana de 1999, se publicaron cuatro leyes habilitantes, tres para el fallecido Presidente Hugo Chávez Frías (1999-2013) y una para el Presidente Nicolás Maduro Moros, estas fueron publicadas en las siguientes Gaceta Oficiales: 1.- N° 37.076 del 13 de noviembre de 2000. 2.- N° 38.617 del 1 de febrero de 2007. 3.- N° 6.009 del 17 de diciembre de 2010, y 4.- N° 6.112 del 19 de noviembre de 2013. Para más detalles véase Arias Castillo, Tomás A. "Las cuatro delegaciones legislativas hechas al Presidente de la República". En: *Revista de Derecho Público*. Editorial Jurídica Venezolana, N° 130, Caracas (abril-junio) 2012, pp. 393-399.

<sup>26</sup> Véase Sala Constitucional, sentencia N° 1865 de fecha 26-12-2014 (Caso: *Diosdado Cabello Rondón*), donde el accionante en su condición de Presidente de la Asamblea Nacional para ese momento, solicitó sea designado los Rectores del Consejo Nacional Electoral en virtud de una omisión legislativa de la propia Asamblea que presidía. Es un vivo ejemplo sobre cómo se delegan materias al Poder Judicial, sin importar si la supuesta controversia sea en sí un conflicto que deba resolverse jurisdiccionalmente. Este fraude violatorio de la Constitución, comenzó en 2003 con la sentencia N° 2341 de fecha 25-08-2003 (Caso: *Hermann Escarrá y Luis Govea*), ratificando su empleo en la sentencia N° 01 de fecha 20-01-2005 solicitada por el propio Consejo Nacional Electoral. Para más detalles, véase Brewer-Carías, Allan R. "El golpe de Estado dado en diciembre de 2014, con la inconstitucional designación de las altas autoridades del Poder Público". En: *Revista de Derecho Público* N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (octubre/diciembre) 2014, pp. 495-518.

<sup>27</sup> Sobre el concepto y alcances del precedente judicial constitucional en Venezuela, Véase Escovar León, Ramón. *El precedente y la interpretación constitucional*. Editorial Sherwood, Caracas, 2005, pp. 17-18. En relación a su mutación e interaplicación en los sistemas tributarios del civil law, véase Trapet, Marie-Dominique. "L'hyphothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire". En: *Archives de Philosophie du Droit*. N° 47, Paris, Dalloz, 2003, pp. 117-135.

<sup>28</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. "Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la Interpretación Constitucional a la Inconstitucionalidad de la Interpretación". En: *Revista de Derecho Público* N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (enero/marzo) 2006, pp. 7-27.

mente la terminamos pagando todos los ciudadanos al ver con sospecha cualquier actuación en y los tribunales<sup>29</sup>.

Expuesto así un sumario de lo que se abordará en las próximas páginas, nos circunscribiremos a revisar el problema sobre las *sentencias de gobierno*. No pretendemos abordarla desde la crítica al activismo del TSJ o la creación judicial que acaparó la atención de las investigaciones iusfilosóficas durante la década pasada<sup>30</sup>. Tampoco lo estudiaremos como vicio de usurpación de funciones, éste último, pieza indispensable del consolidado discurso del contencioso-constitucional. Ambos ejes temáticos han sido abordados con la rigidez metodológica exigida para las ciencias jurídicas por la doctrina nacional y a cuyos estudios me remito. Mucho menos, y quizá por la complejidad disciplinar, deseamos crear una nueva categoría procesal de sentencias porque sería un retroceso su inclusión en la clasificación del acto jurisdiccional por excelencia. Además, aunque suene contradictorio, la propia Sala Constitucional en uno de sus pocos fallos ajustados a Derecho, fue enfática al sostener que:

*“(...) la función jurisdiccional es una actividad reglada, que debe adecuarse a ciertos parámetros interpretativos establecidos de manera previa y formal por el Legislador, donde la aplicación indefectible por el Juzgador de ciertas consecuencias jurídicas se impone, ante determinados presupuestos de hecho. Esta actividad reglada previene fórmulas de actuación para la magistratura en virtud de la cual si bien el Juez dispone de la posibilidad de emitir juicios de opinión que obedezcan a su particular manera de comprender las situaciones sometidas a su conocimiento y posee un amplio margen interpretativo, debe, sin embargo, ceñirse en su actividad decisoria a los postulados legales que regulan tal actividad (...)”*<sup>31</sup>  
(Cursivas nuestras)

Por ello, siendo fiel a este sendero hermenéutico que lamentamos su abandono por la propia Sala Constitucional en 2016, no queremos que se cristalice la doctrina de la sentencia de gobierno, sino, que dentro poco tiempo sea un mal recuerdo de una etapa oscura en el peregrinar republicano. Ahora, sí queremos que estas advertencias sean gráficas para las nuevas generaciones y eviten ellos incurrir en lo que hoy es una vergüenza judicial. Las sentencias de gobierno son una clara y evidente deformación de los poderes jurisdiccionales que por disposición política, han omitido que su ejercicio tiene límites sancionables como bien lo recuerda el profesor Román Duque Corredor<sup>32</sup>.

Dilucidado el asunto metodológico sobre cómo abordaremos la temática desarrollada, es necesario exponer nuestra óptica. Trabajaremos el problema partiendo de los límites epistemológicos de la Sala Constitucional como órgano del Poder Público con sus restricciones funcionales, es decir, hasta dónde puede éste tribunal decantarse por una decisión interpretativa que se volverá sentencia sin que la misma implique inmiscuirse en la función de gobierno o el escándalo político-ideológico. Es un tópico evidentemente hermenéutico, producto quizá del abandono del discurso estructural hegemónico que giraba en torno a la teoría de la

<sup>29</sup> Véase Cánovas González, Antonio; Graterol Stefanelli, Giuseppe; Herrera Orellana, Luis Alfonso y Rodríguez Ortega, Rosa Elvira. *El TSJ al servicio de la Revolución*. Editorial Galipán, Caracas, 2014.

<sup>30</sup> Sobre el tema, véase Canivet, Guy. “Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale”. En: *Archives de Philosophie du Droit*. N° 50, París, Dalloz, 2006, pp. 7-32.

<sup>31</sup> Sala Constitucional, sentencia N° 2.036 de fecha 19-08-2002 (Caso: *Plaza Suite I, C.A.*).

<sup>32</sup> Véase Duque Corredor, Román J. *Los poderes del juez y el control de la actividad judicial*. Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, pp. 6-44.

ley, para ahora mover el péndulo del koiné jurídico hacia la hermenéutica<sup>33</sup>. En fin, buscamos que el TSJ retorne a su misión única y exclusiva: Hacer valer la Constitución en su esencia democrática.

1. *La interpretación jurídica como herramienta para crear actos de gobierno disfrazados de sentencias*

El problema de la interpretación jurídica como mecanismo de gobierno jurisprudencial no puede considerarse única patología de la Sala Constitucional del TSJ venezolano. Ya la discordia salió a relucir a finales de 2000 con motivo a una sentencia que pudiéramos calificar de <<escandalosa>> por el evidente empleo de conceptos político-ideológicos para seleccionar la decisión interpretativa finalmente asumida como ejecutoria. Hacemos referencia al célebre caso *George W. Bush et al, petitioners vs. Albert Gore Jr. et al. On writ of certiorari to the Florida Supreme Court. (10/12/2000)*<sup>34</sup> de la Suprema Corte de los Estados Unidos donde los jueces terminaron por sustituirse en los electores imponiendo como ganador del 43º Presidente de los EEUU al candidato del partido republicano. Con este fallo, el mítico sayo del más elevado y ejemplar garante constitucional en el mundo libre<sup>35</sup>, terminó por desnudar una realidad que en nada se diferencia con la actividad judicial de la Venezuela mal llamada revolucionaria.

Desde entonces, en varios países se ha vivido una suerte de neojudicatura donde inclusive, como ha ocurrido en el caso venezolano, la cabeza del poder judicial haya acariciado y defendido la idea de erradicar la separación de poderes por entender que esta teoría *debilita la acción misma del Estado*<sup>36</sup>. También, manifestación apologética del populismo judicial, está en la nueva terminología jurisdiccional vinculada a conceptos como “justicia funcional y

<sup>33</sup> Vattimo, Gianni. “La hermenéutica como Koiné”. En: *Revista de Occidente* N° 80, Fundación Ortega y Gasset, Madrid (enero) 1988, pp. 101-103.

<sup>34</sup> Supreme Court of the United States of America. Sentencia consultada en: Cornell University. Legal Information Institute: *Supreme Court Collection* [En línea] En: <<http://www.sup.law.cornell.edu/supct>> [Consulta: 09 de septiembre de 2001]. Nos permitimos citar *–in extenso–* la motivación polémica de la sentencia, donde la motivación para decidir a favor de la paralización del recuento se circunscribió al concepto de “mayoría política del elector”, es decir, que el elector no puede alegar equivocación porque si la duda le asaltase sobre cómo votar, éste tiene a su disposición el “instructivo” sobre cómo usar las máquinas de votación. Esto en sí es una clara referencia al concepto liberal y preeminencia del individuo propio de la filosofía que sustenta al partido republicano en los Estados Unidos.

<sup>35</sup> Sutherland Bates, Ernest. *The Story of the Supreme Court*. Charter Books Editors, New York, 1963, p. 5.

<sup>36</sup> Véase el discurso de la ex-magistrada y ex-presidenta del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Luisa Estela Morales Lamuño, con motivo a la inauguración del I Congreso Internacional 10º aniversario de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (08/12/2009). En su intervención textualmente señaló “(...) *el Alto Juzgado del país se enaltece con la presencia del Primer Mandatario Nacional. Por primera vez un Jefe de Estado venezolano asiste a esta sede para exponer su mensaje en el marco de un acto de esta naturaleza, pero importante es señalar que le invitamos, Presidente, a traspasar esa barrera que deriva de una odiosa separación o división de poderes, creada para impedir que el encuentro constante para discernir sobre los temas que por ser de interés para el Estado nos son comunes, en esta oportunidad la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, su primera década y su vigencia (...)*”. Disponible en: [http://historico.tsj.gob.ve/informacion/notidem/notidem\\_detalle.asp?codigo=1034](http://historico.tsj.gob.ve/informacion/notidem/notidem_detalle.asp?codigo=1034)

popular<sup>37</sup> o “antiformalismo jurídico”, acuñados en medio de un proceso de ideologización donde la <<anomalía>> termina siendo el referente, y los valores jurídicos inmutables y universales (*Vgr.* Principio de la legalidad, seguridad jurídica, etc.) son intromisiones o reliquias colonizadoras, o lo que es igual: ¡El mundo alrevés!

Paralelamente, y quizá siendo lo más paradójico para justificar el anterior estatus quo judicial, se ha tomado la iniciativa por enfatizar en la hermenéutica jurídica no tanto como efecto de la quiebra del discurso estructuralista para el abordaje de las instituciones y realidades –incluyendo las propias del Derecho– sino como el poder jurisdiccional para justificar cualquier dispositiva en una sentencia que presume ser válida a los ojos del régimen dictatorial. Así, la hermenéutica termina transformándose como el instrumento donde la ley o cualquier orden normativo son meros obstáculos para la misión activista judicial, donde, según las advertencias de Otto Bachof, “(...) *no es posible una separación clara entre las cuestiones políticas y jurídicas, a que en las decisiones sobre actos políticos triunfa necesariamente la vinculación política del que juzga y avasalla al Derecho (...)*”<sup>38</sup>.

Es por ello que afirmemos que no es cándido este comportamiento del TSJ, más allá del análisis de la hermenéutica jurídica como la prototípica función constitucional, o bien, en el concepto más tuciorista de la ética judicial. Con la interpretación se logra acallar toda voz disidente del actual modelo político, donde, la Asamblea Nacional electa democráticamente en diciembre de 2015, es el objetivo a derribar. Por más que el órgano legislativo nacional intente establecer un diálogo con la jurisdicción, como bien expone el profesor Casal Hernández<sup>39</sup>, ésta última termina golpeándola con una contundencia tal hasta llegar al absurdo de anular todas las decisiones que tome hacia el futuro (*cf.* sentencia N° 808 de fecha 02-09-2016), olvidando el TSJ que las nulidades sólo operan sobre actos que efectivamente se hayan materializado y sean contrarios a Derecho.

Con estas herramientas discursivas, la Sala Constitucional va imponiendo una concepción del estado de Derecho donde la jurisprudencia también sirve para gobernar. Siendo así la lamentable realidad, de nada nos servirá cristalizar el juez “incorruptible”, inclusive, si el modelo político revolucionario logra de una vez por todas que todos los magistrados de dicha Sala sean éticamente correctos y no sucumban a la tentación monetarista. Vamos a pensar que nos encontramos en esa jauja prometido por una <<abstracción pintoresca del comandante eterno>>, donde los jueces sean herméticos a las dádivas y se comporten como el más virtuoso de los venezolanos. Cabría también hacernos la misma pregunta que hace más de una década formuló Eduardo García de Enterría<sup>40</sup> ¿por qué todavía –y quizá agravada– las

<sup>37</sup> Sobre la peculiaridad de la justicia funcional y popular, véase Urbina Mendoza, Emilio J. “La influencia de la voluntad popular sobre la interpretación constitucional judicial en Venezuela: ¿Abuso de los conceptos jurídicos indeterminados?”. En: *Estudios de Deusto*. Universidad de Deusto, Vol. 58/2, Bilbao (julio-diciembre) 2010, pp. 363-375.

<sup>38</sup> Bachof, Otto. *Jueces y Constitución* (Trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Edit. Civitas, Madrid, 1987, p. 61.

<sup>39</sup> Véase Casal Hernández, Jesús María. Respuestas del legislador ante la interpretación judicial de la Constitución. En: *AAVV. Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*. Tomo I, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, pp. 469-490.

<sup>40</sup> García de Enterría, Eduardo. “Derecho, política y subjetivismo”. En: *Diario ABC de Madrid*, edición del 27 de febrero de 2001. Disponible en: <http://www.abc.es/fijas/opinion> [Consulta: 27 de febrero de 2001]

soluciones a una cuestión de aplicación del Derecho admita una interpretación política –o al menos, normalmente–? Si éste magistrado tuerce la juridicidad con la geometría asfixiante de ciertas teorías hermenéutica más centradas en la conservación del modelo político que en la realización del Derecho, esa honestidad será una manifestación hipócrita de las perversiones humanas más lacerantes<sup>41</sup>. En pocas palabras, tendríamos al juez probo, pero, sería el *más ilegítimo gobernante de toda nuestra historia y el peor mixtificador de los conceptos y palabras*<sup>42</sup>.

## 2. *Actos de gobierno y su configuración en Venezuela*

La Sala Constitucional ha incursionado en sus sentencias contra la Asamblea Nacional ejerciendo impropiedades funciones de gobierno, o también denominadas políticas, como explicaremos más adelante. Este comportamiento ya venía siendo preparado, primero, allanando un camino discursivo muy maleable en relación a cómo entender conceptos básicos como hermenéutica e interpretación, para después, irrumpir de forma abierta sobre actividades políticas. Desde la sentencia N° 1.309 de fecha 19-07-2001<sup>43</sup>, la Sala comienza a mostrarnos sus inclinaciones sobre cómo:

“(…) El carácter tópico o retórico de la nueva teoría de la interpretación permite constatar, sin dificultades, que el problema de los límites de los derechos fundamentales y del posible conflicto entre éstos (libertad contractual / protección al consumidor, libertad de expresión / protección al honor, *pacta sunt servanda / rebus sic stantibus*, libertad de expresión / derecho de réplica, *favor libertatis / favor Constitutione*, por ejemplo), requiere la identificación del criterio con que deba resolverse el problema según el proyecto axiológico de la Constitución, aparte el reconocimiento de la diferencia entre la teoría normativa de la interpretación y sus variantes ideológicas (J. Wróblewski, *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 57 y ss.).

Como la interpretación está **condicionada material e ideológicamente**, una teoría descriptiva de ella es algo muy distinto de las ideologías interpretativas. Para aproximarnos a un tratamiento lo más objetivamente posible del asunto, es necesario hacer una teoría normativa de la interpretación jurídica y de sus métodos. Ello significa que una tal teoría normativa ofrece **opciones hermenéuticas que la decisión política maneja para decidir**.

Aunque haya una tipología consistente de esas opciones, la dimensión política (la opción por la mejor teoría política immanente al sistema como dice Dworkin) del escogimiento es un compromiso pragmático y axiológico. Los intereses y los valores forjan la decisión dentro de su marco de posibilidades técnicas y es necesario hacer valer buenas razones para justificarla. En el juego hermenéutico, por supuesto, **la ideología es importante, pese a que la oportunidad de poder juzgar y el juego de fuerzas que opera tras el conflicto, restringe el impacto del elemento ideológico**. Por eso, hablar de interpretación estática (segura y predicti-

<sup>41</sup> Vale la pena rescatar la advertencia que formula el Antiguo Testamento, específicamente en el *Segundo libro de Crónicas*, Capítulo 19, versículo 7: “¡Que permanezca sobre ustedes el temor del Señor! Tengan mucho cuidado con lo que hacen, porque el Señor, nuestro Dios, no tolera la injusticia, ni la acepción de personas, ni el soborno” (...) *Et praecipiens iudicibus: “Videte, ait, quid faciatis. Non enim homini exercetis iudicium sed Domino, qui vobiscum est, quando iudicaveritis (...)”*

<sup>42</sup> Deuteronomio, Capítulo 16, versículo 19 “(...) No tergiversarás el derecho; no harás acepción de personas ni te dejarás sobornar. Porque el soborno ciega los ojos de los sabios y pervierte las palabras de los justos (...)” “(...) *Non declinabis iudicium. Non accipies personam nec munera, quia munera excaecant oculos sapientum et mutant causas iustorum (...)*”

<sup>43</sup> Caso: *Recurso de Interpretación Constitucional accionado por Hermann Escarrá Malavé*. Expediente 01-1362.

va) o dinámica (variable y progresiva) tendientes, respectivamente, a la seguridad y a la justicia, no forma parte de la teoría normativa de la interpretación sino de una **teoría ideológica de la función judicial**.

Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con **la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (interpretatio favor Constitutione)**. En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual la formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que, para ella, como dice Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (Reine Rechtslehre, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (art. 23), desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Este primer adelanto que, si bien no pasó tan desapercibido, debió generar todo tipo de alarmas en la comunidad jurídica de su tiempo. Se cruzó una frontera que anteriormente, ni la extinta Corte Suprema de Justicia ni siquiera la Corte Federal y de Casación guzmancista, gomera o perezjimenista se habían atrevido siquiera mencionar que con la ideología y la política se construían decisiones judiciales. La Sala Constitucional nacida en 1999, impuso, cual zafia novedad interpretativa, un modelo hermenéutico que favorecería no sólo la intrusión política, sino también, que la jurisdicción mangoneara en los asuntos del Gobierno donde ni siquiera estaba planteado cuestionamiento alguno de su constitucionalidad. En este punto queremos expresar que los actos políticos del Estado si bien es cierto no están exentos de control jurisdiccional, la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia<sup>44</sup> había trazado una nítida línea argumental sobre qué es en sí lo que se controla que no es más si el acto mismo fue dictado bajo los estándares y dispositivos previstos en la Constitución. Los méritos políticos no son controlables por cuanto los jueces están obligados a decidir conforme a Derecho, no conforme a estándares políticos.

Esta indulgencia hermenéutica se agravaría todavía más en la medida que todo el país caía bajo el discurso hegemónico del chavismo, así como, nuevos magistrados sucedían los despachos sin comprobar sus credenciales para ejercer tan altísimas responsabilidades. De manera que, lo que sería un tímido pero firme inicio de la <<nueva teoría de la interpretación>>, incrementaría sus decibeles tras la sentencia N° 301 de fecha 27-02-2007<sup>45</sup>, la cual,

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia/Sala Plena. Sentencia del 11-03-1993 (Caso: *Nulidad de los Decretos Presidenciales dictando estados de excepción*). Consultada en *Revista de Derecho Público*, N° 53/54, 1993, p. 155.

<sup>45</sup> Caso: *Adriana Vigilancia García y Otros, Nulidad de la reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta*. Expediente 01-2862.

fue objetada de forma categórica y sin reservas políticas de ningún tipo por la Asamblea Nacional de ese entonces (2006-2011)<sup>46</sup>, curiosamente, controlada sin oposición alguna por el mismo oficialismo. Posteriormente serían las sentencias N° 1.889 del 17-10-2007<sup>47</sup>, la N° 1.368 del 13-08-2008<sup>48</sup> y la N° 1.049 del 23-07-2009<sup>49</sup>, las que prepararían el camino para que el actual TSJ gobierne con sus sentencias enfiladas hacia la erosión del poder constitucional de la Asamblea Nacional actual y tome decisiones difíciles que sólo le corresponden al Presidente de la República. Todos estos fallos fueron relajando las fronteras funcionales del Poder Público, haciéndonos creer que luego de 1999, se introducía una novedosa colaboración orgánica entre los órganos del Estado<sup>50</sup>.

Con una década completa de antecedentes de relajación paulatina de los confines epistemológicos del discurso jurisprudencial, una vez consumada la victoria electoral de la oposición (MUD) en diciembre de 2015 asumiendo la mayoría de la horquilla de curules en la Asamblea Nacional (mayoría calificada); los mecanismos de conservación del poder político previsiblemente se activaron. Por eso, las sentencias de 2016 no deben considerarse una sorpresa, máxime, cuando la propia Asamblea Nacional ha logrado investigar sobre las dudosas credenciales de casi todos los magistrados que fueron designados de forma inconstitucional en diciembre de 2015, por la anterior plenaria (2011-2016). Hoy, es indudable que cogobierna la Sala Constitucional junto al Presidente Nicolás Maduro Moros. Ha dictado *actos de gobierno disfrazados de fallos judiciales*, combinando los elementos propios de ambos actos estatales, los cuales, pueden ser una mortal concordancia para el régimen republicano y democrático instaurado en la Constitución de 1999.

Los actos de gobierno han estado presentes en Venezuela no sólo en la discusión doctrinal, sino en la propia jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia. Por fortuna, como bien lo señaló en su oportunidad el profesor Alfonso Paradisi, “(...) *el acto de gobierno no ha sido definido expresamente, ni por la Constitución, ni por ninguna ley (...)*”<sup>51</sup>. Esta ausencia permitiría introducirlos de forma *sui generis*, a pesar de su mocedad como actos donde el principio de la legalidad sufría restricciones según lo expresaba el profesor Eloy Lares Martínez<sup>52</sup>. Así, la teoría del acto de gobierno que en Europa ha servido para explicar y fundamentar ciertas actuaciones estatales marginales exentas de control judicial, terminó amoldándose a características que sólo están presentes en Venezuela, y que a pesar de la

<sup>46</sup> Asamblea Nacional. *Acuerdo mediante el cual esta Asamblea rechaza de la manera más categórica, el numeral 2, del dispositivo de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 01-2862 de fecha 27 de febrero de 2007*. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.651 de fecha 23-03-2007.

<sup>47</sup> Caso: *Ramón Alfredo Aguiar y otros*, Nulidad de la Ley Orgánica del Trabajo. Expediente 03-3114.

<sup>48</sup> Caso: *Héctor Zerpa Arcas*, Nulidad del decreto presidencial N° 2.387 del 29-12-1983. Expediente 01-2503.

<sup>49</sup> Caso: *Rafael Badell Madrid y otros*, Nulidad de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Expediente 04-2233.

<sup>50</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “Sobre la mutación del principio de la separación de poderes en la jurisprudencia constitucional”. En: *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 132, Caracas (octubre/diciembre) 2012, pp. 201-213.

<sup>51</sup> Alfonso Paradisi, Juan Domingo. “Los actos de gobierno”. En: *Revista de Derecho Público*. Editorial Jurídica Venezolana, N° 52, Caracas (octubre/diciembre) 1992, p. 9.

<sup>52</sup> Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 174-175.

negativa del maestro Lares por supuesta inutilidad de la noción<sup>53</sup>; si ha resultado imprescindible para justamente controlar la constitucionalidad de los actos donde el móvil no está sujeto a las hipótesis legales, sino, a los principios de la Constitución.

Por acto de gobierno, se entiende como el acto estatal que, por ser dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución por el Presidente de la República, en ejercicio de funciones políticas, sólo puede ser controlado jurisprudencialmente por razones de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>54</sup>. Según la definición propuesta por el profesor Brewer-Carías —empleando preponderantemente el criterio formal—inclusive, citada textualmente por la propia Sala Constitucional en alguna oportunidad haciéndola como suya<sup>55</sup>, tres notas caracterizan a esta tipología de actos estatales:

- \* Es dictado en *ejecución directa e inmediata de la Constitución*, por lo tanto, su jerarquía normativa está al mismo nivel que la Ley. En este aspecto Brewer advierte que el legislador no tiene competencia para regular los actos de gobierno, salvo, los estados de excepción<sup>56</sup> porque así lo dispone expresamente el artículo 338 de la Constitución.
- \* Sólo puede dictarlo el *Presidente de la República* en uso de sus atribuciones conferidas expresamente por la Constitución.
- \* Sus méritos se encuentran fundamentados en la *función política atribuida al ejercicio del gobierno*, en el sentido estricto de la palabra. La función política o de gobierno forma parte de las cinco funciones que conforman el modelo divisorio horizontal del Poder Público venezolano según el texto constitucional de 1999 (normativa, política, jurisdiccionales, contraloras y administrativas)<sup>57</sup>. Se caracteriza por el móvil característico de su materialización, que se circunscribe a la noción histórica conocida como “*razones de Estado*”<sup>58</sup> ajenas al control parlamentario o legal ordinario, quedando sólo la sumisión de los mismos a la Constitución y sus principios rectores.

A simple vista luce inconcebible que una sentencia de la Sala Constitucional se equipare a un acto de gobierno, por múltiples aspectos categóricos, a pesar, de su propio fallo donde suspende cautelarmente algunos artículos del Código de Ética del Juez Venezolano, autoexcluyéndose de la aplicación de sus preceptos como si los magistrados no fueran jueces<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Lares Martínez, Eloy. *Ob. Cit.*, p. 179.

<sup>54</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “El principio de la formación del derecho por grados en la distinción entre el acto de gobierno y el acto administrativo, y el principio de universalidad del control judicial de los actos estatales”. En: *Revista de Derecho Público* N° 131, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, (julio/septiembre) 2012, pp. 11-16.

<sup>55</sup> Sentencia N° 880 de fecha 01-08-2000 (Caso: *Domingo Palacios Acosta*), Expediente: 00-1532.

<sup>56</sup> Brewer-Carías, Allan R. ... *El principio de la formación del derecho por grados...* p. 16.

<sup>57</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “Los actos de gobierno y los actos preeminentemente discrecionales”. En: AAVV (Hernández-Mendible, Víctor R. Dir.). *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 134-139.

<sup>58</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. ... *Los actos de gobierno y los actos preeminentemente discrecionales* ... pp. 161-164.

<sup>59</sup> Sala Constitucional, sentencia N° 516 de fecha 07-05-2013 (Caso: *Nancy Castro de Várvaro, Nulidad del Código de Ética del Juez y Jueza Venezolana*). Expediente 09-1038. La Sala ratificó la suspensión cautelar en su sentencia N° 6 del 04-02-2016 dada la reforma del citado Código en di-

Aunque a veces pareciera no aceptarlo el TSJ, sus sentencias son dispositivos judiciales caracterizados por:

- \* Las sentencias son dictadas únicamente por los tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional. A pesar de la colaboración orgánica de los poderes, sólo los tribunales dictan sentencia según los requisitos del Código de Procedimiento Civil<sup>60</sup>.
- \* Las sentencias se fundamentan en las premisas mayores del silogismo judicial clásico, es decir, se encuentran subordinadas a las disposiciones legales (legalidad formal), siendo nula toda sentencia que sea fundamentada fuera del bloque de legalidad<sup>61</sup>.
- \* Las sentencias sólo pueden dictarse al existir una controversia bien sea de naturaleza patrimonial, personal, o inclusive, de ausencia de certeza (sentencias mero-declarativas)<sup>62</sup>. Lo fundamental para justificar la función jurisdiccional sería entonces la existencia permanente de un interés procesal. Inclusive, en las actuaciones de oficio, lo que motoriza al juez para actuar inquisitoriamente es la existencia de un interés procesal público que debe ser tutelado.
- \* Las decisiones judiciales, una vez agotado los recursos ordinarios y extraordinarios para su revisión, gozan de la garantía de la *cosa juzgada*, es decir, que las materias decididas según lo alegado y probado en autos, no puede volver a ser reexaminada jurisdiccionalmente. Esto es lo que lleva por nombre *seguridad jurídica*.

Si nos atenemos a las características formales del acto judicial por excelencia, donde, no escapa a dicha categoría la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por ser en esencia un órgano judicial; no tiene sentido acuñar neologismos como el propuesto (sentencias de gobierno). Hacerlo en este contexto sería no sólo baladí, sino un ejercicio de la quinta esencia de la maldad en estos tiempos donde todos estamos obligados a buscar soluciones que nos saquen de la crisis nacional en que nos encontramos.

---

ciembre de 2015. Existe también aclaratoria a la sentencia N° 6, en la sentencia N° 235 del 29-03-2016 solicitada por el Presidente del Tribunal Disciplinario Judicial.

<sup>60</sup> Artículo 243.

<sup>61</sup> Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil Venezolano. En este sentido, la propia Sala Constitucional en sus primeras etapas establecería (sentencia N° 625 del 09-05-2001, Caso: *CANTV*) “(...) la función jurisdiccional implica un proceso de cognición realizado por los jueces, que persigue la aplicación del Derecho, en su sentido más amplio, a determinadas situaciones o relaciones fácticas que le son sometidas para su comprensión. Entendida así tal función, es necesario precisar que en la ejecución de su misión, los tribunales gozan de independencia, no sólo con respecto a los demás órganos del Poder Público, sino que además los jueces son autónomos e independientes cuando conocen y deciden un caso concreto, siendo soberanos en sus decisiones y en la apreciación de los hechos en que se fundamentan.

*De tal afirmación se desprende que, la inferencia desarrollada por el juez en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas –quaestio iuris– a los hechos comprobados –quaestio facti–, elementos a los cuales se encuentra vinculado, lo mantienen al margen de cualquier intromisión exterior, y en tal sentido, el ordenamiento jurídico le permite establecer con absoluta independencia las soluciones jurídicas que encuentre más adecuada para resolver el conflicto planteado, a través de una libre actividad intelectual que desarrolla en la realización del derecho, dentro de los límites impuestos por ese mismo conjunto normativo (...).”*

<sup>62</sup> Artículo 16 y 243 del Código de Procedimiento Civil Venezolano. Véase Sala Constitucional, sentencia N° 904 de fecha 14-05-2007 (Caso: *La Quinta Urbina Bienes Raíces, S.A. Vs. Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales Renovables*). Expediente N° 06-1624.

Además, está más que consolidado el concepto de sentencia, inclusive, antes que la escuela procesal alemana del siglo XIX tecnicizara al derecho procesal.

3. *La función jurisdiccional y la incompatibilidad epistemológica con el ámbito de acción de lo “gubernamental”*

Pero, muy a pesar de la claridad doctrinal expresada en las líneas anteriores, y sabiendo que nosotros los abogados pensamos y trabajamos con “realidades” de este mundo con instrumentos racionales que “no son de este mundo”<sup>63</sup>, pudiéramos plantearnos una interrogante: ¿qué ocurre si la Sala Constitucional en uso de sus poderes jurisdiccionales amplísimos no resuelve un conflicto de intereses sino que a través de algunas de sus sentencias “crea el conflicto”, es decir, <<construye desde la nada una Litis hipotética>> abusando de la actuación de oficio?. Para agravar este escenario, la Sala no sólo concibe un interés procesal inexistente, sino que también materializa de oficio una acción de interpretación constitucional o la clásica nulidad (control concentrado de la constitucionalidad) para generar litigios contra una Asamblea Nacional que legítimamente dicta sus actos como cuerpo político. Inclusive, como reflexivamente lo ha sostenido el profesor José Ignacio Hernández, emplea ese poder omnímodo para *cambiar la Constitución mediante interpretaciones*<sup>64</sup> olvidándose por completo que su misión es exclusivamente ser el guardián de la Constitución.

Estas sentencias cuando son originadas por un móvil netamente político, para contribuir al gobierno, ayudándolo para que desarrolle actos propios de la función gubernamental; son las que identificamos como <<sentencias de gobierno>>. Su fundamento nunca subyace de un problema de constitucionalidad, sino que originan un conflicto procesal inexistente para así tomar decisiones que sólo están reservadas al Presidente de la República y en menor medida a la Asamblea Nacional en el *ejercicio de funciones políticas*, entendidas éstas últimas como aquellas que no se encuentran condicionadas legalmente, y que como dice Brewer, *exceden de la administración normal de los asuntos del Estado*<sup>65</sup>.

La doctrina<sup>66</sup> identifica estos actos de gobierno dictados exclusivamente por el *Presidente de la República*: indultos, relaciones exteriores, decisiones como Jefe de las Fuerzas Armadas, estados de excepción, restricción de garantías y disolución de la Asamblea Nacional en el caso que se produzcan tres votos de censura contra el Vicepresidente. También, la *Asamblea Nacional*, así no dicte actos de gobierno, comparte la función política cuando pondera el mérito para discutir y sancionar la legislación, dictar amnistías y ejercer el control político al gobierno<sup>67</sup>. Como puede apreciarse, todas estas materias son fáciles para diferenciarlas de la actividad administrativa rutinaria de la administración pública, porque su ejercicio no requiere el apego a ningún texto de jerarquía legal, sino, a la propia Constitución y sus principios.

<sup>63</sup> Ángel Yagüez, Ricardo de. “El mundo del jurista: hechos, conceptos y soluciones”. En: *Estudios de Deusto*. Universidad de Deusto, Vol. 56/2, Bilbao (julio-diciembre) 2008, p. 243.

<sup>64</sup> Hernández, José Ignacio. “Éstas son las nuevas 7 limitaciones que impuso el TSJ a la AN”. En: *Prodavinci*, Caracas, edición del 23-04-016 [Consulta: <http://prodavinci.com/blogs/estas-son-las-7-nuevas-limitaciones-que-impuso-el-tsj-a-la-an-por-jose-ignacio-hernandez2/>]

<sup>65</sup> Brewer-Carías, Allan R. ... *El principio de la formación del derecho por grados* ... p. 29.

<sup>66</sup> Brewer-Carías, Allan R. ... *El principio de la formación del derecho por grados* ... p. 27.

<sup>67</sup> Brewer-Carías, Allan R. ... *El principio de la formación del derecho por grados* ... p. 18.

Sin embargo, sabiendo de antemano que estos actos de naturaleza política no se encuentran exentos del control judicial, la Sala Constitucional del TSJ ha entrado no sólo a anular decisiones legal y legítimamente adoptadas por la Asamblea Nacional, sino que ha incluso sugerido fórmulas sustitutivas de las mismas al Ejecutivo Nacional, es decir, imponiendo su criterio para que el Régimen termine ejecutando cómo debe ser dictado el acto de gobierno, específicamente, en aquellos casos donde por imperativo constitucional debe consultarse previamente su constitucionalidad<sup>68</sup> como los decretos de estados de excepción.

<sup>68</sup> Artículo 339 de la Constitución de 1999. Véase Sala Constitucional, sentencia N° 02 de fecha 08-01-2016 (Caso: *Decreto Presidencial N° 2.071, sobre declaratoria del estado de excepción*). Sentencia N° 07 de fecha 11-02-2016 (Caso: *Hernán Toro y otros solicitando la interpretación constitucional del artículo 339*). De esta sentencia es necesario destacar cómo la Sala Constitucional derogó la potestad de la Asamblea Nacional para controlar los decretos contentivos de estados de excepción: "(...) Al respecto, la tendencia predominante del constitucionalismo patrio y del sistema fundamentalmente presidencialista que ha imperado en el mismo, ha optado, históricamente desde el siglo XIX, en asignar esta especial potestad que incide en los derechos fundamentales, al Presidente o Presidenta de la República, quien es Jefe de Estado y Jefe del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno (artículo 226 Constitucional), y sólo en algunas Constituciones se ha dado intervención, generalmente limitada y referida al control político, al Poder Legislativo Nacional en esta materia, tal como ocurre en las Constituciones de 1961 y de 1999, entre otras tantas. (...) Sin embargo, la aprobación o desaprobación del decreto de estado de excepción, por parte de la Asamblea Nacional, lo afecta desde la perspectiva del control político y, por ende, lo condiciona políticamente, pero no desde la perspectiva jurídico-constitucional, pues, de lo contrario, no tendría sentido que el constituyente, en correspondencia con los principios de supremacía constitucional y del Estado Constitucional (no del otrora Estado Legislativo de Derecho), hubiere exigido, además de aquel control, el examen constitucional del mismo, por parte de esta Sala, como máxima protectora de la Constitucionalidad (*vid.* artículos 335 y 339 del Texto Fundamental); de allí que aquel control, sobre la base de los principios y normas mencionados, además de la autonomía del Poder Público, no invalida la tutela definitiva de la constitucionalidad. En efecto, la anulación, en el ámbito de los artículos 339 Constitucional y 38 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, es un examen de la legitimidad, validez y vigencia jurídico-constitucional, lo que no le corresponde efectuar al Poder Legislativo Nacional, el cual, por disposición del referido artículo 339, podrá revocar políticamente, antes del término señalado y al cesar las causas que lo motivaron, la prórroga del estado de excepción (potestad que ante todo se le asigna al Ejecutivo Nacional). Tal regulación histórica no solo se compagina con la forma de gobierno cardinalmente adoptada en la tradición constitucional patria (Presidencialista), sino con la necesidad de colocar al frente de tales situaciones excepcionales (*catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas; circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación o conflictos internos o externos, que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas, o de sus instituciones*), en este contexto, al máximo representante del Poder Ejecutivo Nacional y titular de la Jefatura del Estado, reduciendo los riesgos derivados de la demora de cuerpos colegiados deliberantes y especialmente nutridos como la máxima representación del Poder Legislativo Nacional: Asamblea Nacional; razón que explica el control posterior en este ámbito, tanto el político, cuya omisión hoy día no implica responsabilidad disciplinaria en lo que corresponde a la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, como el Constitucional, que sí es imperativo e insoslayable por mandato legal, al aparejar, además, responsabilidad para los magistrados y magistradas de esta Sala, si ella no se pronunciar dentro del lapso de ley, todo ello en razón de la preeminencia de los principios de supremacía constitucional, jurisdicción constitucional y carácter vinculante e ineludibilidad del control jurídico-constitucional (ver arts. 7, 334 y 335 Constitucional, y 32 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (...))" (Cursivas originales de la sentencia).

Con estas sentencias, es innegable que el TSJ co-gobierna con el Presidente de la República, tal y como lo demostraremos con el propio texto de los fallos en los casos específicos que la doctrina aborda sobre dónde puede dictarse un acto de gobierno.

#### A. *Las relaciones exteriores*

Son competencia exclusiva del Presidente de la República como Jefe del Estado venezolano según lo establece el artículo 236.4 del texto constitucional. Sin embargo, esta facultad no es inmune al control político que la Asamblea Nacional puede y debe ejecutar cuando se desvía las rectas relaciones con la comunidad internacional para premiar afiliaciones ideológicas o intereses bilaterales con naciones preferentes<sup>69</sup>. Ya teníamos un precedente insólito donde la Sala decidiera con lugar una acción de amparo contra el Estado de Aruba para proteger al ciudadano Hugo Carvajal<sup>70</sup>, quien fuera detenido por averiguaciones en territorio holandés caribeño donde ejercía funciones consulares. El fallo alega argumentos que perfectamente calzan con las denominadas Notas de Protesta que sólo pudiera haberlo efectuado el Presidente de la República como Jefe del Estado venezolano a través de la Cancillería, no el Tribunal Supremo de Justicia que no posee cualidad para la actuación internacional. Pero, a pesar de la hilaridad y condenas sostenidas en la sentencia, la Sala esgrimió:

“(...) En el presente caso constituye un hecho público, notorio y comunicacional que la detención del Cónsul General de Venezuela se produjo a su llegada a Aruba, por parte de las autoridades de ese país, coartando el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo y contrariando abiertamente el mandato del artículo 40 de la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares (contenido en la Sección II, referida a las “*facilidades, privilegios e inmunidades relativos a los funcionarios consulares de carrera y a los demás miembros de la oficina consular*”), según el cual los Estados deberán “*tratar a los funcionarios consulares con la debida deferencia y adoptará todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad*” (resaltado de este fallo).

Como puede observarse, las autoridades de Aruba están obligadas a garantizar todas las facilidades, privilegios e inmunidades que ostenta el Cónsul General de esta República en ese país, circunstancia que no ocurrió en esta oportunidad, por cuanto la principal autoridad consular de Venezuela en ese país, ciudadano Hugo Carvajal, se encuentra privado de su libertad, no sólo en flagrante violación a la referida Convención, a otras fuentes del derecho internacional, a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a los derechos humanos del mismo, sino también a la soberanía de la República Bolivariana de Venezuela, pues el hecho lesivo recae sobre un legítimo representante de la misma ante esa Nación.

De allí que esta Sala debe condenar del modo más enérgico la restricción de la libertad de la cual ha sido víctima el funcionario del servicio exterior de más alto rango que cumple funciones en Aruba. Ello amerita tal moción de esta Sala, pues las agresiones a las que puedan ser sometidos los funcionarios consulares y diplomáticos de la República Bolivariana de Venezuela, suponen una afrenta al propio orden institucional patrio, en cuyo caso el Estado está en la obligación de ejercer sus competencias para la justa reivindicación de su soberanía, máxime cuando pueden estar vinculados elementos en materia de seguridad y defensa, cometido esencial del Estado en procura de la soberanía nacional, la cual ha sido el fundamento de decisiones como las contenidas en las sentencias números 1942/2003 y 1939/2008.

<sup>69</sup> Artículo 187, numerales 3, 9 y 18 de la Constitución de 1999.

<sup>70</sup> Sala Constitucional, sentencia N° 937 de fecha 25-07-2014 (Caso: *Hugo Carvajal*). Expediente 14-770. Para más detalles de véase Brewer-Carías, Allan R. “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* N° 139, (julio/septiembre) 2014, pp. 162-173.

Apreciando las circunstancias presentadas en el presente caso, observa esta Sala que en el sistema de fuentes del Derecho Internacional Público, no resultaría admisible que las supuestas ejecutorias amparadas en un presunto tratado o convenio bilateral suscrito por un Estado con otro en determinada materia, puedan ser de aplicación preferente frente a un convenio multilateral que reúna la voluntad de un auténtico concierto de naciones, como lo es la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. De allí que asumir lo contrario, brindando preferencia a un convenio, tratado o instrumento internacional bilateral antes que, a uno multilateral, constituye una inobservancia al Derecho Internacional Público; máxime cuando debe aplicarse la reciprocidad en cuanto al tratamiento de los funcionarios del servicio exterior (...).” (Negrillas y cursivas originales de la sentencia. Subrayado nuestro)

La sentencia citada in extenso es en sí una Nota de Protesta de Venezuela al Reino de los Países Bajos, asumiendo la Sala una competencia que sólo puede ejercerla el Ministerio de Relaciones Exteriores (Cancillería). Pero, si este incidente fue escandaloso, mayor perplejidad genera la sentencia N° 478 del 14-06-2016<sup>71</sup>, donde la Sala no elevó protesta a ningún Estado de la Comunidad Internacional, sino que procedió a suspender cautelarmente –previa modificación de oficio de la acción de amparo a controversia constitucional– un Acuerdo de la Asamblea Nacional de fecha 10-05-2016 donde entre sus dispositivos establecía:

*“(...) Noveno: Instar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para los Derechos Humanos; al Secretario General y al Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA), así como a los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) para que en ejercicio de sus competencias emitan pronunciamiento y adopten las medidas que corresponda, tendientes a exigir a los Poderes Públicos garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en Venezuela, con particular vigilancia sobre la Presidenta del Consejo Nacional Electoral, para que esta garantice el ejercicio y goce efectivo de los derechos políticos de los venezolanos, entre ellos el derecho al referéndum revocatorio.*

*Décimo: Instar al Parlamento Latinoamericano y al Parlamento del Mercosur para que en ejercicio de sus atribuciones se pronuncien y adopten las medidas conducentes al ejercicio de la democracia representativa en Venezuela y a coadyuvar con la Asamblea Nacional en los esfuerzos para garantizar que se respeten los Venezuela y a coadyuvar con la Asamblea Nacional en los esfuerzos para garantizar que se respeten los derechos políticos de los venezolanos. Undécimo: Notificar del contenido del presente acuerdo a cada uno de los representantes de los Poderes Públicos Nacionales, a la Fuerza Armada Nacional, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para los Derechos Humanos; al Secretario General y al Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA), al Mercado Común del Sur (MERCOSUR), a la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), al Parlamento Latinoamericano, al Parlamento del Mercosur, al la Unión Interparlamentaria Mundial, al Nuncio Apostólico de su Santidad el Papa Francisco, a la Conferencia Episcopal Venezolana, a los representantes de los embajadores pertenecientes al cuerpo diplomático debidamente acreditados en el país, a las academias nacionales, a los rectores de las universidades, a los gobernadores y alcaldes, a las organizaciones sindicales, a la Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción de Venezuela.(...)” (Cursivas originales de la sentencia)*

El acuerdo sólo instaba a los órganos internacionales de Derechos Humanos para que se pronunciaran sobre el comportamiento del Estado venezolano al conculcar derechos fundamentales. Pues bien, la Sala en franca incoherencia con la realidad, determinó que *sólo el Presidente de la República puede instar a los órganos multilaterales de Derechos Humanos*

<sup>71</sup> Caso: *Procuraduría General de la República Vs. Asamblea Nacional*. Expediente 16-0524.

para que puedan cumplir los cometidos de su creación. Consideró que instar a dichos organismos es una actividad propia de las relaciones internacionales, y no una facultad procesal<sup>72</sup> para enfrentar a los Estados que han suscrito los tratados y que sistemáticamente violan los derechos humanos. Es más, el tenor de advertencia de la sentencia fue mucho más allá de la mera interpretación, dejando entrever la posibilidad de accionar penalmente contra la directiva de la Asamblea Nacional:

“(…) Ahora bien, visto que en la presente acción de controversia constitucional, luego de la ponderación preliminar de las denuncias formuladas en el mismo, así como de la revisión de los referidos actos emanados del parlamento, se observan indicios de los cuales pudiera desprenderse que el órgano legislativo ha asumido atribuciones que constitucionalmente son propias del Poder Ejecutivo, por lo que esta Sala, en ejercicio pleno de sus amplios poderes cautelares, y con el propósito de asegurar que los actos que hasta ahora han sido emanados desde la Asamblea Nacional y sus actos futuros no impliquen probables usurpaciones de funciones atribuidas al Ejecutivo Nacional, dicta medida cautelar, en ejercicio de su prudente arbitrio, razón por la que se suspenden los efectos de los actos parlamentarios de fechas 10 y 31 de mayo de 2016, respectivamente, en los que se establecieron los siguientes acuerdos:

“ACUERDO EXHORTANDO AL CUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN, Y SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL, DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL PARA LA PRESERVACIÓN DE LA PAZ Y ANTE EL CAMBIO DEMOCRÁTICO EN VENEZUELA”.

“ACUERDO QUE RESPALDA EL INTERÉS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ACERCA DE G-7, OEA, UNASUR, MERCOSUR Y VATICANO EN LA CRISIS VENEZOLANA”.

De igual forma, se ordena a la Asamblea Nacional, a su Presidente, a su Junta Directiva y a sus miembros en general, **abstenerse de pretender dirigir las relaciones exteriores de la República v, en general, desplegar actuaciones que no estén abarcadas por las competencias que les corresponden conforme al ordenamiento jurídico vigente, y que, por el contrario, constituyen competencias exclusivas y excluventes de otras ramas del Poder Público**; so pena de incurrir en las responsabilidades constitucionales a que haya lugar, todo ello con especial sujeción a las disposiciones previstas en los artículos 137 y 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según los cuales “*La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*”, y “*Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos*”. Así se decide. (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

La Sala en esta sentencia, sin la prudencia que aconseja la actividad judicial cuando revisa actos de naturaleza política sin hacer política<sup>73</sup>, privilegia un presidencialismo exacerbado

<sup>72</sup> Sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, véase Blanco-Urbe Briceño, Alberto. “La denuncia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Retiro de la Convención Americana de Derechos Humanos a la Luz de la Ética y del Derecho”. En: *Revista de Derecho Público* N° 129, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (enero/marzo) 2012, pp. 7-26. También, Morales-Antoniuzzi, Mariela. “¿La cláusula democrática del Mercosur en la encrucijada? Algunas reflexiones sobre el ingreso de Venezuela”. En: *Revista de Derecho Público* N° 128, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (octubre/diciembre) 2011, pp. 7-38.

<sup>73</sup> Sobre este difícil quehacer de los tribunales constitucionales controlando actos políticos, vale la pena rescatar la opinión del magistrado Gustavo Zagrebelski ... *Principios y Votos* ... p. 40 al introducirnos en el juego de palabras sobre el Tribunal Constitucional “en” política “(…) *Tribunal Constitucional no implicado y, al mismo tiempo, implicado políticamente. Lo que sería una contradicción si la política fuese una realidad única, no lo es considerando su doble naturaleza. El Tribunal Constitucional está dentro de la política, incluso es uno de sus factores decisivos, si por*

do donde todo el Estado gira en torno a la figura del Presidente de la República como afirma Brewer<sup>74</sup>. Pero, lo grave no estaría en el arrebato de la Sala por el presidencialismo, porque al fin y al cabo ha sido el sistema de gobierno que histórica y hegemónicamente se ha autoimpuesto la República. Lo censurable es la forma como coadyuva con el Ejecutivo Nacional, borrándole todos los límites o zonas sensibles que debía procurar no violar en este caso, ya que, repetimos, el simple hecho que la AN decidiera instar organismos internacionales no puede considerarse que esté ejerciendo funciones de representación o dirección de las relaciones exteriores de Venezuela. Con mayor peso adquiere entonces la expresión a título de sorna y lamento empleada por el Diputado Ramos Allup al afirmar que la Sala Constitucional es el <<vergonzante bufete del gobierno>><sup>75</sup>.

#### B. *Los estados de excepción*

Constituye uno de los más reservados y delicados espacios dentro del Derecho constitucional, donde la acción de gobierno se hace más efectiva y gravita casi todo su peso. Históricamente los estados de excepción han sido fuentes permanentes de polémicas con muy larga y fructífera data<sup>76</sup>. Los estados de excepción, sea cual sea su categoría<sup>77</sup>, están motivados por un *núcleo político duro*, es decir, su concreción es para la preservación de la integridad de la Nación, del Estado, sus instituciones y las mismas libertades ciudadanas que pueden verse en determinados momentos en peligro y que por vía administrativa ordinaria es imposible abordar. Son las denominadas “razones gubernativas”.

Sólo puede dictar este Decreto el Presidente de la República<sup>78</sup>, como Jefe del Estado, y únicamente el primer magistrado nacional tiene la competencia para calificar la situación no sólo bajo la subsunción de los hechos con las reglas jurídicas, sino más que todo, a su libre apreciación (calificación). Este decreto deberá luego ser consultado a la Asamblea Nacional para su *consideración y aprobación*, como textualmente expresa el artículo 339 constitucional. Si se revisa con cuidado los verbos empleados por el constituyente, es claro en atribuirle también a la Asamblea Nacional la capacidad de evaluar las situaciones fácticas evidentes y las subyacentes que dieron pie al Decreto presidencial. En pocas palabras, ambos, en estos

---

*política se entiende la actividad dirigida a la convivencia. El Tribunal es apolítico si por política se entiende la competición entre las partes por la asunción y la gestión del poder. (...)*<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> Brewer-Carías, Allan R. ... *La dictadura judicial y la perversión del estado de Derecho* ... p. 72.

<sup>75</sup> “Ramos Allup y sentencia del TSJ sobre nacionalidades: viola expresamente la Constitución y no puede ser respetada”. En: *Diario El Nacional*. Caracas, edición del 26-05-2016 [Consulta: [http://www.el-nacional.com/politica/Ramos-Allup-TSJ-nacionalidades-Constitucion\\_0\\_854914762.html](http://www.el-nacional.com/politica/Ramos-Allup-TSJ-nacionalidades-Constitucion_0_854914762.html)]

<sup>76</sup> En este sentido, véase Brewer-Carías, Allan R. “Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales”. En: *Revista de Derecho Público*, N° 37, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (enero/marzo) 1989, pp. 5-26. También, en cuanto a las más recientes reflexiones sobre el tema “La masacre de la Constitución y la aniquilación de las garantías de los derechos fundamentales”. En: *Revista de Derecho Público*, N° 143-144, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (julio/diciembre) 2015, pp. 17-50.

<sup>77</sup> Capítulo II, Título VIII de la Constitución. Artículos 337 al 339. La Constitución de 1999, a diferencia de la Constitución del 61, contempla tres categorías específicas de estados de excepción: 1. Estado de alarma para el caso de catástrofes o calamidades públicas (Art. 338, encabezado), 2. Estado de emergencia económica (338, primer párrafo) y 3. Estado de conmoción (338, segundo párrafo) para los casos de conflictos internos o externos y se vea comprometida la seguridad de la Nación, sus ciudadanos o las instituciones.

<sup>78</sup> Artículo 337 de la Constitución de 1999.

casos co-gobiernan, pues <<considerar>>, implica ponderar la realidad, inclusive, empleando móviles irracionales más no desproporcionados ni contrarios a los principios y valores que nos caracterizan como sociedad (ethos). También, el texto constitucional obliga la intervención de la Sala Constitucional del TSJ, pero, únicamente para que se “(...) *pronuncie sobre su constitucionalidad* (...)”. Lingüísticamente estamos en presencia de una norma que ha sido confeccionada (enunciados normativos) con claridad (estándares de racionalidad terminológica común)<sup>79</sup> cuya única vía para interpretarlo era cotejar la coherencia o contradicción del tenor gramatical de la norma con el texto del Decreto Presidencial y del Acuerdo de la AN. En estos casos, el único resultado que pudiera haber arrojado a la Sala Constitucional para que en su interpretación del artículo 339 llegara a conclusiones diferentes, era que en efecto se hubiese comprobado las equivocidades propias del lenguaje castellano<sup>80</sup>. Sin embargo, la Sala entró a buscar problemas semánticos donde no los hay, ya que, no encontramos en el texto constitucional bajo revisión ninguna de aquellas equivocidades, al contrario, basta con la sola comprensión gramatical<sup>81</sup> para desentrañar lo perseguido por el constituyente.

Dilucidado el problema hermenéutico que pudiera aparecer en el abordaje del artículo 339, el constituyente determinó que la revisión que sólo puede hacer el TSJ al decreto presidencial indica si el Decreto se encuentra apegado o no a la Constitución. Esto implica sólo la revisión del acto de gobierno en dos niveles: Primero, sobre el cumplimiento de las formalidades y demás aspectos del procedimiento constitucional para dictarlos, inclusive, si cumple con lo previsto en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción<sup>82</sup>. Segundo, para analizar el alcance de la suspensión de las garantías constitucionales involucradas, a los fines de ponderar si el decreto va más allá y termina generando mayores daños que las causas que lo motivaron (utilidad, proporcionalidad, tempestividad, adecuación, estricta necesidad para solventar la situación presentada y de completa sujeción a los requisitos constitucionales). Bajo esta dirección debería moverse la Sala Constitucional en pleno ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Pero, a raíz de las declaratorias de estados de excepción dictados por el Presidente de la República en las entidades federales fronterizas durante 2015 (Táchira, Apure, Zulia, Bolívar y Amazonas) y prolongadas en 2016; la nueva Asamblea Nacional de forma legítima, dentro de su capacidad para “considerar” el mérito de esas prórrogas, decidió dentro de su facultad de ponderación, negar la extensión de la misma. En franca desproporción a sus potestades, la

<sup>79</sup> Véase Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y Método*. Vol. I, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1993, p. 397. También, Aarnio, Julius. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. En: *Doxa*, N° 8, Universidad de Alicante, 1990, pp. 29-31.

<sup>80</sup> En el castellano –lengua oficial venezolana según la Constitución– existen las siguientes equivocidades: 1. Sinonimias, 2. Antinomias, 3. Ambigüedades. 4. Paráfrasis. 5. Polisemias, y 6. La contaminación del lenguaje. Para más detalles, véase Casares, Julio. *Diccionario ideológico de la lengua española*. Editorial de Gustavo Pili, Barcelona, 1951, pp. 700-784. Caro, María y Cuervo, Rufino. *Gramática de la lengua latina*. Instituto Caro y Cuervo, Bogotá, 1972, pp. 690-768.

<sup>81</sup> Vega Benayas, Carlos de la. *Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Código Civil*. Editorial Civitas, Madrid, 1976, p. 125. También, Balaguer-Callejón, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Editorial Tecnos, 1997, p. 94.

<sup>82</sup> Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 37.261 de fecha 15-08-2001. Sobre el particular, véase Silva Aranguren, Antonio. “El Tribunal Supremo de Justicia y los decretos de estado de excepción de 2015: Ningún control y numerosos excesos”. En: *Revista de Derecho Público* N° 143-144, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (julio/diciembre) 2015, pp. 109-118.

Sala Constitucional en su sentencia N° 615<sup>83</sup> entra a valorar a través de la tesis del “Hecho Comunicacional”, ciertos elementos informativos que a su juicio deberían sustentar el Decreto de estados de excepción. Amén de las incoherencias epistemológicas presente en el fallo, la Sala aborda los hechos y sustancia una suerte de expediente para fortalecer el Decreto Presidencial, subsanando probatoriamente las carencias en las motivaciones que debió explicar el Gobierno Nacional como única autoridad para tomar la decisión de suspender las garantías constitucionales en cuestión.

Como bien lo apunta el profesor José Ignacio Hernández<sup>84</sup>, la negativa por parte de la Asamblea Nacional no puede ser anulada por el TSJ en virtud que la apreciación del órgano legislativo es netamente político (conveniencia) y no sobre la constitucionalidad del Decreto. Ahora, sin importante su propias consideraciones, la Sala en la sentencia N° 615 del 19-07-2016, trae a colación argumentos esgrimidos por la Asamblea Nacional para otra situación diametralmente heterogénea a la emergencia económica<sup>85</sup>, haciéndola incluso valer para complementar el Decreto Presidencial negado por la AN. Eufemísticamente señaló la Sala:

“(…) En este orden de ideas, el Poder Legislativo Nacional ha reconocido la existencia de una situación nacional extraordinaria, vinculada a la materia económica, lo cual exige la toma de medidas excepcionales y oportunas para regresar a la situación de normalidad social y, por ende, de normalidad conforme a los valores, principios y fines que proyecta la Constitución, tal como se desprende de la Ley Especial para Atender la Crisis Humanitaria en Salud, sancionada por la Asamblea Nacional en sesión del 3 de mayo de 2016 (la cual fue declarada inconstitucional por esta Sala en sentencia N° 460 del 9 de junio de 2016) en la cual se pretendía calificar una crisis humanitaria de salud y se le exigía al Ejecutivo Nacional la formulación de un plan de atención prioritaria a la crisis humanitaria de salud, con sus respectivas medidas, así como adoptar las medidas inmediatas que se requieran con carácter de urgencia (…)”

<sup>83</sup> De fecha 19-07-2016 (Caso: *Constitucionalidad del Decreto de Estado de Emergencia Económica N° 2.371 del 12-07-2016*). Es importante destacar que la Sala en su sentencia, transcribe noticias y otras reseñas de prensa escrita, radiotelevisada y electrónica sobre factores y otros indicadores técnicos que ameritan la supuesta prórroga de la declaratoria de emergencia económica. Estos elementos informativos sólo puede valorarlos en su contenido el Presidente de la República y posteriormente la Asamblea Nacional cuando analice la proporcionalidad de la medida.

<sup>84</sup> Hernández, José Ignacio. “La Asamblea Nacional negó el decreto de emergencia. ¿Y ahora?”. En: *Prodavinci*, Caracas, edición del 22-01-2016 [Consulta: <http://prodavinci.com/blogs/la-asamblea-nacional-nego-el-decreto-de-emergencia-y-ahora-por-jose-ignacio-hernandez-g/>]

<sup>85</sup> Es el caso de la Ley Especial para atender la Crisis Nacional de Salud, donde por iniciativa propia, la Asamblea Nacional discutió un proyecto de ley, sancionándolo, a los efectos de obligar a todos los órganos del Poder Público a la adopción de un Plan Integral para la Atención Prioritaria a la Crisis Nacional de Salud. La Ley Especial fue anulada por la Sala Constitucional en su sentencia N° 460 de fecha 09-06-2016, alegando que la AN había violentado competencias que sólo podía ejercerlas el Presidente de la República decretando estados de excepción. Pero lo más bufo de todo esto es el llamado “cándido” que realiza el TSJ a la AN, señalando “(…) *No obstante, ante la notoria situación excepcional por la cual atraviesa el país, la Sala estima oportuno reiterar que la Constitución establece los mecanismos para el cumplimiento del correlativo teleológico de los poderes públicos, para que entre ellos, bajo los principios fundamentales del derecho, actúen para sortear situaciones coyunturales, pero para ello se requiere entendimiento, diálogo, tolerancia y respeto. A ello exhorta esta Sala, por cuanto, ante una situación reconocida por todos los órganos de los poderes públicos, para que actúen de forma coordinada con miras a lograr el bien común de la población. Pero cuando ello sea en quebrantamiento de la Norma Suprema, esta Sala, como máximo y último interprete de nuestra Constitución, debe tomar las medidas necesarias para mantener su efectiva vigencia. (…)*” (Cursivas nuestras)

Sin mayor cuidado, la Sala Constitucional en esta materia ha mezclado considerandos sobre lo que implica un decreto de emergencia económica con otras circunstancias que ponen en peligro la salud misma de la población, sobre todo, en aquella considerada sensible (adultos mayores, discapacitados y niños). Ejemplo palmario de la inutilidad e intromisión en las funciones de gobierno, vía jurisdiccional, tiene cabida en el siguiente pasaje de la Sentencia N° 460 del 09-06-2016 que anuló la Ley sobre Crisis Humanitaria de Salud, que por la incongruencia y fuerte jerga ideológica que pudiéramos considerarla <<anacrónica>> para estos tiempos de globalización, pasamos a transcribir parcialmente. Señaló entonces:

“(…) La Sala no puede dejar de observar que, consecuente con el mandato constitucional, Venezuela ha desarrollado una política internacional que busca privilegiar las relaciones con los países “nuestro americanos”, liderando las políticas de unión e integración latinoamericana y caribeña, prueba de lo cual son la participación activa y protagónica de nuestro país en la fundación y consolidación de organizaciones e instrumentos internacionales, como la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR), la Alternativa Bolivariana para las Américas (ALBA-TPA), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y PETROCARIBE, entre otros, con lo cual se ha desarrollado una institucionalidad que busca promover un nuevo orden internacional basado en la multipolaridad a través del impulso de la cooperación Sur-Sur, para abordar con mayor eficacia las desigualdades sociales y los altos niveles de pobreza que afectan a los países de la región, consolidando y diversificando los intercambios internacionales con otras regiones y países, no como un archipiélago de naciones sino como un centro de poder político y económico para fortalecer la posición de nuestro país y de la región en la economía internacional y en la toma de decisiones mundiales, en búsqueda de un mundo cada vez más justo y más humano. (…)

(…) Producto de la orientación que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece para el funcionamiento del Estado en el concierto internacional de naciones, nuestro país ha actuado apegado a los principios de derecho internacional acuñados en la Carta Fundacional de la Organización de las Naciones Unidas y ha puesto especial énfasis en la necesaria democratización de las organizaciones internacionales, coordinando con los grupos regionales y multilaterales como el Grupo Latinoamericano y Caribeño (GRULAC), el Movimiento de los No Alineados (NAM) y el Grupo de los 77 más China, el apoyo a la revitalización de la Asamblea General de Naciones Unidas, a la modificación del régimen del Consejo de Seguridad, la Coherencia del Sistema de Naciones Unidas y al Examen Completo de las Operaciones de Paz, entre otros, para evitar que estas últimas se conviertan en mecanismos de intervención de los Estados en situaciones de conflictos, para superar las viejas estructuras heredadas del fin de la Segunda Guerra Mundial, mejorar la eficiencia de todo el sistema internacional y avanzar hacia un mundo cada vez más integrado.

Uno de los aspectos importantes sobre los cuales nuestro país ha participado más activamente es el referido a que la cooperación internacional no esté sujeta a condiciones ni cargas para el país que la recibe, por cuanto, la cooperación Norte-Sur –que no negamos, al contrario es necesaria ampliar y rediseñar– puede entrañar enorme peligro para la seguridad, independencia y soberanía de las naciones, cuando depende de mecanismos estandarizados para la medición del comportamiento de los gobiernos o establecen dispositivos supranacionales de control, que intervienen indebidamente en la política social y económica del país, imponiendo modelos o recetas en función de los intereses políticos o económicos de las empresas o gobiernos de países, generalmente desarrollados.

Establecido lo anterior, resulta necesario indicar que, en lo que respecta a la cooperación internacional, nos enfrentamos a una realidad mutable y cambiante, en la cual debe existir un balance entre la visión internacional, fijada desde el ideario emancipador de toda la América del Libertador Simón Bolívar, y el pragmatismo propio, vinculada a la naturaleza de la misma, conforme a la cual, si bien deben responder a los elementos sustantivos antes señalados y al cumplimiento de las formalidades correspondientes, no pueden limitarse de forma tal que nieguen –o vacíen de contenido– el carácter particularmente discrecional que le atribuye el propio Texto Fundamental, a la atribución del Presidente de la República para dirigir las relaciones exteriores.

En este sentido, es de especial significación, el único aparte del artículo 6 de la Ley sancionada por la Asamblea Nacional objeto del presente control preventivo de constitucionalidad, por cuanto, establece la obligación del Ejecutivo Nacional de aceptar la cooperación internacional, **incluso cuando no haya mediado una solicitud previa, lo que implica una cesión de parte de la soberanía del Estado venezolano a los organizaciones internacionales y países cooperantes, que tendrían la potestad de decidir en qué va a consistir dicha cooperación y con qué calidad y condicionalidad es entregada la misma y el Ejecutivo Nacional estaría obligado a prestar las condiciones necesarias para recibirla de forma imputada desde el exterior, sin haberla requerido.**

La situación descrita **podría implicar la recepción obligatoria de productos medicinales en etapa de investigación o pre comerciales o medicinas que han sido incluidas en la lista de sustancias susceptibles de afectar la salud y de prohibida administración en seres humanos o productos que pudieran fabricarse en nuestro territorio y que, por el hecho de su libre ingreso a nuestro país, afecten la economía nacional, sin que el Ejecutivo Nacional previamente haya evaluado si los mismos son necesarios para enfrentar la situación de abastecimiento que se quiere solventar.**

Si a lo anterior se le adiciona que el artículo 11 de la Ley Especial para Atender la Crisis Nacional de Salud establece que cuando los insumos médicos sean recibidos por conducto de la Organización de Naciones Unidas no será necesaria su certificación a través del Instituto Nacional de Higiene Rafael Rangel, estamos frente a una situación de total cesión de una parte de nuestra soberanía a países y organizaciones internacionales, al cederles la función de garantizar que las medicinas y demás insumos médicos que ingresen al país sean de calidad, seguras y efectivas.

Esta circunstancia es uno de los problemas que ha enfrentado la cooperación internacional y que ha sido objeto de discusión en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, **como lo es dejar en manos de los cooperantes o donantes la decisión de la determinación de las necesidades de los países receptores, que se ha prestado para que sean enviadas por esta vía productos que no son necesarios o que constituyen un riesgo para la organización, el país o la empresa transnacional detrás de ellos, bien sea por razones económicas o de salubridad, trasladando un problema en forma de cooperación internacional, tal como sucedió en Guatemala entre los años 1946 y 1948, cuando 1.300 personas, entre ellas mujeres y niños, fueron deliberadamente infectados con los virus de la Sífilis y la Gonorrea, en un experimento avalado por la Secretaría de Salud de los Estados Unidos, para estudiar los efectos de la penicilina, lo que conllevó a que el Presidente Barack Obama llamara al Presidente Alvaro Colom para pedir perdón** *“por hacer creer a la población que lo que parecía una vacuna para estudiar los efectos de la penicilina era en realidad una agresiva bacteria que primero destruye los tejidos blandos y los huesos, que después provoca insuficiencia cardíaca, y finalmente llena el cuerpo de horribles llagas amarillas”* <http://www.aporrea.org/actualidad/n180410.html>). (Cursivas originales de la Sala) (Negrillas y Subrayado nuestro)

El *obiter dictum* en este caso, consustanciado erróneamente con las declaratorias de estados de excepción por emergencia económica, no sólo indica una parcialidad política con valoraciones de naturaleza ideológica; sino que transforma a la Sala Constitucional en una suerte de **asesor jurisdiccional fiable** y leal en el campo ideológico. Desde el punto de vista de la técnica decisonal, habría que preguntarnos si puede un juez, controlando la constitucionalidad, adentrarse en anecdotarios de auditorios políticos, tales como si el Presidente Obama llamó o no al Presidente de Guatemala para pedirle perdón por hechos supuestamente inducidos por el Gobierno de los Estados Unidos a la población de esa nación centroamericana. ¿Es éticamente aceptable estos argumentos –más sacados del imaginario épico de la guerra fría que de la realidad médica– para anular una sentencia? ¿Por qué si estoy defendiendo la supuesta “soberanía nacional” frente a otros Estados, debe el TSJ valorar benignamente otros organismos como el Grupo de los No Alineados, éste último, claramente a favor del extinto bloque prosoviético?

En conclusión, sólo el Ejecutivo Nacional a través de sus inclinaciones políticas decide establecer las alianzas bilaterales o con varios Estados más allá de las relaciones internacionales enmarcadas en la diplomacia. Y esto, es una función eminentemente política, por lo cual, el razonamiento del TSJ es más que impertinente y se vincula de forma inexorable al acto de gobierno.

### C. *Las amnistías*

Es una de las facultades políticas monopólicas de la AN. La amnistía como privilegio tradicional y excepcional del órgano legislativo nacional<sup>86</sup>, implica un perdón general de ciertas conductas que la legislación los considera punible. Este perdón no compromete per se una derogación de los tipos penales que consagran las sanciones a quien incurra en estos delitos, sino, que por determinado tiempo y en determinados casos, deja de ser conducta antijurídica. Las motivaciones generales de las amnistías son en esencia de <<tipo político>>, como en efecto ocurrió con la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional sancionada el 29-03-2016, materialización de la oferta electoral realizada por los factores que integran la Mesa de la Unidad Democrática (MUD), y que una vez obtenida la mayoría del Parlamento Nacional, sancionaron el instrumento para procurar la liberación de presos políticos y reducir los elevados niveles de intolerancia y desencuentro nacional. En fin, la amnistía era para borrar toda punibilidad a la disidencia contra el Gobierno Bolivariano, y de esta manera sembrar las bases de un diálogo y paz nacional.

La ley en cuestión fue objetada, como era de esperarse, por el Presidente de la República ante la Sala Constitucional. Previamente se generó un ambiente político de pugnacidad contra dicha ley, alegándose desde la vocería del partido gobernante (PSUV) que sería un instrumento para “(...) *liberar asesinos, narcotraficantes y delincuentes de lesa humanidad... una ley de amnesia criminal parecida a la que dictó Pinochet (...)*”<sup>87</sup>. Los epítetos empleados por los personeros más visibles del Gobierno contra el proyecto reflejaron la distorsión y oposición a la propuesta que hubiese permitido una válvula de escape al mismo régimen bolivariano. La Sala Constitucional, con una celeridad inconmensurable, procedió a senten-

<sup>86</sup> Brewer-Carías, Allan R. ... *La dictadura judicial y la perversión del estado de Derecho* ... p. 278.

<sup>87</sup> En este sentido, el Diputado Diosdado Cabello en entrevista televisada señaló que el proyecto será para generar una “(...) Es una ley de amnesia criminal, porque lo que propone es que nos olvidemos de todo”, advirtió el parlamentario. Además, este instrumento legal legitima delitos como el terrorismo, la corrupción y el tráfico de drogas. “Sabemos que es cada artículo se ha convertido en una mercancía (...)”. Venezolana de Televisión. “Ley de Amnistía ampara golpe de Estado al gobierno de Nicolás Maduro”. Nota de prensa de La Noticia, edición del día 16-02-2016 [Consulta: <http://vtv.gob.ve/articulos/2016/02/16/diosdado-cabello-ley-de-amnistia-ampara-golpe-de-estado-al-gobierno-de-nicolas-maduro-3082.html>]. También véase “Diosdado Cabello: Su ley de amnistía es una cosa absurda”. En: *Tal Cual Digital*. Caracas, edición del 06-01-2016 [Consulta: <http://www.talcualdigital.com/Nota/122006/diosdado-cabello-su-ley-de-amnistia-es-una-cosa-absurda>]. El Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, también emitiría juicios de valor contra el proyecto de Ley, más allá de sus facultades propias de consulta prevista en el artículo 214 de la Constitución de 1999. “(...) Esto no lo sacan porque para mañana ya tienen los titulares: ‘Aprobada ley criminal’. La están aprobando en la Asamblea hoy. Me metieron un fast track de un día para otro y me metieron una ley para proteger asesinos, criminales, narcotraficantes y terroristas. Es la verdad. Tengan la seguridad que esa ley por aquí no pasa, caballero. Lo sepa la derecha nacional e internacional. Leyes para amparar terroristas y criminales no pasarán. Por aquí no pasan. Hagan lo que hagan (...)” “Maduro advirtió que no aceptará ley de amnistía”. En: *Diario El Nacional*, Caracas, edición del 29-03-2016 [Consulta: [http://www.el-nacional.com/politica/Maduro-advirtio-acceptara-ley-amnistia\\_0\\_820118226.html](http://www.el-nacional.com/politica/Maduro-advirtio-acceptara-ley-amnistia_0_820118226.html)]

ciar en un lapso de dos semanas (*Sentencia N° 264 del 11-04-2016*), con un fallo tan extenso que termina perdiéndose el hilo argumental hacia temas inconexos como la hermenéutica y norma de interpretación prevista en el artículo 4 del Código Civil Venezolano<sup>88</sup> que va dirigido hacia la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa. El fallo incurre en lo ya denunciado en páginas anteriores sobre la reedición de un tosco *ius respondendi edicendi*, haciendo largas citas de autores –inclusive en obra original titulada en alemán, inglés o italiano<sup>89</sup> pero transcrita en castellano sin saber el origen de la traducción– que a pesar de su amplia y comprobada reputación dentro del derecho público, no puede un tribunal llegar a sostener sus razonamientos sólo con la doctrina por los inconvenientes peligros que acarrearía para el sistema judicial<sup>90</sup>. Por otra parte, además de este exceso, nos presenta una hermandad doctrinal donde se conjuga –casi en forma mágica y sin contradicciones– teorías diametralmen-

<sup>88</sup> Resulta sorprendente que la Sala Constitucional en la sentencia N° 264, bajo análisis, dedicara en su motiva un estudio al artículo 4 del Código Civil, pues, el legislador al confeccionar una norma no procede jamás a interpretar el ordenamiento jurídico salvo el caso donde la Constitución expresamente ordena este comportamiento.

<sup>89</sup> Casi siempre cuando se maneja derecho comparado es necesario revisar obras de autores escritas en idiomas diferentes al castellano. Muchas veces se cita expresiones textuales en idioma alemán para enriquecer las argumentaciones y sostener o debilitar los puntos de vista de la contraparte. Sin embargo, en la sentencia se transcribe textualmente párrafos en castellano para luego colocar el autor y la obra en su lengua original. Para corroborar lo afirmado, revisemos los siguientes párrafos del fallo. “(...) No obstante, la afirmación de que es posible una ley de amnistía dentro del marco constitucional, ejercida dentro de una competencia constitucionalmente atribuida a la Asamblea Nacional, no significa, sin más, la atribución de una facultad ilimitada al legislador sobre este punto (Pérez Del Valle, C. “Amnistía, Constitución y justicia material”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, N° 61, 2001, p. 194); por el contrario, la amnistía debe estar sujeta a ciertas limitaciones propias del orden jurídico constitucional en un Estado de Derecho de modo que su significación se oriente racionalmente al valor de Justicia (Geerds, F. *Gnade, Recht und Kriminalpolitik*. JCB, Mohr, Tübingen, 1960, p. 24) (...)” Nótese que no sabemos si la frase escrita en castellano de verdad se corresponde con la obra en alemán. Por cortesía, debió indicarse si la traducción era de la Sala o de alguna versión castellana autorizada. De igual forma ocurre con otro párrafo “(...) En este sentido, si bien la Asamblea Nacional tiene atribuida la competencia de decretar amnistías, y sin perjuicio de que no se han definido a nivel constitucional o legal mayores límites expresos al alcance de esta institución, esto no significa que el parlamento pueda vulnerar los principios que inspiran la Constitución contenidos en los artículos 2 y 3, y que se constituyen en mandatos obligatorios, efectivizados a través del ejercicio de los derechos fundamentales, y del cumplimiento de las funciones de las autoridades estatales (Mortati, C. “Constituzione dello stato”. En *Enciclopedia del Diritto*, volumen XI, Roma, 1962, p. 147). (...) No sabemos si a ciencia cierta esta cita extensa se corresponda con el profesor Mortati en la obra original o si es una traducción no autorizada del mismo. Esta falta de cuidado pone en peligro la capacidad de coercibilidad del fallo, puesto que, al cuestionar las fuentes doctrinales citadas, ciertamente la sentencia adolecerá de veracidad.

<sup>90</sup> El peligro del “*autosequestro doctrinal*” para un sistema jurídico radica en que termina este sistema por estancarse y sin claras líneas argumentales propias. Por pigracia, los abogados y demás tribunales, seguirían el ejemplo hasta el punto de retornar a los tiempos de la famosa ley de citas promulgada por Justiniano. Como expresa Zagrebleski ...*Principios y votos*... pp. 98-109, los jueces están para <<juzgar>>. No están ligados a la última novedad doctrinal y su razón de ser es la de militar en la estabilidad, sutileza, ponderación y equilibrio entre todos los factores principales de la vida social y política.

te opuestas como es el caso de la cita sorprendente y armónica entre tradicionalistas (G. Ripert) y quienes todavía defienden la hoy olvidada tesis del uso alternativo del Derecho (De Souza)<sup>91</sup>.

Pero más allá de estas consideraciones metodológicas, debemos enfocarnos sobre la forma en que a través de la sentencia N° 264, la Sala incurre en actividades propias de un acto de gobierno. De entrada, el razonamiento del fallo pareciera respetar la línea delicada que implica controlar constitucionalmente un acto político entre la intromisión con el mismo, sea para avalarlo, modificarlo o suprimirlo como es el caso de marras. Señala el TSJ:

“(…) En este sentido, aunque se sostiene que el control que realiza esta Sala no se basa en el cuestionamiento de **los criterios de oportunidad y conveniencia**, se reitera la idea de que no existen actos de los órganos que ejercen el Poder Público fuera del control jurisdiccional, y la actividad legislativa no es la excepción, ya que la misma no puede desarrollarse al margen del derecho.

Ciertamente, el órgano legislativo es **indudablemente libre, en los extensos límites de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para optar entre todas las posibles alternativas por la vía que considere en cada caso más conveniente, así como de escoger las razones que mejor puedan justificar su elección**; no obstante, tal desenvolvimiento debe producirse igualmente en el marco de las razones que concreta y racionalmente permita la norma que le sirva de fundamento jurídico (v. gr. la Constitución) (…)” (Negrillas y subrayado nuestro)

El razonamiento es preciso y no entendemos cómo la Sala en vez de fortalecerlo, termina por desvirtuarlo al introducir condicionamientos éticos donde no debía hacerlo, pues, el proyecto de Ley de Amnistía era claro, dirigido sólo a quienes se encuentren privados de libertad por delitos considerados políticos. En ningún momento la AN quiso concebir un instrumento de tal magnitud ni para liberar homicidas, ni narcotraficantes, ni mucho menos para genocidas. Pero, a pesar de ello, se mezclaron dos aspectos que era impertinente formularlo. Introdujo por contrabando argumental el concepto que en doctrina se llama el “derecho de la víctima”, dando pie al siguiente razonamiento en la sentencia bajo comentario:

“(…) En este sentido, el análisis de la amnistía conlleva también a asumir una postura ética determinada en relación con los victimarios y perjudicados (víctimas) de los hechos punibles objeto de la misma, en la que sin lugar a dudas la opción moral por la reivindicación de las víctimas es la que se pone de parte del más débil en búsqueda del equilibrio social que se pretende reestablecer.

En consecuencia, de acuerdo con HAMBER, B. (“Repairing the Irreparable dealing with the double binds of making reparations for crimes for the past”. En: *Ethnicity and Health*, p. 218.) la aceptación de la existencia de víctimas por la comisión de hechos punibles, no es más que el reconocimiento de la violación de la condición humana (por parte de terceros con intervención del Estado por acción u omisión) y la imposición vertical que hace un Estado a la sociedad de perdonar hechos punibles genera dilemas éticos atinentes a la conciencia colectiva y la identidad nacional:

<sup>91</sup> Para mayor ilustración sobre las concepciones históricas de la hermenéutica jurídica, véase Linfante Vidal, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999. También, la clásica obra de Betti, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971. Sorprende también cómo la Sala Constitucional conjuga autores con propuestas antagónicas como Habermas y Häberle en relación al contenido o vaciamiento de la legislación, incluida claro está, la amnistía. Habermas contribuyó en su tesis de procedimentalización progresiva del Derecho, mientras que P. Häberle, va en sentido contrario sobre otorgarle amplios contenidos valóricos a dichos procedimientos. Para más detalles sobre esta disputa, véase García de Enterría, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Editorial Civitas, Madrid, 1999.

“la abstención por parte del Estado de proteger a las víctimas genera desconfianza en las instituciones y en la sociedad y resentimiento y las expectativas legítimas de justicia frustradas pueden convertirse en deseos de venganza privada que se alimentan de estas falencias. En esa medida para Martha Minow la justiciabilidad de los hechos dañosos constituye el justo equilibrio entre la venganza y el perdón, que necesita encontrar la sociedad y especialmente las víctimas para seguir adelante con sus vidas dejando atrás un pasado marcado por las atrocidades” (CHAPARRO, N° ob. cit. Colombia, pp. 49-50).

**La prohibición de desconocer a las víctimas directamente vinculadas con la determinación de los autores, no se justifica en una mera actividad de tipo abstracta-racional vinculada con los principios universales** –que ubica el ejercicio de la actividad legislativa, jurisdiccional y administrativa en un limbo ahistórico–, **por el contrario, la memoria de las experiencias vitales** –vrg. Los testigos de las atrocidades, personas mutiladas, quemadas o discapacidades de diverso grado, generadas por los hechos delictivos que afectan a su entorno familiar y social– **que sólo pueden incorporarse al mundo jurídico a través de un filtro epistemológico que las categoriza en los supuestos de la norma jurídica; que si bien permite racionalizar el concepto de dignidad humana vulnerada que es garantizada mediante la correspondiente sanción; funge en realidad como el único puente real de la sociedad para evitar que se vuelvan a cometer tales atrocidades, la negación de la memoria histórica y de la debida sanción de los crímenes ajenos a los límites de las amnistias, es propia de los regímenes absolutistas que pretender borrar la historia, lo cual se resume en el cuestionamiento atribuido a ADOLF HITLER: “¿Quién se acuerda todavía hoy de los armenios?” (cfr. MARGALIT, AVISHAI. Ética del recuerdo. Herder, Barcelona, 2002, p. 67), que podría reformularse hoy, en los siguientes términos: ¿Quién se acuerda todavía hoy de las víctimas?, y cuya respuesta no puede ser otra que el Estado, sus instituciones y particularmente esta Sala Constitucional. (...)** (Negrillas y cursivas originales de la sentencia)

No entendemos por qué se trae a colación este razonamiento cuando, repetimos, la Ley de Amnistía no amparaba a aquellos que se encuentran procesados o ya condenados por delitos de homicidio o cualquier otro tipo conexo a los denominados delitos de lesa humanidad. Fuera del mal gusto en que incurre la Sala al citar un supuesto pensamiento de Adolf Hitler, los tipos considerados políticos según la anulatoria, se reducen a los contemplados por el mismo Gobierno que condenó a esas personas debido a móviles políticos. Al respecto señaló la Sala:

“(…) De manera tal que, la determinación de un delito político, en sentido estricto, viene dada principalmente por la consideración objetiva que respecto de éstos hace la **normativa penal al clasificarlos dentro de aquellos que atentan contra el Estado y sus instituciones**; mientras que, en sentido amplio, se suele incorporar un matiz subjetivo que atiende a la motivación altruista, extraindividual y de interés común del agente que lo comete; no obstante, en ningún extremo este análisis subjetivo, ha llegado a prescindir de la valoración objetiva y de las motivaciones del agente, para considerar como delito político a cualquier hecho punible común por el hecho de que haya sido cometido por una persona que de manera habitual o parcial se dedica a la realización de actividades políticas o partidistas. (...)

(…) Por ello, la Sala no puede permitir otorgar la constitucionalidad de una Ley que propenda a la anomia de la sociedad venezolana, en franco desconocimiento de sus valores y los principios y garantías que informan el Texto Fundamental. (...)

Como bien lo indicó en su momento el profesor José Ignacio Hernández<sup>92</sup>, la sentencia no controla la constitucionalidad de la ley de amnistía, sino que entra a valorar su “inconve-

<sup>92</sup> Hernández, José Ignacio. “Sala Constitucional del TSJ: el nuevo superpoder vs. la Ley de Amnistía”. En: *Prodavinci*, Caracas, edición del 12-04-2016 [Consulta: <http://prodavinci.com/blogs/la->

niencia” lo que según propios razonamientos la Sala dice que no puede entrar a conocer: *el mérito y oportunidad de por qué se sancionó dicho texto legal*. Ahora bien, si la Sala entra a considerar temas como la *conveniencia* o *inconveniencia*, prácticamente nos introduce en los laberintos de la función de gobierno, ya que, según los elementos políticos presentes y su incidencia sobre la estabilidad del sistema vigente el gobernante toma decisiones para preservarlos con el único fin de acallar todo peligro al sistema. Unos párrafos, que consideramos oscuros en su redacción confirman esta aseveración de intromisión inexcusable:

“(…) Así, la Sala tiene presentes hechos como la Masacre de Turén (1952); El Porteñazo (1952); Masacre de Cantaura (1982); Masacre de Tazón (1984); Masacre de Yumare (1986); Masacre del Amparo (1988) y El Caracazo (1989) entre otros, que como parte de la experiencia histórica compelen a no permitir una lectura del ordenamiento constitucional que genere, en palabras del Libertador, citado *supra*, una “*subversión de principios y de cosas, el orden social se resintió extremadamente conmovido, y desde luego corrió el Estado a pasos agigantados a una disolución universal, que bien pronto se vio realizada. De aquí nació la impunidad de los delitos de Estado cometidos descaradamente por los descontentos, y particularmente por nuestros natos e implacables enemigos, los españoles europeos, que maliciosamente se habían quedado en nuestro país para tenerlo incesantemente inquieto y promover cuantas conjuraciones les permitían formar nuestros jueces perdonándolos siempre, aun cuando sus atentados eran tan enormes que se dirigían contra la salud pública (...) ¡Clemencia criminal que contribuyó más que nada a derribar la máquina que todavía no habíamos enteramente concluido!*” (Bolívar, S. ob. cit. p. 28).

Conforme a los anteriores asertos, la interpretación o el conocimiento de una ley de amnistía en los actuales momentos no puede entenderse extendida a la consolidación de leyes de autoamnistía o de impunidad, en el marco de la comisión de delitos comunes, bajo el manto de una pretendida protección manipulativa de salvaguarda de los derechos humanos; ya que históricamente su extensión se ha restringido a los delitos políticos como señaló JIMÉNEZ DE ASÚA, citado por REQUEJO, J. L. (“Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”. *Revista Historia Constitucional*, N° 2, 2001), durante el debate constituyente español, cuando señaló que la amnistía queda determinada “*para los asuntos políticos de interés general*”. (...)” (Cursivas de originales de la sentencia)

Éticamente lo que se plasma en el fallo es maniqueísmo político puro, ya que, no puede ni remotamente compararse lo perseguido en el anulado proyecto de ley de amnistía y los terribles sucesos narrados por la sentencia sobre otros acontecimientos históricos que ciertamente representaron excesos imperdonables por las fuerzas de seguridad del Estado, algunos inclusive, condenados por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Por otra parte, subyace de los razonamientos jurisprudenciales que la ley de amnistía de 2016 tenía también como norte generar una incomprendible “ley de autoamnistía”, que no entendemos cómo pudiera elaborarla una Asamblea Nacional controlada desde 2016 por la oposición frente a un gobierno político e ideológicamente opuesto al frente del Poder Ejecutivo desde 1999. En ningún momento se contempló que la amnistía de 2016 amparara delitos políticos cometidos anteriores al año 1999.

#### 4. *Recapitulando: ¿existen las sentencias de gobierno?*

Haciendo una recapitulación, hemos observado entonces que, si bien el concepto de acto de gobierno está muy bien definido en Venezuela por la doctrina y la jurisprudencia, excluyendo claramente a los órganos jurisdiccionales porque en teoría no están habilitados consti-

---

sala-constitucional-es-el-nuevo-superpoder-a-proposito-de-la-ley-de-amnistia-por-jose-ignacio-hernandez-g/]

tucionalmente para ejercer funciones de gobierno; si podemos encontrar una base para la creación, a los efectos de su sola presencia como vicio y perversión del sistema, las denominadas <<**Sentencias de Gobierno**>>.

En vista a las características, patologías y conceptos estudiados en los párrafos anteriores, partiendo que no somos dados a la creación de neologismos por el afán de figuración –aunque siempre exista la tentación de la lógica jurídica conveniente<sup>93</sup>– si pudiéramos construir lo que en la filosofía del derecho se denominan “*definiciones transitorias*”. Las sentencias de gobierno, si bien no son una categoría que pertenezcan al derecho constitucional o procesal, implican graves consecuencias como las ya narradas, donde, el Poder Judicial asume funciones propias del gobierno para ayudarlo o protegerlo.

De esta manera entendemos por sentencia de gobierno:

*“Acto político revestido bajo la formalidad de una sentencia anómala con autoridad de cosa juzgada de la Sala Constitucional del TSJ, sin que medie una Litis o cuestionamiento sobre la constitucionalidad de un acto de otro órgano del Poder Público, cuyo objeto es coadyuvar, completar, sistematizar, esclarecer o fundamentar un acto de gobierno dictado por la Presidencia de la República”.*

Repasemos las características de esta categoría de sentencias pronunciadas en 2016 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

1° *Acto político revestido bajo la formalidad de una sentencia anómala con autoridad de cosa juzgada y solo dictado por la Sala Constitucional del TSJ.* Ciertamente si bien estamos en presencia de una sentencia formal, con sus prototípicos efectos de la cosa juzgada, el contenido del fallo sólo es equiparable a las materias que aborda el Presidente de la República o la Asamblea Nacional en sus correspondientes competencias para dictar los denominados actos de gobierno que ya estudiamos en las líneas precedentes. El contenido de lo decidido no se identifica con el clásico *Thema decidendum* característico y esencial de toda controversia judicial. Al contrario, se abordan muchas decisiones que ni siquiera se asoman a la resolución de conflicto alguno, conocido en términos forenses como la <*causa*><sup>94</sup>. Por otra parte, abusando y aceptando un falso dogma planteado por el Ex-Fiscal General de la República, Isaías Rodríguez, la Sala Constitucional concentra todo el poder<sup>95</sup>, para imprimirle a esta tipología de sentencias una fuerza más allá de los aspectos racionales de la cosa juzgada.

2° *Dictado sin que medie una Litis o cuestionamiento sobre la constitucionalidad de un acto de otro órgano del Poder Público.* En este aspecto, como lo sostuvimos, no hay que confundir actuación procesal de oficio, ni activismo judicial con voluntarismo judicial donde la Sala nos hace creer que existe un conflicto de constitucionalidad cuando lo único que subyace es la intención de gobernar vía sentencias. Ya pudimos observar que buena parte de las decisiones dictadas para anular o suspender las leyes y demás actos de la Asamblea Nacional fueron iniciados sin interés procesal alguno, es decir, sin que la propia AN hubiese concebido siquiera conflicto de palabras con la Presidencia de la República. Este es el más

<sup>93</sup> Véase Sánchez de la Torre, Ángel. *Crisis y recreación del Derecho*. Instituto de España, Madrid, 2001, pp. 9-60.

<sup>94</sup> Véase Ordóñez Solís, David. *Jueces, Derecho y Política. Los poderes del Juez en una Sociedad Democrática*. Editorial Elcano, Pamplona, 2004, pp. 77-82.

<sup>95</sup> Véase Rodríguez, Isaías. “Sala Constitucional tiene poder absoluto sobre la AN”. En: *Diario Últimas Noticias*, Caracas, edición del 04-08-2016 [Consulta: <http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/politica/isaias-rodriguez-afirma-la-sala-constitucional-poder-absoluto-la-an/>]

significativo elemento característico de las sentencias de gobierno, pues, la Sala Constitucional de la nada concibe Litis inexistentes que las reviste bajo problemas de constitucionalidad, bien sea a través del control concentrado, la controversia de poderes o la interpretación constitucional<sup>96</sup>. Es el empleo del poder hermenéutico del juez para usar tautológicamente dicha hermenéutica para aplicarla en problemas hermenéuticos que sólo están dentro del fuero interno de la Sala Constitucional.

3° *Cuyo objeto es coadyuvar, completar, sistematizar, esclarecer o fundamentar un acto de gobierno dictado por la Presidencia de la República.* En efecto, las únicas consecuencias directas e indirectas de estas sentencias son las supra señaladas, lo que implica en el fondo una suerte de co-gobierno. Las sentencias consultadas e identificadas demuestran que en ningún momento se protege a grupos identificables de ciudadanos, ni siquiera valores democráticos en peligro, sino, que su único fin es salvaguardar los supuestos “derechos” que tiene el Estado (*rectius*: la Presidencia de la República) para tomar decisiones de corte político. En el fondo, las sentencias de gobierno completan o barren los obstáculos, límites y restricciones de tipo constitucional que pudiera tener el Ejecutivo Nacional ejerciendo sus funciones de gobierno.

Como bien lo atinó el profesor Brewer-Carías su trabajo relativo al análisis de la sentencia N° 808 de fecha 02-09-2016<sup>97</sup>, el TSJ ha venido cercenando otros poderes para contribuir con Miraflores, inclusive, anulando actos futuros que ni siquiera la Asamblea Nacional tiene planificado dictarlos.

Cuando un Tribunal Supremo se constituye más allá de ser garante de la constitucionalidad de un país, y termina trasgrediendo las fronteras de su poder jurisdiccional para gobernar, que como dice López Daza, a veces pudiera ser posible en algunas situación de protección de algún derecho ciudadano donde no existan políticas públicas<sup>98</sup>; se resiente la Constitución misma al tensarse indebidamente la estructura democrática.

<sup>96</sup> Existe un precedente a esta creación artificiosa de Litis para luego resolver problemas políticos dentro entre los órganos del Poder Público venezolano. Es el caso relativo al período de los magistrados del TSJ (Sentencia N° 1.701 de fecha 06-12-2012, Caso: *Carlos Oberto Vélez*), donde, por palabras de la propia sentencia: “(...) Mediante oficio signado con el alfanumérico TPE-12-0097, de 15 de noviembre de 2012, la Presidenta de la Sala Plena, Magistrada Luisa Estrella Morales Lamuño, remitió a la Secretaría de esta Sala Constitucional comunicación dirigida por el Magistrado de la Sala de Casación Civil, Carlos Alfredo Oberto Vélez, a los demás integrantes de este Máximo Tribunal, en virtud “de la posible existencia de antinomia entre el contenido del artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y lo preceptuado en el artículo 47 eiusdem”, en relación con el planteamiento realizado por este último. (...)”. (Negrillas y subrayado originales de la sentencia). Como se puede apreciar, la Sala Constitucional entendió que una mera comunicación efectuada por otro magistrado debía entenderse como una solicitud de interpretación constitucional. Increíblemente lo que era una mera carta con interrogantes, la entonces Presidenta del TSJ entendió que el magistrado estaba planteando un problema de constitucional que debía ser resuelto a través de la acción de interpretación.

<sup>97</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. *La amenaza final contra la Asamblea Nacional para el golpe de Estado judicial: La declaratoria de nulidad total de sus actos y el anuncio del enjuiciamiento de los diputados por desacato*. Nueva York, 5 de septiembre de 2016 [Consulta: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20AME%20NAZA%20FINAL%20CONTRA%20LA%20ASAMBLEA%20NACIONAL%20sept.%202016.pdf>]

<sup>98</sup> López Daza, Germán Alfonso. *Ob. Cit.*, p. 176.

Los jueces no están llamados para resolver conflictos políticos que sólo le compete al liderazgo partidista o a cada sector de la sociedad según su grado de pertinencia. Hacerlo es incurrir en uno de los mayores temores del Constitucionalismo, tanto el histórico-moderno como el contemporáneo: *que nos terminen gobernando los jueces, el peor gobierno de todos los imaginados.*



# *Sentencia previa. La diferencia fundamental entre acto administrativo y sentencia judicial*

Gustavo Linares Benzo

*Profesor Agregado de Derecho Administrativo de la  
Universidad Central de Venezuela*

**Resumen:** Aunque algunas leyes como la LOPA y la LOAD establezcan que la Administración debe ser imparcial, ello no tiene base constitucional, tanto por la lista de principios que sí son exigibles a las Administraciones Públicas (art. 141 de la Constitución) como por el origen electoral y el papel político de éstas. En todo caso, esa imparcialidad no sería idéntica a la de los jueces y por lo tanto las Administraciones jamás podrían dictar sentencias. La imposibilidad de la imparcialidad administrativa hace necesario flexibilizar las exigencias sustanciales y procesales que se hacen al acto administrativo.

**Palabras Clave:** Administración pública, imparcialidad, acto administrativo.

**Abstract:** Impartiality is not a constitutional principle applicable to Public Administration. Notwithstanding some administrative laws, Administration electoral and political origin, requires a different approach to administrative acts substantial and procedural fundamentals.

**Key words:** Public administration, impartiality, administrative act.

## SUMARIO

- I. SENTENCIA Y ACTO ADMINISTRATIVO
- II. ADMINISTRACIÓN E IMPARCIALIDAD
- III. ¿UN LUGAR PARA LA DEFERENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO (Y CONTINENTAL)?
- IV. DISCRECIONALIDAD E IMPARCIALIDAD
- V. EL SUPUESTO DE HECHO COMO ELEMENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU DEPENDENCIA DE LA TEORÍA DE LA SENTENCIA.
- VI. CONFIRMACIÓN: LA TEORÍA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO; LOS ACTOS EN SERIE

Se asimilaban las decisiones administrativas a las sentencias; el administrador que se pronunciaba sobre una cuestión de administración, que afectaba a un particular, era considerado como juez que decide un verdadero debate entre el interés general y el interés privado. Si su decisión era impugnada más tarde ante un tribunal, se consideraba que el recurso del particular no era más que un recurso de apelación. (HAURIUO, Maurice. Prefacio a la 1ª edición de los *Precis de Droit Administratif* (1892) en *Obra Escogida*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1976, p. 24).

Ante la ausencia de legislación procedimental administrativa no puede pretenderse que los actos administrativos cumplan con todos los requisitos y formalidades que para las sentencias establece la legislación procesal civil. No es posible equiparar, en su aspecto formal,

la decisión gubernamental con la sentencia como acto típico que es de conclusión normal del proceso civil. (BREWER CARÍAS, Allan. *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, reproducido en Libro Homenaje a esa publicación, 1ª edición 1964, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, p. 490).

El simple catálogo de los conceptos que la doctrina aplica al acto administrativo permite identificar las dos fuentes principales donde esa doctrina los ha encontrado. Porque, como se ve enseguida, esos conceptos (objeto, causa, motivación, etc.) son todos o casi todos anteriores a la existencia misma de la categoría de acto administrativo en el lenguaje jurídico, que a lo más puede llevarse como muy temprano a finales del siglo XVIII. Esas dos fuentes son, para decirlo desde luego, la teoría de la sentencia y la teoría del negocio jurídico.

Los tres ejemplos anteriores pueden así sea preliminarmente encuadrarse en esas fuentes: objeto y causa son elementos del negocio jurídico y el supuesto de hecho y la motivación es un requisito de la sentencia. Esa adscripción a uno u otro origen puede hacerse con casi cualquier otro concepto de la teoría del acto administrativo; procedimiento, ejecución, son patrimonio de la doctrina procesal; vicios de nulidad o de anulabilidad lo son del Derecho de los contratos. Aunque no se trata de agotar todos los elementos y características del acto administrativo en este encuadramiento, sí de demostrar que el sólo análisis semántico ya revela el origen de su teoría en estos otros campos del Derecho.

Y no sólo su origen primero, alrededor de la Revolución francesa. Los préstamos del Derecho común al análisis del acto administrativo no dejan de producirse, como es obvio si se toma en cuenta que en buena medida ese Derecho común contiene la teoría general del Derecho, por un lado, y por otro que por más autonomía que se predique de cada rama del Derecho, la interconexión es intensa y permanente. Todos (la ley, la sentencia, los demás operadores jurídicos) usamos las mismas palabras y si no atendemos a su procedencia encontraremos identidades donde no hay más que analogías. O no encontraremos nada, como tantas veces ocurre en el Derecho Administrativo.

Constatar este préstamo histórico tiene una gran utilidad interpretativa tanto para el Derecho positivo como para la doctrina. Porque a nadie escapa que por más semejanzas o analogías que puedan darse entre la sentencia o el negocio jurídico y el acto administrativo, se trata de realidades muy distintas, radicalmente distintas. Tomar en cuenta esa distinción básica entre estas instituciones garantiza que, al operar con el acto administrativo, cuyas reglas vienen de otros lugares, se empleen los préstamos procesales y de derecho común en tanto sean compatibles con la naturaleza de este acto jurídico tan peculiar. Así, para poner un ejemplo, por más motivado que esté un acto administrativo, nunca será una sentencia porque la Administración no es un juez. Y qué equívoco, incluso, qué peligroso puede ser asimilar ésta a aquel.

Evitar el contrabando es la razón principal para discernir el origen de las reglas y principios del acto administrativo, pues. A ese discernimiento me dedicaré ahora, para luego aplicar sus resultados al análisis posterior.

## I. SENTENCIA Y ACTO ADMINISTRATIVO

Como ya se dijo, las categorías que la ley, los jueces y la doctrina aplican al acto administrativo están tomadas en sus orígenes de las teorías del Derecho común, bien sea procesal o civil. De éstas, la teoría de la sentencia tenía que ser fuente fundamental de la primerísima doctrina del acto administrativo, por la simple razón de que era el acto público del que más análisis jurídico se había hecho y el que más semejanzas guardaba con la novedad del Derecho Administrativo.

En efecto, cuando el Derecho Administrativo daba sus primeros pasos y construye la tesis del acto administrativo, lo único que tiene a mano en el mundo del Derecho Público para encontrar soluciones a los nuevos problemas que se plantean es la teoría de la sentencia, puesto que no cabía duda de que el administrativo era un acto público, estatal digamos sin entrar en las honduras del concepto de Administración, y la sentencia era el más parecido de los que se conocían y sobre todo el más regulado y estudiado. Lo que no podía decirse del acto del Rey, que en principio no estaba regido por el Derecho, pues el monarca era absoluto, también en el sentido de no sometido al ordenamiento, ni siquiera al que él mismo dictara. De esa teoría de los actos del Rey poco o nada servía para disciplinar la nueva categoría.

Tan es así, que el principio primerizo de que juzgar a la administración es administrar puede leerse también al revés: si el juicio a la administración es administrar, será a la vez administrativo y “judicial” en el sentido de equivalente o al menos parecido al juicio del juez. Qué más lógico que buscar su forma y sus reglas en el acervo del Derecho Procesal Común y así requerirle motivaciones y ejecuciones semejantes.

En estos comienzos, además, decir que el juzgar a la Administración era administrar servía a un propósito político, como era impedir que los tribunales judiciales franceses, los llamados parlamentos, controlados como estaban por la nobleza desalojada del gobierno por los revolucionarios, trabaran la acción del nuevo régimen con el expediente de hacer justicia. Muy conveniente a esta sustracción de la Administración al Poder Judicial era darles a los actos de la administración juez, el Consejo de Estado, la misma forma y los mismos contenidos de las sentencias propiamente dichas (Tocqueville, Alexis de. *El Antiguo Régimen y la Revolución*. 1ª Edición 1856, Fondo de Cultura Económica, México 1998, pp. 138-143).

Adicionalmente, la idea contemporánea de la independencia del poder judicial estaba naciendo, con lo cual no era particularmente chocante el riesgo que implicaba decir que la forma de los actos del gobierno era la misma de la sentencia, es decir, el riesgo de que se entendiera que las decisiones del gobierno eran equivalentes de las del juez y por ello no estaban en realidad sometidas al Derecho. No podía ser chocante esa confusión si hasta pocos años antes era parte de la constitución efectiva del Estado como monarquía absoluta.

Abundan por tanto las razones para entender porque se recurrió a la sentencia para darle forma jurídica al flamante acto administrativo. Pero ello en modo alguno altera la realidad elemental de que ambas figuras son esencialmente distintas, pues la sentencia es tal porque emana de un juez y en cambio el acto administrativo emana de la Administración, que no es un juez. Todas las demás consideraciones son secundarias ante este aserto: el riesgo de asimilar el acto administrativo a la sentencia es superlativo, pues significaría eliminarlo como categoría jurídica, literalmente lo sacaría del mundo del Derecho que por definición es el mundo del juez. Si la Administración es un juez, sería juez de sí misma, lo que es una contradicción en sus mismos términos.

Estos riesgos de equiparar acto administrativo y sentencia no sólo se refieren al aumento del poder de la Administración al inmunizarla frente a los jueces y en consecuencia frente al Derecho. También generan el riesgo contrario de judicializar lo administrativo y eliminar así el carácter político que es esencial a toda administración democrática, en el sentido de que tiene su origen en la voluntad del electorado.

Si la asimilación de acto administrativo y sentencia convierten a la Administración en juez, el siguiente paso lógico es decir que ésta no tiene posiciones constitucionales propias, independientes de la ley, por un lado, o de que cualquier discreción que le otorguen las leyes es *per se* injusta.

La Administración, así, no sólo habla las palabras de la ley, como decía Montesquieu de los jueces; también tiene sus propias palabras, como la política internacional y el manejo de la Fuerza Armada, por ejemplo, o la iniciativa presupuestaria para el gasto público (artículo 236, numerales 4, 5 y 11 de la Constitución). Un juez no tiene, en este sentido, nada distinto que decir que lo que diga el Derecho. Así que esta equiparación de acto administrativo y sentencia es riesgosa por el aumento indebido de poder que puede darle a la Administración, pero también por la disminución indebida de ese poder que puede generar.

De allí la importancia capital de distinguir lo aplicable de la teoría de la sentencia de lo que no lo es a la hora de utilizarla para analizar y regular el acto administrativo. Para empezar, al hilo de lo que se está diciendo, es primordial percatarse de que la sentencia no es un acto de un sujeto de Derecho, sino del Derecho mismo, para decirlo de algún modo. Sujeto de derecho significa un centro de imputación, normalmente una persona, bien sea natural o jurídica, pero también significa al mismo tiempo y por idéntico título que ese sujeto está *sujeto*, sometido, al Derecho, al ordenamiento jurídico. Los tribunales en tanto que tribunales no son sujetos, no son centros de imputación, sino los órganos estatales que deciden esas imputaciones, ni mucho menos están sujetos, sometidos al Derecho, sino que lo conocen y lo dicen: *iura novit curia, iuris-dictio*.

Bastan estas observaciones elementales, que no requieren de profundizaciones sobre por ejemplo la responsabilidad del Estado juez (que no del juez a secas) o de la posibilidad, muchas veces realidad, de la sentencia injusta, para comparar a los tribunales con la Administración y sus actos. Esta es un sujeto de Derecho y por ello está sujeta al Derecho, sujeción que es precisamente el objetivo, el fin, la razón de ser del derecho Administrativo, esa novedad asombrosa que aparece a finales del siglo XVIII y que lo sigue siendo a pesar del tiempo. Nada en que asemejarse a un tribunal, a un órgano del Poder Judicial.

De nuevo, los viejos lemas pueden ilustrar. La famosa frase de HARIOU “se juzga al acto (administrativo) como en la Edad Media se juzgaba a un cadáver” no es cierta si se dice de la sentencia, por la sencilla razón de que el expediente de juzgar al acto administrativo y no a la Administración, al cadáver, evitaba el incómodo político de juzgarla, juzgándola de todas maneras. En el caso de las sentencias a nadie interesa juzgar a un sujeto, a un juez, sino en todo caso a una sentencia, y haciéndolo a través de los recursos disponibles, terminaba siendo definitivamente firme y así terminaba todo juicio. En el caso de la Administración, el contencioso de nulidad en sí mismo confiesa que se trata de juzgarla, de llevar a juicio a un sujeto, pero sin importunarlo; en el caso de la sentencia, contenciosa o de otra jurisdicción, no hay problema en juzgarlas porque no hay sujeto que molestar.

## II. ADMINISTRACIÓN E IMPARCIALIDAD (EL ÚNICO TRABAJO MONOGRÁFICO QUE CONOZCO SOBRE LA IMPARCIALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN VENEZUELA ES EL LÚCIDO ARTÍCULO DE CARMELO DE GRAZIA LOS PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD Y OBJETIVIDAD EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.)

Estas tesis deben demostrarse con Derecho positivo venezolano. Para empezar, debe probarse la radical separación de juez y administración que es su base, y el concepto básico a examinar para esa tarea es el de imparcialidad. El juez debe serlo, es su esencia, pero los excesos judicialistas del Derecho Administrativo y del acto administrativo en particular han llevado a exigir esa misma imparcialidad de la Administración. ¿Es así? ¿Es la Administración Pública una entidad sin intereses propios, que, para seguir con la idea anterior, sólo hablaría las palabras de la ley, como un juez? *Quid iuris* de la imparcialidad de la Administración?

Cuando la Constitución se refiere expresamente a la Administración Pública, en un apartado sin precedentes en nuestro Derecho Constitucional, copiando casi literalmente la Constitución española para decir que ésta se somete “plenamente a la ley y al derecho” (art. 141), lista una serie de valores que debe respetar en su actuación, como la responsabilidad y la eficacia, pero no la imparcialidad. Esta característica, en cambio, se menciona en otras ocasiones, pero siempre para otros poderes públicos, especialmente para los tribunales, cuya “imparcialidad” debe garantizarse (art. 256); los jueces son personalmente responsables por “parcialidad” (art. 255), luego deben ser imparciales; el poder electoral debe ser imparcial (arts. 293 y 294); paradójicamente la FAN no puede estar al servicio de parcialidad política, luego debe ser imparcial también (art. 328); el juez imparcial es requisito esencial del debido proceso (art. 49, 3).

Ciertamente, el artículo 145 de la Constitución repite la norma tradicional en nuestro derecho constitucional (*vgr.* Art. 122 C 1961) de que los funcionarios públicos están al servicio del Estado y no de “parcialidad alguna”. Pero es evidente que aquí parcialidad no se refiere a un principio de actuación sino a un grupo político o de otra índole distinto al Estado, como sería el caso de un partido político o un grupo de presión. Significa lo mismo, pues, que la expresión idéntica referida a la Fuerza Armada ya citada (art. 328).

Se mantiene la conclusión: la Constitución no establece una Administración Pública imparcial, al menos en el sentido que sí lo exige para otros poderes públicos, como al Judicial o al Electoral.

¿Y qué de la ley? Comencemos por la ley administrativa fundamental, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA). De una vez entrega su decisión por la imparcialidad en el artículo 30, que entre otros establece como principio con arreglo a los cuales se desarrollará la actividad administrativa la “imparcialidad”. Sigue diciendo el aparte del mismo artículo, un poco crípticamente, que “las autoridades superiores velarán por el cumplimiento de estos preceptos cuando deban resolver cuestiones relativas a las normas de procedimiento”. Por interpretación a contrario, estos preceptos no se aplicarían a los problemas sustantivos, podría decirse, lo que inmediatamente se reduce al absurdo, porque entonces la administración tendría que ser pródiga, ineficaz y lenta en lo que no tocara el procedimiento, pues los demás principios o preceptos que lista el artículo son la economía, la eficacia y la celeridad. Así que para la LOPA la Administración debe ser imparcial, en el sentido de principio de actuación.

Más reciente, sobre todo dictada vigente la actual Constitución, es la Ley Orgánica de Administración Pública (LOAP). Su artículo 10 incorpora a la lista de principios que rigen la actividad administrativa muchos otros, entre ellos expresamente el de “imparcialidad”. Este artículo 10, que se ha mantenido inalterado desde la primera LOAP de 2001, es muy interesante a los efectos de este análisis, porque esta incorporación de principios se produce reproduciendo literalmente el ya referido artículo 141 de la Constitución, pero añadiendo nuevos. Se trata de una clara transformación de la norma constitucional, que cambia el orden de sus principios, aunque los mantiene y añade otros a discreción.

Hay que buscar entonces el origen de la imparcialidad que exige la ley, que no la Constitución, a la actividad administrativa: es una importación española, al igual que el capítulo de la Constitución de 1999 referida a la Administración Pública. En ésta, el constituyente tuvo el acierto de distinguir, de pasar por la aduana y ejercer control sobre el producto importado; en aquéllas, LOPA y LOAD, se importó sin la debida inspección. En efecto, la administración española es distinta del gobierno, para el que reserva un capítulo distinto. El equívoco se hace así evidente: la imparcialidad como principio de la actividad administrativa puede exigirse a

una Administración pública apolítica, profesional en el sentido de neutra, como es la tradición europea y específicamente española, pero no a un régimen administrativo americano, basado en principios distintos, sobretodo caracterizado por la sustancia política de la Administración.

Ante este contraste entre la Constitución, que no obliga a la Administración a ser imparcial, y las leyes administrativas fundamentales (y otras también) que expresa y rotundamente exigen una administración imparcial, podría decretarse la inconstitucionalidad de estas normas. Sin embargo, demasiado rotunda conclusión para arribar de sólo el silencio de la Constitución frente a una decisión del legislador, que podría ser válida como ejercicio de su libertad política. El camino intermedio lleva a requerir un concepto de imparcialidad administrativa menos intenso que el judicial, pero cierta objetividad, sí.

No es tarea de este trabajo ensayar ese camino entre dos extremos, pero baste con que este espiguelo de textos confirma la tendencia que le dio inicio: sea como sea, la imparcialidad de la Administración no es la imparcialidad constitucionalmente exigida a los jueces, luego, la Administración no es un juez ni el acto administrativo una sentencia. Discernimiento, pues, entre los préstamos de la doctrina procesal judicial y los elementos del acto administrativo. Emprendamos ese discernimiento.

### III. ¿UN LUGAR PARA LA DEFERENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO (Y CONTINENTAL)?

Patrimonio del Common Law, que no sería traducible por Derecho común, es el concepto de deferencia. Para decirlo desde luego, sería la regla general de entender que la decisión administrativa está ajustada a Derecho y que sólo por razones de peso es dado a los jueces separarse del criterio administrativo y decidir de manera distinta a lo que ya hizo la Administración, en su caso inclusive anular el acto de que se trate. Ciertamente, el lugar propio de esta doctrina es la potestad reglamentaria de la Administración (rule making) y menos la emisión de actos que en nuestro Derecho llamaríamos de efectos particulares.

En esta estructura del acto administrativo he asumido una definición que deja fuera a los actos normativos, siguiendo en esto a García de Enterría y apartándome de nuestra tradición. Aunque entender que las normas emanadas de la Administración son también actos administrativos inclusive tiene base positiva, nadie niega que son sustancialmente distintas de los actos particulares, tan distintas como la norma general puede serlo de la decisión concreta. Así que metodológicamente al menos permítaseme esta distinción y seguir esta pesquisa por la senda de si la deferencia anglosajona puede existir para el acto administrativo de efectos particulares, pues pareciera que el campo es fértil para aceptarla es el caso de los actos de efectos generales. De una vez se aprecia que aplicar la teoría de la deferencia sin matices a los actos de efectos particulares sería equivalente a la presunción de legalidad de los actos administrativos, o casi, de la que discrepo abiertamente como se verá más adelante.

Pero una negativa rotunda de un cierto respeto a la decisión administrativa equivaldría a identificar sentencia y acto administrativo, pues éste no sería más que una suerte de “sentencia previa”, por una expresión poco técnica pero muy gráfica, pues de lo contrario sería nulo. Pero ¿no es éste precisamente el contenido del principio de legalidad? ¿No es este principio capital al Derecho Administrativo una manera de decir que el acto administrativo tiene que ser idéntico a la sentencia que eventualmente resuelva un recurso de nulidad contra él?

Paradójicamente, en tanto sometidos al Derecho, los actos administrativos son una sentencia previa, pues precisamente esto es lo que significa ese sometimiento: que en definitiva la última palabra la tendrá el juez, hasta entonces todo es provisional. Por esa razón, no cabe

la deferencia en materia de actos administrativos de efectos particulares, sino estricto cumplimiento de la ley. La deferencia, en todo caso, sólo sería aceptable en el caso de los actos normativos, nunca en los particulares.

En un acto de efectos particulares lo que puede existir es discrecionalidad, cosa muy distinta de la deferencia como es entendida por los anglosajones. En la discrecionalidad no hay ninguna preferencia para la solución administrativa del caso, preferencia que podría ser revertida si el juez encuentra razones suficientes. Si existe discrecionalidad y el acto se dicta dentro de sus límites, el juez no puede anularlo ni modificarlo, pues el Derecho no se lo permite. Dentro de la discrecionalidad, todas las soluciones son justas, con la feliz frase de García de Enterría. Tanto, que el juez carecería inclusive del poder mismo de dictar justicia, carecería de jurisdicción, como sabiamente ordena el artículo 59 del CPC.

Que el acto administrativo sea una sentencia previa parece chocar con todo lo que se viene diciendo, pues entonces que sus elementos se importen de la teoría de la sentencia idénticos a como lo son en el campo del Derecho común es exigencia mínima de su naturaleza. En realidad, el acto administrativo es *como* una sentencia previa, pues se parece a ésta en mucho, menos en lo esencial: que no está dictado por un juez. El acto administrativo es como una sentencia previa solamente en lo que el Derecho prescribe, pues si se aparta de esa prescripción el juez lo anulará o lo reformará. Pero no puede decirse que sea una sentencia en el sentido de que diga el Derecho, pues ese decir sólo es válido en boca de un juez.

En otras palabras, el acto administrativo es *como* una sentencia en tanto que la Administración debe aplicar el Derecho como un juez, pero no es como una sentencia en tanto que su autor no es un juez. Eso significa, como se dijo, que la interpretación del Derecho que hace la Administración no es definitiva, que esté sometida a la palabra definitiva del tribunal; pero también, que el ordenamiento pueda darle libertad a la Administración para decidir, que le otorgue discreción para optar entre varias soluciones justas, precisamente porque no es un tribunal, libertad y discreción que nunca un juez puede tener.

#### IV. DISCRECIONALIDAD E IMPARCIALIDAD

Como ocurre en casi todos los temas importantes del Derecho Administrativo, en éste la discrecionalidad es protagonista. Por definición, discrecionalidad es un espacio de libertad frente al Derecho, es decir, frente al juez, y de esa libertad nunca gozan los tribunales. Estos no tienen más vida que aplicar el ordenamiento, nunca tienen discrecionalidad, pues crearían el Derecho, serían legisladores, y no pueden serlo en una democracia porque no son electos.

Alguna jurisprudencia parece haberse referido al tema. Así, la SC ha dicho que, en materia sancionatoria,

la administración, en relación a la actividad sancionatoria, tiene como nota característica la discrecionalidad, la cual no puede equipararse en modo alguno a la que prescribe el derecho penal, pues en este ordenamiento, cuando han de aplicarse reglas para aumentar o rebajar la pena, se cuenta previamente con la clara identificación de las circunstancias que atenúan o agravan el delito cometido... (Sent. de 05-08-2008, caso *Ziomara Lucena*).

Pareciera que la Sala está diciendo que la discreción administrativa cabe cuando estamos ante la acción de la Administración, pero que en caso de la aplicación judicial de la ley inclusive en un caso sustancialmente idéntico (atenuante y agravante) el juez carece de ella. Más allá de la solución al tema de la discrecionalidad administrativa en materia sancionatoria, que en mi opinión no podría existir dado el carácter para penal de ésta, esta decisión puede verse como al menos indicio que en nuestra jurisprudencia la administración puede tener discrecionalidad y el juez no.

La analogía entre acto administrativo y sentencia es sólo eso, analogía; analogía que se basa en muchas semejanzas pero en dos grandes diferencias: primera, la Administración no es juez, no es imparcial, por ello sus decisiones no dicen el Derecho y están sometidas a lo que éste diga por boca del juez; segunda, la Administración puede tener discrecionalidad, libertad, espacios ajenos al Derecho y por lo tanto a la potestad judicial, como nunca puede tenerlos un tribunal, cuya única actividad es la aplicación del Derecho.

La Administración no tiene imparcialidad, luego no es un juez, luego no dice el Derecho y a aquél y a éste está sometida; el juez no tiene discrecionalidad, nada puede hacer si el Derecho no lo prescribe; la Administración puede tener discrecionalidad, y dentro de ella el juez nada puede hacer. La analogía entre sentencia y acto administrativo es máxima, pues, cuando no hay discrecionalidad, y mínima cuando la hay.

## V. EL SUPUESTO DE HECHO COMO ELEMENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU DEPENDENCIA DE LA TEORÍA DE LA SENTENCIA

### 1. *Los actos completamente reglados como "sentencia previa"*

De todos los elementos del acto administrativo, el llamado supuesto de hecho es el más revelador de la influencia de la teoría de la sentencia en la de ese tipo de acto estatal. Pues que el acto administrativo deba partir de una norma como su desencadenante, como si la Administración para actuar comenzase por buscar una disposición legal cuyo supuesto de hecho calce con lo que tiene entre manos, es replicar para la Administración Pública el esquema que la doctrina procesal desde Calamandrei emplea para describir el oficio del juez.

Pero basta haber ejercido así sea un instante la función pública para percatarse de que esa no es la realidad administrativa. Esta está hecha de órdenes superiores y en consecuencia de iniciativas, de políticas; de política, en una palabra. Los jueces no reciben órdenes, salvo en casos patológicos, los funcionarios sí. Que las órdenes deban tener base legal viene exigido desde el comienzo de nuestra historia constitucional, hoy por el artículo 25, pero que tengan base no impide que sean órdenes, es decir, que supongan una iniciativa.

La modulación que esta realidad administrativa produce sobre la teoría del supuesto de hecho debe apreciarse sobre todo en el caso de los actos reglados o al menos en los elementos reglados de cualquier acto administrativo. Comencemos con los actos completamente reglados y, de allí, a la teoría de los sectores administrativizados.

Es perfectamente posible, y de hecho se da en la práctica, la existencia de actos administrativos completamente reglados, entendidos éstos como ausencia completa de libertad para la Administración en su acto; al Administración funcionaría como una máquina, estando fatalmente reducida a decidir de una sola manera, una sola solución justa. Desde luego se ve que si en algún caso se parece a un juez y por lo tanto el acto a una sentencia es en éste. Pero cabe una distinción adicional.

Estos actos completamente reglados pueden existir (para ser más preciso, puede existir una norma que habilite a la Administración a dictarlos) en áreas de la vida hasta entonces dejadas a la libertad individual, y que sólo en virtud de leyes de intervención sobre esas áreas pasan a ser reguladas por la administración pública. Ejemplo manido: la identificación.

Esta regulación que autoriza al gobierno a exigir a todo habitante un documento emanado de la Administración que contenga su nombre, otras características y un número distinto al de todos los demás, se inicia no hace mucho en Venezuela y comienza sobre la nada, es decir, antes de la primera normativa sobre identificación nada semejante existía, a los efectos de esta argumentación ni siquiera un juez podía requerir este tipo de documentos.

Aunque es a partir del 3 de Noviembre de 1942 que se inicia la cedulaación de venezolanos con la expedición de la Cédula de Identidad N° 001, otorgada al Presidente de la República, Isaías Medina Angarita, es el 28 de septiembre del 1946, con el Decreto N° 409, que se dicta la primera disciplina de la materia, al reglamentarse el Servicio Nacional de Identificación, no es hasta el 26 de Agosto de 1971 que es promulgada la PRIMERA Ley Orgánica de Identificación (*Gaceta Oficial* N° 29594, quedando derogado el Decreto Ley N° 409 mencionado y sus disposiciones relativas a la identificación de las personas naturales.

Allí encontramos el establecimiento *ex novo* de una intervención administrativa que antes no existía: el artículo 2° de la ley establecía que

Es obligatoria la Identificación de las personas naturales y corresponde al Estado garantizar que todos los ciudadanos sean debidamente identificados.

No se trata, entonces, de lo que puede llamarse un sector administrativizado, como se verá, sino de un sector administrativo establecido sobre lo que hasta entonces correspondía a la libre voluntad particular y, de ser el caso, a los tribunales.

Entonces, le ley puede y de hecho así lo hace, establecer agotadoramente todos los elementos del acto administrativo de identificación, la cédula. Así los artículos 6 y 7 de la Ley de Identificación

Artículo 6°. Todos los venezolanos y venezolanas, desde el momento de su nacimiento, tienen derecho a poseer como medio de identificación el acta de nacimiento, con su respectivo Número Único de Identidad (NUI), otorgada por el Estado a través del organismo competente en materia de Registro Civil, y una vez cumplidos los nueve años de edad se les otorgará la cédula de identidad emitida por el órgano competente en materia de identificación.

Artículo 7°. Los venezolanos y venezolanas a partir de los nueve años de edad tendrán derecho a tramitar la cédula de identidad de forma gratuita, en los casos de expedición, pérdida, deterioro o cualquier otra modificación de los elementos de identificación.

La emisión de cédula de identidad no tendrá limitación alguna, más que la presentación del acta de nacimiento original y copia para los venezolanos por nacimiento, y la presentación de la carta de naturalización o *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela para los venezolanos por naturalización.

Todos los venezolanos tendrán derecho, el Estado concederá, no tendrá limitación alguna, requisitos únicos: presentación de la partida de nacimiento. Se trata de una norma particularmente clara en lo absolutamente reglado del acto al que da base, nada queda a la administración salvo su ejecución. Y de fallar, de no otorgar la cédula a quien presente la partida de nacimiento, el juez deberá otorgarla si es requerido a ello bien por nulidad o por abstención. Se trataría, así, de una suerte de "*sentencia previa*", porque la Administración debe actuar como luego actuaría el juez si ésta no cumple la ley.

## 2. *Los sectores administrativizados*

Sin embargo, el ordenamiento prevé casos donde el símil de la "*sentencia previa*" no es tan evidente, o no lo es en absoluto. Comencemos por uno de los sectores más conflictivos, origen de casi toda la jurisprudencia sobre los límites entre jurisdicción y administración, el Derecho del Trabajo, y sobre todo por la Administración Pública laboral.

### A. *La Administración laboral*

Quizás este carácter fronterizo del Derecho laboral se deba precisamente a que en él jurisdicción y administración se parecen tanto, y ese parecido viene entre otras cosas porque se trata de un sector administrativizado, es decir, en el cual la ley sometió a la Administración Pública un área de la vida, las relaciones entre trabajadores y patronos, que hasta entonces era de Derecho común, sometida sólo al juez.

El artículo 1629 del Código Civil, idéntico en la actualidad a como fue promulgado originalmente en 1942, dice que el contrato de trabajo se regirá por la legislación especial. La sola presencia de esa norma en el CC remite a un momento anterior en que no era así, en que las relaciones laborales se regulaban por el Derecho común. En efecto, en el Código Civil anterior, de 1922, se disciplinaba el contrato de trabajo como uno más, denominándolo contrato de arrendamiento de servicios, aunque contenía algunas normas especiales sobre la relación entre “sirviente” u “obrero” y el patrono o “locador”, y dejaba a salvo la posibilidad de leyes y reglamentos especiales en la materia (Cfr. PARRA ARANGUREN, Fernando Ignacio. *Antecedentes del Derecho del Trabajo en Venezuela 1830-1928*. Fondo Editorial Nacional, Caracas, Venezuela, 1999, pp. 61-69). Se trataba, pues, de una materia fundamentalmente dejada a la libertad de los particulares y, sobre todo a nuestros efectos, en la cual no se establecían competencias de la Administración Pública ni existían dependencias de ésta que las ejercieran: el Derecho del Trabajo, si podía hablarse así, o no existía o en todo caso era aplicable nada más por los tribunales. El análisis del acto administrativo como una “*sentencia previa*” en esta materia era imposible, pues en el mundo laboral no existían tales actos administrativos.

Hay que esperar la primera ley del trabajo (1928), para que aparezca la Administración en el mundo del trabajo. Según los tratadistas de la materia, esta ley no tuvo mayor aplicación y en consecuencia el análisis que se anuncia debe comenzar por la histórica ley de 1936: la Ley del Trabajo del 16 de julio de ese año, publicada en la G.O. de la misma fecha.

Su artículo 145 no deja lugar a dudas del giro copernicano que toman las cosas:

El cumplimiento de la parte administrativa de la presente Ley estará a cargo de la Oficina Nacional del Trabajo (...)

Novedad espectacular frente a lo que hasta entonces era un contrato más, regido por el CC y dejado a la libertad particular y a los jueces. Ahora se somete ese sector de la vida, las relaciones de trabajo, a una nueva autoridad distinta y paralela a los tribunales, el Ejecutivo a través de un órgano desconcentrado, la Oficina Nacional del Trabajo.

La ley tiene una parte administrativa y un órgano administrativo que la administra: se está administrativizando el sector, valgan todas las redundancias.

Establecido el órgano, se le otorgan potestades, la más importante la sancionatoria. Hasta entonces, salvo normas aisladas, la relación de trabajo no se normaba por dispositivos cuya violación se sancionará por la Administración; la sanción era civil, si puede hablarse así, constituida por las condenas que el juez dictaba a quienes incumplieran los contratos respectivos. Ahora la Administración sancionaba, es decir, garantizaba el cumplimiento de la ley, y por ello de los derechos de los trabajadores, mediante el arma jurídica poderosa de las sanciones administrativas.

Puede verse, así como todo el título X de la ley (arts. 200-232), prevé varios tipos sancionatorios que incluyen el irrespeto a los límites de días hábiles (art. 209), a la duración máxima de la jornada (art. 211), a las disposiciones sobre higiene y seguridad industrial.

Merecen particular análisis respecto del tema que se está tratando los tipos que califican como faltas incumplimientos estrictamente contractuales, como la mora en el pago del salario (art. 206) o el incumplimiento de las cláusulas irrenunciables del contrato de trabajo (art. 207). Es decir, se asigna a la Administración potestades sobre lo que hasta entonces era exactamente el contenido de decisiones judiciales, nada menos que relacionados con el cumplimiento de contratos.

Esta administrativización, que no ha hecho más que acentuarse en las sucesivas reformas de la legislación laboral (así, LOT 1997 Título IX, arts. 586 y ss.), es mucho más que una simple interposición de una autoridad administrativa en el camino de lo que hasta entonces sólo podía ser un proceso judicial. No se trata, así, de crear una aduana administrativa que sencillamente actuaría como el juez, pero vez primera, para que luego el juez, por la vía procesalmente distinta de la nulidad, pero de resultados materiales iguales a una sentencia de Derecho común, repitiera la misma orden u ordenara lo jurídicamente correcto que la Administración debía hacer y no hizo.

No se trata de una simple aduana porque estas administrativizaciones no sólo establecen un aparato administrativo al que someten un sector de la vida hasta entonces sólo sometido a los tribunales, sino que lo hacen en aras de una decisión de conformación social novedosa, de cambio de la regulación sustantiva que hasta ella aplicaban los jueces y sólo ellos. Esto es clarísimo en este primer ejemplo del Derecho del Trabajo, cuya legislación crea la Administración laboral pero para aplicar un Derecho cuyo objetivo expreso es proteger a los trabajadores frente al patrono, en virtud de que su carácter de asalariado, dependiente en consecuencia del patrono para su subsistencia, hace imposible una relación de igualdad entre ellos, que era la ficción que daba base a un contrato de trabajo puramente civil, como era hasta la aparición de la nueva legislación.

Un aparato administrativo así establecido, con un propósito sustancial consagrado en la misma ley que lo establece, tiene que significar un plus frente al mero cambio de legislación. Obvio, porque bastaría el cambio para que éste fuera aplicado por los tribunales, sin necesidad de autoridad administrativa alguna: si antes los tribunales decidían los conflictos laborales conforme al Código Civil, sería perfectamente posible que ahora lo hicieran con base en la nueva legislación laboral, como de hecho lo hacen en los casos donde no se requiere intervención administrativa.

El aparato administrativo, pues, tiene una finalidad y unas potestades más allá de la mera aplicación de la ley en términos idénticos a como lo haría el juez si la Administración no existiera. Cuál sea ese plus es a lo que me dedicaré ahora, comenzando por el examen del Derecho positivo en este primer campo de análisis, el Derecho laboral.

Dejando de lado la primera ley del trabajo venezolana, de 1928, promulgada pero nunca aplicada, la primera norma con vigencia efectiva fue la ley del trabajo de 1936. Ya desde sus primeros artículos aparecía el objetivo de la nueva disciplina, la protección del trabajador. Sobre esa base se establece un aparato administrativo, lo que de por sí indica que el nuevo objetivo tiene una manera especial de lograrse: el paladín del obrero es el gobierno, es el Ejecutivo, es la Administración.

Como se dijo, hubiera sido posible la misma legislación laboral sin administración que la ejecutara; era posible una legislación laboral en manos de los jueces. Pero esa no fue la decisión legislativa, sino el novedoso expediente de establecer órganos especializados dentro del Ejecutivo. Pero el método de aplicar la ley era más que meramente instrumental. La opción por administrativizar la vida laboral era parte importante del mismo objetivo material que se buscaba. No bastaba una nueva legislación, era necesario un nuevo ente que la administrara, distinto a los jueces y que no podía ser otro que el Ejecutivo. Tenía que ser un ente de naturaleza política, un ente que desde su misma creación pudiese estar parcializado en favor del obrero.

Es muy claro para la doctrina procesal que en estos casos la Administración no cumple un mero trámite y que deba decidir como si fuera el juez. A estos efectos no vale el ejemplo de la nulidad de los actos administrativos. No valía cuando podía entenderse así, es decir,

cuando el ejercicio de los recursos administrativos era un requisito de admisibilidad del recurso de nulidad, lo que ya la concepción subjetiva del contencioso y en alguna medida la Constitución de 1999 eliminó, ni mucho menos ahora, porque lo que ocurre en estos casos de administrativización no es la introducción de un mero presupuesto procesal de la acción de nulidad, o sea el acto administrativo, sino el evento mucho más rotundo de una falta de jurisdicción de los tribunales, como bien dice el artículo 59 del CPC respaldado por infinita jurisprudencia.

Así, en el caso del Derecho laboral es muy evidente, la Administración, que como vimos no es imparcial ni puede serlo, nace expresamente parcializada, más o menos parcializada, su intervención se entiende en beneficio de un determinado sector, aquí los trabajadores.

Entonces, hay un plus de libertad de decisión para el funcionario cuando decide en estas materias administrativizadas, producto de las claras orientaciones de las leyes laborales en favor del trabajador. Ese plus que venimos investigando es un mínimo de discrecionalidad, una cierta discrecionalidad, en la aplicación de la ley laboral que el juez debe respetar, de modo análogo a como los tribunales norteamericanos otorgan deferencia a las decisiones administrativas generales, pero en este caso en el campo de los actos administrativos de efectos particulares propios de la legislación laboral.

Es así perfectamente posible que la Administración del Trabajo se incline en determinados momentos por una mayor protección de los trabajadores y aplique criterios muy estrictos para decidir en favor del patrono: esa inclinación debe ser respetada por el juez. Y por la misma razón, la Administración puede en otros casos ser menos estricta contra el patrono y decidir más frecuentemente en su favor. Todo esto, por su misma naturaleza, por razones políticas, de cambio en la orientación general del gobierno o específicamente de su política laboral.

Se ve de inmediato que esta libertad jamás sería permisible para un juez, que como hemos dicho carece completamente de ella. Los jueces no tienen discrecionalidad y sus opiniones políticas no tienen relevancia jurídica alguna: la política de los jueces debe ser idéntica a la política del constituyente y a la del legislador que sea compatible con ella, con la Constitución. En consecuencia, para mantener esa neutralidad, los tribunales deben respetar las decisiones administrativas laborales como principio general, y sólo anular aquéllas claramente ilegales. No se trata de una presunción de legalidad, que en mi opinión no existe en Venezuela, sino del respeto por la legítima discrecionalidad que es esencial, inherente a la administrativización de un sector de la vida, en este caso del laboral.

Se comprenderá mejor esta deferencia judicial a la venezolana si se compara el escrutinio que debe realizar un juez sobre los actos administrativos laborales con el análisis propio de una sentencia de segunda instancia o de casación. En este caso no hay deferencia alguna, el juez no debe ninguna simpatía a la decisión de instancia, sino que revisa y decide de nuevo el caso, en el mismo o en distinto sentido de la sentencia del tribunal de primera instancia, revocando esa decisión si considera que viola la ley.

En cambio, si en materia administrativa laboral el juez que decide un juicio de nulidad lo hiciera como en una apelación, como si el acto recurrido fuera una sentencia, nada tendría de útil someter el asunto a la Administración y caeríamos en el problema ya analizado de entender el acto administrativo como si fuera una sentencia, que no lo es y menos cuando se emite en un sector administrativizado.

La legislación laboral ofrece claros ejemplos de estos actos administrativos que por más que deban estar ajustados a Derecho, como es obvio, no pueden reputarse como si fueran una simple "*sentencia previa*", necesariamente idéntica al fallo judicial pero dictada por la Ad-

ministración. Así, en la homologación de las convenciones colectivas del sector privado (arts. 450 y 451 LOT), la ley atribuye a los inspectores del trabajo la decisión de homologar estas convenciones, ordenando las subsanaciones que procedan o decidiendo la homologación solamente de las cláusulas que respeten el orden público. Llamado a revisar esta decisión, el juez no puede simplemente sustituir el criterio del funcionario, sino que, salvo claras ilegalidades, debe respetarlo presumiendo que responde a motivaciones de política laboral. De este modo, el cambio de criterio de una administración a otra sería válido, sin que signifique una violación del precedente administrativo previsto en la LOPA (art. 11).

El procedimiento de calificación de despido (arts. 422 y ss. LOT), también presenta esta característica: la Inspectoría goza de una presunción de correcta decisión más amplia que en los casos de potestades completamente regladas, y el escrutinio del juez en estos casos de calificaciones no puede ser tan intenso como en éstos. Esa deferencia, para usar el término, permitirá igualmente que sean legales criterios distintos. Que la ley prevea las instrucciones es una clara señal de que la Administración puede tener criterios propios y cambiantes, parcializados pues, en la aplicación de la ley en estos casos. El inspector del trabajo no es un pre-juez, ni sus actos son pre-sentencias. Hay en estos casos de administrativización un plus de libertad que se basa en la no imparcialidad de la administración, en su condición política.

#### B. *Otros sectores administrativizados*

La banca es otro sector fuertemente administrativizado, al punto de que algunos han llegado a hablar de una expropiación regulatoria. Las potestades del Ejecutivo, tanto del ministerio competente como de la superintendencia, así como del Banco Central de Venezuela, se caracterizan por una fuerte discrecionalidad en el ejercicio de sus potestades, lo que ya hace imposible entender los actos administrativos correspondientes como meras sentencias previas, por todas las razones mencionadas. Pero inclusive en el caso de potestades regladas, las autoridades bancarias pueden cambiar sus precedentes precisamente por un cambio de políticas, de una más favorable a la libertad de los bancos a una más restrictiva y viceversa. Que se trate de un sector administrativizado hace mayor el arbitrio de la Administración, que, si bien no debe entenderse como discrecionalidad, tampoco es la obligación de decidir exactamente como lo haría el juez.

Otro sector que podría considerarse administrativizado es el derecho del consumidor. El ejemplo es particularmente importante porque ha significado la aplicación de normas de sustancia claramente mercantil, tradicionalmente dejadas a la libertad particular y a los tribunales, por parte de la Administración, por parte de entes que se pueden denominar un poco técnicamente como de protección al consumidor.

Ni pretendo hacer una lista de sectores administrativizados ni ésta puede hacerse a priori. Sólo plantear esta categoría como reveladora de la naturaleza de buena parte de los actos administrativos y así del propio Derecho de la Administración Pública.

#### VI. CONFIRMACIÓN: LA TEORÍA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO; LOS ACTOS EN SERIE

El Derecho positivo ofrece un argumento muy favorable a esta tesis de la administrativización de algunos sectores y su consecuente flexibilización del ejercicio de potestades regladas: la normativa sobre el precedente administrativo en la LOPA. Su artículo 11 sólo se entiende si apunta a cierta flexibilidad en la aplicación de la ley, que puede ser una base positiva más a lo que se viene exponiendo sobre los sectores administrativizados. Antes de estudiar su texto, veamos su ubicación topográfica, justo antes del clásico artículo 12 sobre la discrecionalidad.

Argumento topográfico que hace válido decir que este artículo sobre el precedente se refiere a un fenómeno distinto a la discrecionalidad, a algo que sería aplicable tanto a la discreción administrativa como a la regla.

Así, una cosa sería el precedente y otro la discrecionalidad. Confundirlos acabaría con ésta, porque entonces ejercida la discreción, y en virtud de ese mismo ejercicio, lo que era libre para la Administración estaría gobernado por el precedente. Por definición, la discrecionalidad permite no sólo varias soluciones justas, sino varias y simultáneas: en ejercicio de la discrecionalidad dos casos idénticos pueden decidirse de modo diferente, incluso contradictorio; otra solución aniquilaría toda discrecionalidad. En otras palabras, aplicar la norma sobre precedente administrativo a la discreción de la Administración haría inaplicable la norma sobre ésta, el famosísimo artículo 12 LOPA.

Entonces no cabe duda de que el precedente y su posibilidad de modificación se refiere también al ejercicio de potestades regladas. Lo que, añadamos ahora, modula notablemente la concepción automática, maquinal, de la legalidad que entiende el acto administrativo como una mera sentencia previa. Pues, si la modificación del precedente es válida inclusive en el caso de potestades regladas, como creo haber demostrado, ya no sería tan exacto hablar de una sola solución justa sin examinar cada potestad en particular, inclusive reglada y, a los efectos del tema de que venimos hablando, con mucha mayor razón cuando estamos en un sector administrativizado, como la vida laboral o el control de precios.

La disciplina del precedente, específicamente la legalmente expresa posibilidad de modificarlo, revela que existen potestades inclusive regladas que, al menos en los sectores administrativizados, dejan espacio para el cambio de políticas. No otra cosa es el cambio de precedente, porque una Administración-máquina, sustituible por computadoras, —a los efectos que interesan ahora, sustituible por el juez— es el caso extremo de potestad reglada, pero no el único ni mucho menos el que se produce en las áreas administrativizadas. En estos casos de actos en serie cabría sin duda hablar del acto administrativo como una sentencia previa, cuyo contenido tendría que ser idéntico al de una eventual decisión judicial posterior, como en el ejemplo expuesto de la emisión de la cédula de identidad en la vigente Ley de Identificación. Y es en estos casos en que está permitido al juez contencioso sustituir a la Administración y hacer equivalente su sentencia al acto omitido o al correcto sustituto que ésta ha debido dictar en vez del acto anulado.

De hecho, la LOPA prevé el caso de esta Administración-robot en su artículo 35: “cuando sean idénticos los motivos y fundamentos de las resoluciones, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no se lesionen las garantías jurídicas de los interesados”. Si existe una categoría específica de actos en serie, quiere decir que no lo son todos los actos administrativos, así sean reglados. En otras palabras, la concepción más en boga de los elementos reglados de los actos administrativos pareciera inconscientemente asimilar todos éstos a los actos en serie a que se refiere el mencionado artículo 35 LOPA. Obviamente, ello no es de recibo

Concluyendo sobre el carácter al menos potencialmente parcializado de la Administración, o por decirlo de otro modo, la ausencia de un deber de imparcialidad de ese complejo público, hace imposible asimilarla a un juez ni, por lo tanto, estudiar al acto administrativo como si fuera una sentencia previa.

A tal conclusión se llega estudiando el régimen jurídico de los sectores administrativizados, en los cuales la Administración puede diseñar y ejecutar políticas aún en el caso de potestades regladas, dado el mandato político de conformación social que estas administrativizaciones implican.

Posibilidad de políticas y sus cambios que tiene base positiva expresa en la teoría del precedente (art. 11 LOPA) y prueba por exclusión en la figura de los actos en serie (art. 35 LOPA), éstos sí necesariamente idénticos a una sentencia posterior.

Había comenzado diciendo que emplear las instituciones propias del proceso judicial y de la sentencia para erigir el régimen del acto administrativo lleva inexorablemente a conclusiones falsas, falsedades que terminarán afectando los derechos de los particulares y el ejercicio de la potestad administrativa. Falsedad que se deriva fundamentalmente de asimilar la Administración a los tribunales, exigiéndole lo que no puede dar, la imparcialidad, dada su posición constitucional enmarcada en el Poder Ejecutivo, poder de clara sustancia política y por lo tanto titular de intereses propios.

Así, aunque la ley, algunas muy eminentes como la LOPA y la LOAD, hayan considerado que la Administración debía ser imparcial, ello no es constitucional, tanto por la literalidad de los principios que sí son exigibles a las Administraciones Públicas (art. 141 de la Constitución) como por su origen electoral y su papel político. En todo caso, esa imparcialidad no sería nunca idéntica a la de los jueces y por lo tanto las administraciones jamás podrían dictar sentencias. Queda demostrada así, en mi opinión, la imposibilidad de la imparcialidad administrativa y por lo tanto la necesidad de flexibilizar y morigerar las exigencias sustanciales y procesales del acto administrativo, que es de lo que nos venimos ocupando.



*El rol de las Cortes y la protección de la democracia:  
Una aproximación desde regímenes transicionales  
The role of the Courts sustaining democracy:  
An approach from transitional regimes*

Vicente F. Benítez-R.\*

*Abogado*

Germán A. González-H.\*\*

*Abogado*

**Resumen:** *Este artículo explora los factores institucionales y políticos que permiten o impiden la consolidación de un Tribunal Constitucional en democracias en transición como la colombiana y venezolana: Estas democracias, a su turno, son susceptibles de ser víctimas de intentos de constitucionalismo abusivo por parte de ejecutivos poderosos, el cual es un fenómeno típico de democracias jóvenes. Así, este escrito analiza casos constitucionales exitosos y fracasados de Europa Central, Asia y Latinoamérica para efectos de identificar cuáles factores propician o frenan la posibilidad de un control de constitucionalidad efectivo en nuevas democracias. El artículo concluye que aspectos tales como la independencia judicial, la separación de los poderes, el prestigio de las Cortes y la deferencia judicial hacia otras ramas, son cruciales para identificar si un Tribunal será exitoso.*

**Palabras Clave:** *Control jurisdiccional, democracia, revisión de la Constitución, Colombia, Venezuela, Hungría, India, Derecho comparado, Corte Constitucional.*

**Abstract:** *This article explores the political factors that enable or prevent the consolidation of an effective judicial review in transitional democracies such as the Colombian and the Venezuelan ones. These democracies, in turn, are likely to be victims of abusive constitutionalism attempts by powerful executives, which is a phenomenon typical of young democracies. This paper analyzes key cases of successful and unsuccessful experiences in Central Europe, Asia and Latin America in order to identify what kind of factors allow or hinder a Tribunal's effective judicial review in new democracies. I argue that factors as judicial independence, separation of powers, Courts' reputation, and judicial deference to other branches, are key elements to determine whether a Tribunal will be a successful institution.*

**Key words:** *Judicial review, democracy, constitutional revision, Colombia, Venezuela, Hungary, India, Comparative Law, Constitutional Court.*

---

\* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana (Colombia). Ha trabajado la legitimidad democrática del juez constitucional en el marco del Proyecto de Investigación "La Corte Constitucional y las reformas a la Constitución: de la incertidumbre a la razonabilidad" financiado por la Universidad de La Sabana. Su más reciente publicación es el libro "Constitución Popular, no Judicial", Bogotá, Temis, 2014. Contacto: vicente.benitez@unisabana.edu.co Agradezco los comentarios por parte de los profesores Richard Albert y Yaniv Roznai, a raíz de la presentación de este artículo en la Fifth Annual YCC Global Conference en la Universidad de Tulane (Estados Unidos).

\*\* Abogado de la Universidad Javeriana, licenciado en Derecho de la Universidad del País Vasco, tiene una maestría en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid y, actualmente, está cursando una maestría en Derecho en la Universidad de Washington en St. Louis, Missouri con especialización en Negociación y Resolución de Conflictos. Contacto: g.gonzalezherre ra@wustl.edu

## SUMARIO

## INTRODUCCIÓN

- I. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES, DEMOCRACIAS TRANSICIONALES Y CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO
- II. RESCATANDO LA DEMOCRACIA: COLOMBIA E INDIA
  1. Colombia. 2. India.
- III. LA DERROTA JUDICIAL: VENEZUELA Y HUNGRÍA
  1. Venezuela. 2. Hungría.
- IV. CONCLUSIONES

## INTRODUCCIÓN

En el año 2009 el Tribunal Supremo venezolano consideró que un proyecto de enmienda (refrendado popularmente) a la Constitución de 1999 que permitía la reelección indefinida del Presidente era constitucional porque no se quebrantaban los principios de igualdad y alternancia en el poder<sup>1</sup>. Por su parte, en 2010 la Corte Constitucional colombiana consideró que un proyecto de reforma (con refrendación ciudadana) a la Constitución de 1991 que permitía una segunda reelección presidencial era inconstitucional puesto que se quebrantaban principios constitucionales como igualdad y alternancia en el poder<sup>2</sup>.

La pregunta que surge en este punto tiene que ver con cuáles son las razones que permiten que dos Tribunales que operan bajo regímenes constitucionales similares (que se declaran democráticos) y con Presidentes carismáticos, tomen decisiones opuestas frente a los límites que debe observar el ejecutivo. La tesis que se defenderá es la siguiente: esta diversidad de decisiones no obedece a criterios netamente jurídicos (de interpretación-aplicación de normas) sino a razones políticas e institucionales referidas al rol que debe cumplir un Tribunal Constitucional en la consolidación de una democracia transicional<sup>3</sup>. Más específicamente, la tesis que se propondrá es que un factor crucial (entre otros) que facilita la existencia de un control de constitucionalidad fuerte, está relacionado con el prestigio constitucional que la Corte despliega hacia la opinión pública y hacia otras ramas del poder. En tal sentido, si una corte es más prestigiosa en términos constitucionales, le será más sencillo desarrollar un control estricto sobre el ejecutivo y el legislativo, de tal modo que esta podrá ser catalogada como un control verdaderamente operativo, dado que la corte será considerada como la verdadera guardiana de la democracia.

---

<sup>1</sup> Cfr. *Sentencia 08-1610 de 2009*. Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, 2009. Fecha de consulta: 15 de enero de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html>

<sup>2</sup> Cfr. *Sentencia C-141 de 2010*. Corte Constitucional de Colombia, 2010. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>

<sup>3</sup> Cfr. Moustafa, Tamir & Ginsburg, Tom. "Introduction: The Function of Courts in Authoritarian Politics". En T. Ginsburg y T. Moustafa, eds. *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010, 3; Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. Nueva York: Cambridge University Press, 2006, 11 y Hirschl, R. "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide". *Fordham Law Review*, 2006, 75(2), 754.

Por el contrario, la ausencia de una trayectoria y prestigio constitucionales, dará lugar a que exista una mayor probabilidad de que la corte sea debilitada y finalmente dominada por el ejecutivo por medio de sucesivas reformas constitucionales y legales que no pueden ser anuladas por la corte, dado el inminente riesgo de que pueda ser eliminada por vías jurídicas.

Debe resaltarse que esta indagación adquiere aún más relevancia en nuevas democracias en las cuales cortes constitucionales recién creadas son más proclives a ser cooptadas o incluso abolidas por gobernantes poderosos, en comparación con democracias consolidadas o maduras como la norteamericana. En tal virtud, por ejemplo, son reveladores los casos de Venezuela y Colombia que están inmersos en una problemática constitucional global –que algunos autores han denominado como “*constitucionalismo abusivo*”– propia de algunas democracias constitucionales jóvenes<sup>4</sup>. Así las cosas, se trata de Estados con constituciones que incorporan estándares globalmente aceptados (derechos, democracia y Tribunales Constitucionales que sean capaces de contener decisiones supermayoritarias antidemocráticas como ciertas enmiendas constitucionales) pero que, simultáneamente, cuentan con líderes (Presidentes o Primeros Ministros) y partidos políticos muy populares dependientes de ellos, que usan las herramientas contenidas en la misma constitución para fines antidemocráticos usualmente asociados con la eliminación de controles efectivos y con la perpetuación en el poder del gobernante y su partido<sup>5</sup>. Estas particularidades producen un ambiente en el que las restricciones que la corte le impone al ejecutivo-legislativo, podrían generar más fácilmente algunos contrataques.

En ese contexto, este artículo persigue dos cometidos: por un lado, evaluar los factores que han permitido que algunas nuevas cortes constitucionales hayan sido capaces de impedir la consolidación del poder ejecutivo como ocurrió en el caso colombiano. Por otro lado, este texto examinará los factores que han imposibilitado que otras cortes puedan ser consideradas como límites efectivos frente a los abusos constitucionales del ejecutivo, como en la experiencia venezolana. A su vez, estos factores no pueden ser explicados ni entendidos desde un punto de vista estrictamente jurídico y local. Por el contrario, dado que esta clase de asaltos constitucionales (i.e. por medio del uso de instrumentos jurídicos) es un fenómeno que generalmente se produce en nuevas democracias (especialmente en el Sur Global) que comparten valores constitucionales comunes, es útil comparar algunas experiencias alrededor del globo desde una perspectiva política e institucional que podría complementar el análisis en Derecho. En ese marco, este escrito, en primer lugar, explora las principales características del *constitucionalismo abusivo* y el rol político e institucional de las cortes constitucionales en democracias en transición. Posteriormente, y a la luz de estas consideraciones, se estudiarán dos experiencias constitucionales exitosas en las cuales las cortes han impedido la consolidación de un régimen constitucional autoritario (Colombia e India) y dos modelos constitucionales cuyas Cortes han fracasado en dicha empresa (Venezuela y Hungría), con el fin de resaltar aquellos aspectos que han producido cortes fuertes y débiles, respectivamente. Finalmente se ofrecerán algunas conclusiones.

---

<sup>4</sup> Ver, por todos, a Landau, D. Abusive Constitutionalism. *U. C. Davis Law Review*, 2013, 47(1), 189-260.

<sup>5</sup> Cfr. Issacharoff, S. Constitutional Courts and Consolidated Power. *The American Journal of Comparative Law*, 2014, 62(3), 585.

## I. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES, DEMOCRACIAS TRANSICIONALES Y CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Después del colapso de la Unión Soviética, el mundo, y especialmente el Sur Global (Latinoamérica, el Sureste Asiático, África y Europa Central y Oriental), vivió una ola de expedición de nuevas constituciones<sup>6</sup>. En efecto, después del movimiento constitucional liberal de los siglos XVII y XVIII –que daría lugar a las constituciones de Estados Unidos y varios estados europeos– y de las constituciones de la segunda posguerra –como el caso de las actuales Constituciones de Alemania y España entre otras–, un tercer movimiento constitucional irrumpió en el mundo. Los Estados de esta tercera ola del constitucionalismo global acogieron la idea según la cual era necesaria la presencia de una generosa carta de derechos, así como una serie de instituciones independientes del poder ejecutivo que tuviesen la posibilidad de controlarlo con el propósito de evitar el regreso a regímenes marcadamente autoritarios como los experimentados en ciertos Estados Latinoamericanos por cuenta de las dictaduras militares o en Europa Oriental debido al férreo régimen comunista al cual estaban sometidos<sup>7</sup>.

Como consecuencia de esto, una de las instituciones que se ha expandido a lo largo de estos Estados que han transitado del autoritarismo a la democracia (o democracias en transición) es la del *judicial review*<sup>8</sup>. De acuerdo con Issacharoff<sup>9</sup>, uno de los paradigmas de estas nuevas democracias resulta ser la creación de tribunales cuya función primordial es evitar el regreso a un régimen autocrático gracias a un control fuerte de las decisiones mayoritarias emanadas del ejecutivo o del legislativo. En tal sentido, una de las misiones principales de estas instituciones judiciales empoderadas por estas constituciones era mantener un régimen democrático que privilegiase la rotación de los partidos políticos (competencia electoral) y protegiese los derechos de las minorías o, lo que es lo mismo, cortes que previniesen la consolidación de un régimen con un partido único o un líder dominante<sup>10</sup>. Para lograr tal objetivo, estos tribunales tendrían la posibilidad de anular e intervenir en las medidas expedidas por el parlamento o por el ejecutivo y, de este modo, mejorar la democracia mediante decisiones judiciales promotoras de la deliberación democrática, de los derechos y de la competencia electoral<sup>11</sup>.

No obstante, este rol de los jueces en democracias jóvenes ha ocasionado que estos sean percibidos por el gobierno como actores políticos cuyas decisiones –judiciales en principio– intervienen indebidamente en asuntos de alta política, es decir, actores que han judicializado la megapolítica<sup>12</sup>. Así, esta nueva actitud judicial en estas democracias transicionales encontraría la resistencia de aquellos partidos y líderes carismáticos que consideran que estas deci-

<sup>6</sup> Cfr. Gardbaum, S. Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies? *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014-2015, 53(2), 287 y Issacharoff, S. Constitutional Courts and Democratic Hedging. *Georgetown Law Journal*, 2010-2011, 99(4), 965.

<sup>7</sup> Ver a Ginsburg, Tom, *ob. cit.*, 90.

<sup>8</sup> Cfr. Gardbaum, S., *ob. cit.*, 291; Ginsburg, Tom, *ob. cit.*, 6 y Issacharoff, S. Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies. *Texas Law Review*, 2003-2004, 82(7), 1862-1853.

<sup>9</sup> Ver Issacharoff, S. “Constitutional Courts and Consolidated...”, *ob. cit.*, 585.

<sup>10</sup> Cfr. Issacharoff, S., *ibidem*, 589.

<sup>11</sup> Cfr. Issacharoff, S., *ibidem*, 589 y Issacharoff, S. “Constitutional Courts and Democratic...”, *ob. cit.*, 965.

<sup>12</sup> Cfr. Issacharoff, S. “Constitutional Courts and Democratic...”, *ob. cit.*, 964 y HIRSCHL, R., *ob. cit.*, 721-728.

siones judiciales-políticas son obstáculos que deben ser removidos puesto que afectan valores centrales de su política gubernamental y son contramayoritarias<sup>13</sup>. En tal sentido, estos líderes y/o partidos se enfrentan al siguiente dilema: por un lado, pueden cumplir con estas decisiones judiciales adversas (con lo cual su programa de gobierno se truncaría) o, por el otro, pueden tratar de eludir su cumplimiento (con lo cual su credibilidad constitucional ante el mundo se afectaría seriamente). Ante tal situación, la forma de resolución de esta encrucijada por parte de algunos de los gobiernos, ha sido el recurso a lo que Landau<sup>14</sup> y otros<sup>15</sup> han denominado como “constitucionalismo abusivo”, esto es, “[...] el uso de mecanismos de cambio constitucional con el fin de hacer un Estado significativamente menos democrático de lo que era antes”<sup>16</sup>. Así las cosas, usando instrumentos constitucionales, vale decir, cumpliendo con el Derecho vigente, los gobiernos evitan que las Cortes interfieran en sus decisiones políticas<sup>17</sup> gracias a diversas estrategias como las siguientes:

- Aprobación de reformas constitucionales dirigidas a dejar sin efectos decisiones jurisprudenciales o a excluir de la jurisdicción de dichas Cortes ciertos asuntos de interés gubernamental<sup>18</sup>;
- Implementación de planes de recomposición de los integrantes de la Corte para elegir jueces leales al gobierno<sup>19</sup> o;
- Aprobación de nuevas constituciones (siguiendo los requisitos procesales) en las cuales estos tribunales tienen un papel político menos protagónico debido a una disminución sensible de sus funciones<sup>20</sup>.

Como advierte Varol<sup>21</sup> se trataría de una labor en la que, gracias al uso de mecanismos previstos constitucionalmente, se camuflan propósitos autoritarios. Así, aunque en apariencia el régimen político del Estado pareciera ser una democracia constitucional, en el fondo existe el dominio de un partido y/o un líder popular debido a la ausencia real de mecanismos de contrapeso. En suma, como señalan analistas de regímenes constitucionales abusivos, estos suponen la creación de un nuevo tipo de Estado –híbrido<sup>22</sup>– que se encuentra a medio camino entre estados autoritarios tradicionales –irrespetuosos del Estado de Derecho y sin competencia electoral– y regímenes constitucionales liberales –que son respetuosos del Derecho y en los cuales existe competencia electoral<sup>23</sup>–. Por lo mismo, estos autores observan que este

<sup>13</sup> Issacharoff, S. “Constitutional Courts and Consolidated...”, *ob. cit.*, 590 y 600.

<sup>14</sup> Landau, D., *ob. cit.*, 195.

<sup>15</sup> Cfr. Varol, O. *Stealth Authoritarianism*. *Iowa Law Review*, 2015, 100 (4), 1674-1675 y Tushnet, M. *Authoritarian Constitutionalism*. *Cornell Law Review*, 2014-2015, 100(2), 433.

<sup>16</sup> Traducción libre de Landau, D., *ob. cit.*, 195.

<sup>17</sup> Cfr. Varol, O., *ob. cit.*, 1678-1679 y 1685.

<sup>18</sup> Hirschl, R., *ob. cit.*, 758; Ginsburg, T., *ob. cit.*, 77; Landau, D., *ob. cit.*, 230 y Dixon, R. & Landau, D. *Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendments*. *International Journal of Constitutional Law*, 2015, 13(3), 613.

<sup>19</sup> Cfr. Landau, D. *A Dynamic Theory of Judicial Role*. *Boston College Law Review*, 2014, 55(5), 1507; Varol, O., *ob. cit.*, 1688 y Hirschl, R., *ob. cit.*

<sup>20</sup> Cfr. Landau, D. “*Abusive constitutionalism...*”, *ob. cit.*, 243.

<sup>21</sup> *Ob. cit.*, 1684.

<sup>22</sup> Cfr. Tushnet, M., *ob. cit.*, 394; Moustafa T. & Ginsburg, T., *ob. cit.*, 2 y Landau, D., 2013a, “*Abusive constitutionalism...*”, *ob. cit.*, 189 y 199.

<sup>23</sup> Cfr. Varol, O., *ob. cit.*, 1683.

“camuflaje” constitucional para alcanzar cometidos antidemocráticos, resulta ser mucho más difícil de combatir puesto que los criterios tradicionales (o check lists) usados para identificar si un Estado es autoritario, son eludidos por estas nuevas formas de autoritarismo mimetizado y sutil dado que ningún Estado está dispuesto a asumir los costos de imagen que implica aceptar explícitamente que ha asumido un orden antidemocrático<sup>24</sup>.

En ese contexto, es posible decir que la actitud asumida por las Cortes del Sur Global que desarrollan *judicial review* sobre enmiendas abusivas ha sido doble. Por una parte, se encuentran algunas experiencias exitosas de Tribunales que se han enfrentado al gobierno y han anulado reformas constitucionales promovidas por este para (a) restringir los derechos de las minorías; (b) limitar las atribuciones del Tribunal encargado del *judicial review*; o (c) consolidar el poder de un partido o gobernante mediante la eliminación o fuerte restricción de la competencia electoral<sup>25</sup>. Por otro lado, existen casos fallidos de intervenciones judiciales en los cuales las Cortes han sido incapaces de detener el afianzamiento, por medio de enmiendas autoritarias, de regímenes constitucionales abusivos. Estas dos tendencias opuestas han impactado, a su vez, dos Estados suramericanos relativamente similares en términos constitucionales, pero con Cortes políticamente divergentes: Colombia y Venezuela. En ese sentido, a continuación se describen estos dos casos en conjunto con la experiencia exitosa de la India y el caso fallido de Hungría dado que, como ya se mencionó, el fenómeno del constitucionalismo abusivo y los intentos de las cortes por contenerlo no son exclusivamente latinoamericanos, sino globales<sup>26</sup> y, en consecuencia, los factores políticos e institucionales que facilitan o retrasan la acción de los jueces pueden ser discernidos más nítidamente si se considera que este es un problema general que sufren varias democracias surgidas en las postrimerías del siglo XX, independientemente de su ubicación geográfica.

## II. RESCATANDO LA DEMOCRACIA: COLOMBIA E INDIA

En estos Estados que a primera vista podrían parecer disímiles existe un común denominador: un Tribunal, por medio de sus pronunciamientos, pudo desarticular eficazmente los intentos jurídicos de sus carismáticos líderes de afirmar su poder como gobernantes.

### 1. Colombia

En julio de 1991 Colombia expidió su actual Constitución que derogaría la centenaria carta de 1886. En medio de un escenario de violencia, aupada por el narcoterrorismo que afectaba las grandes ciudades, varios sectores de la sociedad impulsaron un cambio constitucional que pudiese hacer frente a estos retos<sup>27</sup>. Sin embargo, la Constitución de 1886 podía

<sup>24</sup> Cfr. Varol, O., *ob. cit.*, 1676 y 1681.

<sup>25</sup> Ver a Yap, P.J. The conundrum of unconstitutional constitutional amendments. *Global Constitutionalism*, 2015, 4(1), 121 y 128; Bernal-Pulido, C. Transitional Justice within the Framework of a Permanent Constitution: the case study of the Legal Framework for Peace in Colombia. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014, 3(4), 1141 y a Roznai, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, 2013, 61(3), 718.

<sup>26</sup> Cfr. Albert, R. Amending constitutional amendment rules. *International Journal of Constitutional Law*. 2015, 13(3), 658-659 y Gardbaum, S., *ob. cit.*, 287-288.

<sup>27</sup> Ver a Dugas, J. The Origin, Impact and Demise of the 1989-1990 Colombian Student Movement: Insights from Social Movement Theory. *Journal of Latin American Studies*, 2011, 33(4), 808 y Quinche, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Temis, 2012, 17-23.

ser modificada, según su artículo 218, solo si dicha enmienda era aprobada por el Congreso de la República. Esta institución se negó a adelantar estos cambios y, como consecuencia de ello, diversos movimientos sociales (liderados por el movimiento estudiantil de la “séptima papeleta”) propiciaron un pronunciamiento popular en las urnas que dio lugar a la nueva Constitución<sup>28</sup>. Luego de algunos meses, una asamblea nacional constituyente redactó una Constitución que, por primera vez en la historia de Colombia, no resultaba ser la imposición de un partido político<sup>29</sup>, sino el consenso alcanzado por las tres principales fuerzas políticas del país en ese entonces<sup>30</sup>. Para evitar que la situación de bloqueo se repitiese, la Constitución estableció que su reforma podía ser adelantada no solo por el Congreso sino también por la ciudadanía<sup>31</sup>.

Una de las características más sobresalientes de la Constitución, fue la creación de una Corte Constitucional poderosa, que tiene la capacidad de anular leyes o reformas constitucionales, cuando estas sean inconstitucionales<sup>32</sup>. Durante los primeros años de su existencia, la Corte expidió sentencias garantistas de los derechos fundamentales en muy diversos campos especialmente en relación con las libertades individuales<sup>33</sup> y los derechos sociales<sup>34</sup>. De este modo, muchas personas vieron que sus reclamos podían ser eficazmente tramitados en la Corte como lugar donde vive la democracia en lugar del Congreso<sup>35</sup>. Igualmente, limitó de una manera estricta los estados de excepción que, bajo la anterior Constitución, permitieron la legislación permanente y casi incontrolada por parte del Presidente<sup>36</sup>. Finalmente, la Constitución prohibió la reelección presidencial como límite adicional al ejecutivo.

En ese panorama, en el año 2002 Álvaro Uribe fue elegido como Presidente de la República. Se trata de un líder carismático que llegó al poder con un amplio respaldo popular y por fuera de los partidos tradicionales. Ante el fracaso en los diálogos de paz con la guerrilla de las FARC que sufrió el anterior gobierno, Uribe prometió combatir a este grupo armado militarmente para recobrar el orden público que se había deteriorado durante varios años<sup>37</sup>. Para lograr ese objetivo, el Presidente promovió varias reformas constitucionales que, para

<sup>28</sup> Cfr. Carrillo, Fernando. *Constitucionalizar la democracia social. El proceso constituyente de 1991 y América Latina*. Temis, Bogotá: 2011, XVII, XVIII y 3-6.

<sup>29</sup> En este sentido véase, entre otros, a Cepeda-Espinosa, M.J. *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court*. *Washington University Global Studies Law Review*, 2004 3(4), 545 y Valencia-Villa, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Panamericana, Bogotá: 2010.

<sup>30</sup> Cfr. Segura, R. & Bejarano, A. ¡Ni una asamblea más sin nosotros! Exclusion, Inclusion, and the Politics of Constitution-Making in the Andes. *Constellations*, 2004, 11(2), 220.

<sup>31</sup> Cfr. Uprimny, R. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, 2011, 89(7), 1594.

<sup>32</sup> Cfr. Cepeda-Espinosa, M.J., *ob. cit.*, 557-558, así como la *Sentencia C-574 de 2011*. Corte Constitucional de Colombia, 2011. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>

<sup>33</sup> Cepeda-Espinosa, M.J., *Ob. cit.*, 575-626 y Uprimny, R., *ob. cit.*, 1591.

<sup>34</sup> Cepeda-Espinosa, M.J., *ob. cit.*, 616-620 y Cepeda-Espinosa, M.J., Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court. *Texas Law Review*, 2010-2011, 89(7).

<sup>35</sup> Cfr. Landau, D., “A Dynamic Theory of...”, *ob. cit.*, 1514.

<sup>36</sup> Cfr. Cepeda-Espinosa, M.J., “Judicial Activism in a Violent...”, *ob. cit.*, 631-635.

<sup>37</sup> Issacharoff, S. “Constitutional Courts and Consolidated...”, *ob. cit.*, 590.

algunos, resultaban ser una instrumentalización de la democracia para consolidar su poder<sup>38</sup>. Algunas de ellas estaban destinadas a combatir el crimen mediante la restricción fuerte de derechos fundamentales y otras, dada su popularidad, buscaban modificar con la aquiescencia popular varias instituciones de otras ramas del poder. Sin embargo, una de las primeras reformas constitucionales más profundas, fue permitir la reelección presidencial inmediata en Colombia por primera vez en más de 50 años<sup>39</sup>. De una manera ágil el Congreso (en donde contaba con amplias mayorías) aprobó dicha enmienda. Miembros de la oposición veían con recelo esta reforma y la demandaron ante la Corte. A pesar de ello, esta declaró que una reelección presidencial por una única vez no alteraba principios esenciales de la Constitución porque las funciones del Presidente no se incrementaban necesariamente con la extensión de su mandato<sup>40</sup>. A la postre, Uribe sería reelegido con un amplio respaldo popular para el periodo 2006-2010.

Nuevamente, en el año 2009 el Congreso aprobó una ley de referendo para una segunda reelección auspiciada por la coalición mayoritaria. No obstante, dicha reforma fue declarada inconstitucional<sup>41</sup> porque la primera reelección había creado un desbalance con otros órganos de control como ocurrió con la misma Corte Constitucional<sup>42</sup>, la Defensoría del Pueblo<sup>43</sup>, el Banco de la República<sup>44</sup>, entre otros. Uribe acató la sentencia dado que, tradicionalmente, la

<sup>38</sup> Muy diversos autores califican a Colombia como un caso típico de “constitucionalismo abusivo”, en gran medida debido a las múltiples reformas constitucionales promovidas con la llegada del presidente Álvaro Uribe. Ver a Albert, R., *ob. cit.*; Yap, P.J., *ob. cit.* y Landau, D., “Abusive Constitutionalism...”, *ob. cit.* En el mismo sentido, algunos autores nacionales han calificado las diversas propuestas de reforma constitucional promovidas por el gobierno de ese entonces, como una instrumentalización de la democracia. *Cfr.* Osuna, N. La sentencia del referendo: guarda de la Constitución ante el uso instrumental de la democracia. En E. Montealegre, coord., *Anuario de Derecho Constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte constitucional, periodo 2002 y primer semestre 2003*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 24-27. Es interesante notar que varios autores coinciden en afirmar que la “política constitucional” del ex presidente Uribe fue la que desencadenó una nueva tesis por parte de la Corte Constitucional en el sentido de revisar las enmiendas constitucionales por vicios de competencia, además de los tradicionales vicios de procedimiento. *Cfr.* Cajas, Mario Alberto. *El control judicial a la reforma constitucional, Colombia, 1910-2007*. Universidad ICESI, Cali: 2008, 101-103 y Ramírez Cleves, G. El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003. *Revista Derecho del Estado*, 2006, 18, 3.

<sup>39</sup> Ver Uprimny, R., *ob. cit.*, 1598.

<sup>40</sup> *Cfr.* Sentencia C-1040 de 2005. Corte Constitucional de Colombia, 2005. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>

<sup>41</sup> Ver Sentencia C-141 de 2010. Corte Constitucional de Colombia, 2010. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>

<sup>42</sup> Ver Rubiano, S. La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política. En García y Revelo, eds., *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia, 2002-2009*. DeJusticia, Bogotá: 2009, 84-145.

<sup>43</sup> Sobre el particular véase a Revelo, J. La Defensoría del Pueblo: el silencio complaciente. En García y Revelo, eds., *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia, 2002-2009*. DeJusticia, Bogotá: 2009, 146-175.

<sup>44</sup> Consúltese a Rubiano, S. La independencia del Banco de la República y la reelección presidencial. En García y Revelo, eds., *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia, 2002-2009*. DeJusticia, Bogotá: 2009, 207-243.

Corte ha gozado de un gran respeto y los ejecutivos han cumplido con sus decisiones<sup>45</sup>. Como señala Landau<sup>46</sup> la Corte evitó una erosión grave del régimen democrático colombiano y, posiblemente por eso, en 2015 se reformó la Constitución para prohibir la reelección presidencial<sup>47</sup>.

## 2. India

Tres años después de su independencia se expidió la Constitución de India de 1950. Uno de sus objetivos centrales era lograr la disminución de la de la desigualdad social<sup>48</sup>. Por esa razón, uno de los héroes de la independencia y su primer Jefe de Gobierno, Jawaharlal Nehru, decidió promover una serie de leyes para redistribuir la propiedad. No obstante, varias cortes estatales así como la Corte Suprema de Justicia, anularon varias de esas medidas por considerar que se afectaba el derecho a la propiedad e igualdad de los propietarios<sup>49</sup>. Ante esta situación Nehru, que contaba con una amplísima mayoría en el Parlamento<sup>50</sup>, aprobó la enmienda primera que excluía de la jurisdicción de la Corte Suprema, cualquier intento de expropiación con fines redistributivos. La Corte, dada la ascendencia y liderazgo de Nehru, en 1951 dio vía libre a esta disposición y señaló que no podía controlar la constitucionalidad de las enmiendas porque era una cuestión política<sup>51</sup>. De las primeras 45 enmiendas, la mitad estaban dirigidas a limitar a la Corte<sup>52</sup>.

Luego de la muerte de Nehru, nuevas enmiendas se aprobaron para restringir la labor de la Corte. Sin embargo, en 1967 esa institución judicial conoció una de esas reformas que recortaban su competencia en relación con medidas expropiatorias y manifestó que (i) las enmiendas en la India se aprueban por medio de un tipo especial de ley; (ii) las leyes deben ser compatibles con los derechos fundamentales (art. 13.2 constitucional) y, por lo tanto, (iii) las enmiendas debían respetar los derechos fundamentales<sup>53</sup>. A pesar de que esta nueva tesis no se aplicó a la enmienda que se estaba examinando en ese momento por razones de seguridad jurídica y para evitar un choque con el Parlamento, la carismática Primer Ministro Indira Gandhi (hija de Nehru) configuró su campaña reeleccionista bajo la idea que ese caso era una afrenta contra el poder del Parlamento y del Primer Ministro y prometió reversar esta tesis

<sup>45</sup> Cfr. Posada-Carbó, E. Colombia after Uribe. *Journal of Democracy*, 2011, 22(1), 137-138.

<sup>46</sup> Landau, D. "Abusive constitutionalism...", *ob. cit.*, 203.

<sup>47</sup> Véase el Acto Legislativo 2 de 2015, art. 9°.

<sup>48</sup> Cfr. Bhanu-Mehta, P. The rise of Judicial Sovereignty. *Journal of Democracy*, 2007, 18(2), 73 y Robinson, N. Expanding Judiciaries: India and the rise of the Good Governance Court, *Washington University Global Studies Law Review*, 8(1), 2009, 4.

<sup>49</sup> Sobre el particular, véase a Sathe S.P. India: From Positivism to Structuralism. En J. Goldsworthy, ed., *Interpreting Constitutions. A comparative study*. Oxford University Press, Oxford: 2009, 239.

<sup>50</sup> Ver a Rajeev-Gowda, M.V. & Sridharan, E. Parties and the Party System, 1947-2006. En S. Ganguly, et. al., eds., *The State of India's Democracy*. The John Hopkins University Press, Baltimore: 2007, 8-9.

<sup>51</sup> Sobre el particular, véase el fallo *Sankari Prasad v. Union of India*. Corte Suprema de Justicia de la India, 1951. Fecha de consulta: 14 de enero de 2014. Disponible en <http://judis.nic.in/supreme-court/imgs1.aspx?filename=1174>

<sup>52</sup> Cfr. Bhanu-Mehta, P., *ob. cit.*, 74.

<sup>53</sup> Consúltese el caso *Golaknath v. State of Punjab*. Corte Suprema de Justicia de la India, 1967. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=2449>

jurisprudencial, tan pronto como fuera reelegida<sup>54</sup>. En 1971 Gandhi triunfaría con una mayoría aplastante en el Parlamento<sup>55</sup> y este aprobó varias enmiendas promovidas por aquella que, por una parte, eliminaban cualquier *judicial review* de las enmiendas y, por la otra, ordenaba nuevas expropiaciones. La crisis se profundizó cuando la Corte expidió dos casos que frenaron las expropiaciones de algunos bancos y unas tierras. En medio de fuertes presiones, la Corte expidió el que para muchos es el caso más importante de su historia (*Kesavananda Bharati v. State of Kerala*<sup>56</sup>) y en el cual concluyó que la Constitución de India tiene una *estructura básica* que le da su identidad y que no puede ser eliminada ni siquiera por una enmienda aprobada por una supermayoría<sup>57</sup>.

Ante esta nueva afrenta, Gandhi decide desconocer la regla según la cual el Presidente de la Corte debía ser su miembro más antiguo en tanto que este fue uno de los jueces que votó a favor de la doctrina de la *estructura básica*<sup>58</sup>. En 1975 una corte regional anuló la reelección de Gandhi porque, al parecer, había cometido actos de corrupción. Como consecuencia de esta decisión, Gandhi reaccionó declarando un estado de emergencia en el que restringió fuertemente la libertad de prensa y se privó de la libertad a varios opositores<sup>59</sup>. Y, además de eso, propuso una serie de enmiendas a la Constitución: en menos de una semana debido a sus mayorías partidistas, se aprobaron tres reformas que buscaban dejar sin efecto la doctrina de la *estructura básica* y que excluían de cualquier clase de control judicial la elección del Primer Ministro<sup>60</sup>. Nuevamente con muchas presiones por parte del ejecutivo, la Corte decidió que la elección de Gandhi era válida, pero declaró la nulidad de la enmienda que impedía cualquier control judicial sobre las elecciones por quebrantar elementos de la *estructura básica* de la Constitución<sup>61</sup>.

<sup>54</sup> Neuborne, B. The Supreme Court of India. *International Journal of Constitutional Law*, 2003, 1(3), 489 y Sathe S.P. *Judicial activism in India. Transgressing Borders and Enforcing Limits*. Nueva Delhi: Oxford University Press, 2011, 68.

<sup>55</sup> Al respecto véase a Das, G. The Supreme Court: An Overview. En B.N. Kirpai et. al., eds., *Supreme but not infallible, Essays in Honour of the Supreme Court of India*. Nueva Delhi: Oxford University Press, 2011, 21 y a Austin, G. The Supreme Court and the Struggle for Custody of the Constitution. En B.N. Kirpai et. al., eds., *Supreme but not infallible, Essays in Honour of the Supreme Court of India*. Nueva Delhi: Oxford University Press, 2011, 4.

<sup>56</sup> *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*. Corte Suprema de Justicia de la India, 1973. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=29981>

<sup>57</sup> Cfr. Neuborne, B., *ob. cit.*, 492 y Prateek, S. Today's promise, tomorrow's Constitution: 'Basic Structure', constitutional transformations and the future of political progress in India. *National University of Juridical Sciences*, 2008, 1(3), 417.

<sup>58</sup> Mate, M. Two Paths to Judicial Power: The Basic Structure Doctrine and Public Interest Litigation in Comparative Perspective. *San Diego International Law Journal*, 2010-2011, 12, 185 y Templeman, L. The Supreme Court and the Constitution. En B.N. Kirpai et. al., eds., *Supreme but not infallible, Essays in Honour of the Supreme Court of India*. Nueva Delhi: Oxford University Press, 2011, 52.

<sup>59</sup> Una descripción del estado de emergencia decretado, puede verse en Neuborne, B., *ob. cit.*, 492 y Krishnamurthy, V. Colonial Cousins: Explaining India and Canada's Unwritten Constitutional Principles. *The Yale Journal of International Law*, 2009, 34(1), 228.

<sup>60</sup> Cfr. Sathe S.P. "Judicial activism in India...", *ob. cit.*, 75.

<sup>61</sup> Véase el caso *Indira Gandhi v. Raj Narain*. Corte Suprema de Justicia de la India, 1975. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://judis.nic.in/supremecourt/imgst.aspx?filename=21564>

Como resultado, Gandhi promovería una nueva enmienda que, entre otros, señalaba que el control judicial con fundamento en la *estructura básica*, estaba proscrito (enmienda 42-secc. 55). En 1980 la lucha por el dominio interpretativo de la Constitución se cerraría con el fallo *Minerva Mills v. Union of India*<sup>62</sup>, en el cual la Corte declaró inconstitucional dicha reforma porque el control judicial de enmiendas por violación de la *estructura básica*, hacía parte de dicha *estructura básica*. Lo que iniciaría como una débil doctrina en 1973, se convertiría después, por voto unánime de todos los magistrados, en un elemento de la misma *estructura básica*<sup>63</sup>. A partir de entonces, cesaron los ataques contra la Corte puesto que ningún otro partido pudo controlar mayoritariamente el Parlamento<sup>64</sup>; la Corte fue considerada por la sociedad como un órgano que salvó la democracia india de la instauración de una dictadura constitucional<sup>65</sup> y Gandhi perdió el poder por los abusos cometidos durante la emergencia<sup>66</sup>.

### III. LA DERROTA JUDICIAL: VENEZUELA Y HUNGRÍA

A partir de las anteriores experiencias, a primera vista podría pensarse que la existencia de Cortes que desarrollen *judicial review* de enmiendas sería suficiente para impedir la consolidación de regímenes abusivos. Sin embargo, esto no es suficiente como pasa a verse con los casos de Venezuela y Hungría.

#### 1. Venezuela

La elección de Hugo Chávez como Presidente en 1999 tendría una incidencia constitucional significativa en Venezuela. En efecto, al prestar el juramento correspondiente para su posesión, señaló que juraba ante una Constitución moribunda<sup>67</sup> —la de 1961— y ese mismo día expidió un decreto en el que se le consultaba al pueblo si estaba de acuerdo con la convocatoria a una asamblea constituyente para que redactara una nueva Constitución<sup>68</sup>. La Corte Suprema de Justicia (que en ese entonces realizaba el control de constitucionalidad) profirió varias sentencias en las cuales analizó la constitucionalidad del decreto de convocatoria a la asamblea. En algunos casos, consideró que la asamblea tenía límites pero, en

<sup>62</sup> Caso *Minerva Mills v. Union of India*. Corte Suprema de Justicia de la India, 1980. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=4488>.

<sup>63</sup> *Cfr.* Ramachandran, R. The Supreme Court and the Basic Structure Doctrine. En B.N. Kirpal et al., eds., *Supreme but not infallible. Essays in Honor of the Supreme Court of India*. Nueva Delhi: Oxford University Press, 2011, 119.

<sup>64</sup> Ver A Rajeev-Gowda, M.V. & Sridharan, E., *ob. cit.*, 3 y 12.

<sup>65</sup> *Cfr.* Datar, Arvind. The case that saved Indian democracy. En: *The Hindu*, 2013. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.thehindu.com/opinion/op-ed/the-case-that-saved-indian-democracy/article4647800.ece>

<sup>66</sup> *Cfr.* Robinson, N., *ob. cit.*, 32.

<sup>67</sup> Sobre este punto, véase a Segura & Bejarano, *ob. cit.*, 225 y Pizzolo, C. Populismo y rupturas constitucionales: los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador. *Estudios Constitucionales*, 2007, 5(1), 378.

<sup>68</sup> Algunas particularidades de la Asamblea pueden verse en Rondón, Hildegard. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*. Ex-Libris, Caracas: 2004, 6.

último término, ante la inmensa popularidad de Chávez y el consecuente riesgo de que sus decisiones fueran desconocidas, concluyó que dicho cuerpo era soberano e ilimitado<sup>69</sup>.

Luego de que la ciudadanía apoyó la idea de una asamblea nacional constituyente, se eligieron sus integrantes. A pesar de que los movimientos afines al *chavismo* obtuvieron el 53% de los votos, debido a unas reglas electorales creadas bajo el auspicio del nuevo Presidente, el 96% de los escaños (123 de 131) fueron ocupados por personas ideológicamente alineadas con Chávez<sup>70</sup>. Como resultado, la oposición no tuvo la posibilidad de incidir de manera decisiva en la redacción de la Constitución de 1999<sup>71</sup>. Como observan Corrales y Penfold<sup>72</sup>, se trata de la Constitución más presidencialista de la región porque aumentó, de manera perceptible, los poderes del Presidente. Así, entre otras medidas, su periodo se extendió de cinco a seis años y se permitió la reelección presidencial por una única oportunidad. Adicionalmente, dada la impopularidad y los crecientes rumores de corrupción que rodeaban a la Corte Suprema, esta fue sustituida por el Tribunal Supremo de Justicia<sup>73</sup>.

Durante los primeros años del gobierno de Chávez no hubo ningún intento legal o constitucional directo dirigido a intervenir el Tribunal. No obstante, mediante estrategias de intimidación indirectas –como las manifestaciones multitudinarias que se convocaban antes de que el Tribunal decidiera para demostrar el apoyo popular a las políticas *chavistas* o las amenazas del gobierno de que no acataría las decisiones judiciales adversas–, se erosionó la independencia judicial<sup>74</sup>.

En el año 2002 hubo un intento de golpe de Estado que duró menos de 48 horas porque Chávez regresó a su cargo<sup>75</sup>. Este hecho es particularmente relevante porque el Tribunal Supremo decidió no juzgar los altos oficiales envueltos en dicho intento, lo cual generó perplejidad en el ejecutivo teniendo en cuenta que todos sus miembros habían sido nombrados por una asamblea nacional mayoritariamente gobiernista. Por lo anterior, hubo masivas manifestaciones *chavistas* en contra de las decisiones del Tribunal y la asamblea nacional (el nuevo legislativo venezolano) recomendó la remoción de uno de sus integrantes y destituyó de su cargo al autor de la decisión adversa señalada<sup>76</sup>. Dos años después, la oposición presentó una solicitud de revocatoria del mandato del Presidente y la Sala Elec-

---

<sup>69</sup> Cfr. Taylor M. The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez. *Journal of Latin American Studies*, 2014, 46(2), 250 y Landau, D. Constitution-Making gone wrong. *Alabama Law Review*, 2013, 64(5), 943-948.

<sup>70</sup> Cfr. Penfold M., Corrales J. & Hernández G. Los Invencibles: La reelección presidencial y los cambios constitucionales en América Latina. *Revista de Ciencia Política*, 2014, 34(3), 545 y Corrales, J. & Penfold, M. Crowding out the Opposition. *Journal of Democracy*, Venezuela: 2007, 18(2), 101.

<sup>71</sup> Sobre la falta de representación de la oposición en el proceso de redacción constitucional se puede ver a Landau, D., “Constitution-Making gone...”, *ob. cit.*, 942 y a Segura & Bejarano, *ob. cit.*, 225.

<sup>72</sup> *Ob. cit.*, 101.

<sup>73</sup> Cfr. Taylor, M., *ob. cit.*, 249 y Landau, D., “Constitution-Making gone...”, *ob. cit.*, 949.

<sup>74</sup> Taylor, M., *ob. cit.*, 249.

<sup>75</sup> Sobre el punto Corrales, J. & Penfold, M., *ob. cit.*, 102.

<sup>76</sup> Los detalles de estas solicitudes pueden verse en Taylor, M., *ob. cit.*, 251-252.

toral del Tribunal Supremo avaló dicha petición. Como consecuencia de ello, varios jueces de esta Sala fueron investigados<sup>77</sup>.

Como se observa, el Tribunal no era controlado aún por Chávez por lo cual a estas interferencias informales a su independencia se añadieron otras intervenciones formales o jurídicas<sup>78</sup>: en 2004 se expidió la Ley orgánica del Tribunal que aumentó el número de sus integrantes de 20 a 32. Adicionalmente, ante la mencionada destitución del autor de decisiones adversas y la renuncia de dos jueces de la Sala Electoral a causa de las investigaciones, el Presidente nombró 15 jueces leales a su gobierno<sup>79</sup> con lo cual sometió por completo al Tribunal que, a su vez, aprovechó para dejar sin efectos sus propias decisiones anteriores que eran desfavorables al *chavismo*<sup>80</sup>. Con este control absoluto sobre el *judicial review* el Presidente presentó en el 2007 una reforma constitucional para permitir, entre otros, una segunda reelección presidencial<sup>81</sup> que, a su turno, fue avalada por el Tribunal Supremo<sup>82</sup>. Sin embargo, esta reforma fue rechazada por el electorado en las urnas.

Dos años más tarde, una nueva enmienda sería promovida para permitir la reelección presidencial indefinida. A pesar de que la Constitución dispone que uno de los principios inderogables de la misma es la alternancia en el poder<sup>83</sup>, el Tribunal concluyó que esta enmienda era plenamente constitucional porque este principio no significa que el poder deba obligatoriamente rotarse entre diferentes partidos sino “[...] lo que exige es que el pueblo [...] tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios”<sup>84</sup>. Esta enmienda fue aprobada por el pueblo mayoritariamente y Chávez se mantuvo 14 años en el poder hasta la fecha de su muerte.

<sup>77</sup> *Ibidem*, 253.

<sup>78</sup> Diversos autores coinciden en esta afirmación: Castaldi, L. Judicial Independence Threatened in Venezuela: the removal of Venezuelan judges and the complications of the Rule of Law reform. *Georgetown Journal of International Law*, 2006, 37(3), 499; Corrales, J. & Penfold, M., *ob. cit.*, 104; Taylor, M., *ob. cit.*, 253 y Hirschl, R., *ob. cit.*, 750.

<sup>79</sup> *Cfr.* Taylor, M., *ob. cit.*, 254.

<sup>80</sup> Véase a Castaldi, L., *ob. cit.*, 501.

<sup>81</sup> *Cfr.* Brewer-Carías, A. Hacia la creación de un Estado socialista, centralizado y militarista en Venezuela (2007): análisis de la propuesta presidencial de reforma constitucional. *Vniversitas*, 2007, 114 y Bozo, A. La Democracia, la Soberanía Popular y el Poder Popular a la luz de la Reforma Constitucional Venezolana de 2007. *Frónesis*, 2008, 15(1).

<sup>82</sup> Ver el texto de Brewer-Carías, Allan. El Juez Constitucional vs. La Supremacía Constitucional. En *allanbrewercarias.com*. Fecha de consulta: 30 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/567.pdf>

<sup>83</sup> Sobre los fundamentos de la inalterabilidad de dicho principio puede verse a Brewer-Carías, Allan. Génesis y Evolución de la Constitución de 1999. En *allanbrewercarias.com*. Fecha de consulta: 30 de enero de 2015. Disponible en: [http://www.brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%200991.%20GENESIS%20Y%20EVOLUCI%C3%93N%20DE%20LA%20CONSTITUCI%C3%93N%20DE%201999.%20Monte%20A%20vila%202009.doc\).pdf](http://www.brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%200991.%20GENESIS%20Y%20EVOLUCI%C3%93N%20DE%20LA%20CONSTITUCI%C3%93N%20DE%201999.%20Monte%20A%20vila%202009.doc).pdf)

<sup>84</sup> *Sentencia 08-1610 de 2009*. Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, 2009. Fecha de consulta: 15 de enero de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html>

Algunos autores concluyen que durante su presidencia se consolidó un régimen iliberal por cuanto se desdibujó por completo el principio de separación de poderes<sup>85</sup> y los derechos fundamentales así como los derechos de la oposición se restringieron dramáticamente<sup>86</sup>.

## 2. Hungría

Luego de la caída de la Unión Soviética, Hungría reformó de manera profunda la Constitución comunista de 1949 para incluir una serie de aspectos propios de regímenes liberales: una amplia carta de derechos, así como un elenco de instituciones -que fuesen contrapeso del Parlamento (unicameral) y del Primer Ministro- dentro de las cuales se destaca de manera preponderante la Corte Constitucional<sup>87</sup>. Esta Corte tenía una amplia jurisdicción (con *actio popularis*) y, gracias a esta, logró desarrollar de manera admirable, en el concierto europeo, los derechos fundamentales y sociales y, simultáneamente, fue un dique efectivo contra los excesos del legislativo y del ejecutivo<sup>88</sup>. Aunque originalmente la Constitución de 1989 establecía que esta podía ser *reformada* con el consenso de 2/3 partes del Parlamento, para efectos de evitar que una mayoría circunstancial abusara del poder reforma, a mediados de los noventa se añadió un artículo (24.5) que disponía que la *creación* de una nueva constitución requería del voto afirmativo de las 4/5 partes del Parlamento<sup>89</sup>. De 1989 a 2010, solo en una ocasión el partido liberal logró una mayoría parlamentaria de 2/3 partes, pero la Constitución no fue reformada de manera sustancial<sup>90</sup>.

En las elecciones parlamentarias de 2010 el partido Fidesz (y el aliado partido demócrata cristiano) obtuvo el 53% de apoyo popular ante el descontento por la crisis económica que muchos atribuían al partido liberal<sup>91</sup>. Sin embargo, debido a las reglas electorales existentes, Fidesz logró hacerse con el 68% de los escaños, vale decir, más de las 2/3 partes del parlamento<sup>92</sup> lo cual fue interpretado por ese partido como una “revolución en las urnas”<sup>93</sup>. La

<sup>85</sup> Cfr. Corrales, J. & Penfold, M., *ob. cit.*, 99.

<sup>86</sup> Este el argumento de López-Maya, M. Venezuela: The Political Crisis of Post-Chavismo. *Social Justice*, 2014, 40(4) y Loperena, G. Chavez’s Charade Democracy in Venezuela. *Harvard International Review*, 2003, 35(2).

<sup>87</sup> Ver a Kovács, K. & Tóth, G. Hungary’s Constitutional Transformation. *European Constitutional Law Review*, 2008, 7, 184 y Halmai, G. The reform of constitutional law in Hungary after the transition. *Legal Studies*, 1998, 18(2), 188.

<sup>88</sup> Cfr. Halmai, G., *ob. cit.*, 196; Scheppele, K. Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary). *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2014, 23(1), 68; ARATO, A. Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: after success, partial failure, and now what? *South African Journal on Human Rights*, 2010, 26(1), 32 y BRETTER, Z. Halfway or no way? *Politeja*, 2014, 28, 10-11.

<sup>89</sup> Cfr. Kovács, K. & Tóth, G., *ob. cit.*, 187.

<sup>90</sup> Cfr. Jakab, A. & Sonnevend, P. Continuity with deficiencies: The New Basic Law of Hungary. *European Constitutional Law Review*, 2013, 9, 104.

<sup>91</sup> Véase a Deák, A. Hungarian Dances—The Origins and the Future of Viktor Orbán’s Revolution. *Lithuanian Annual Strategic Review*, 2013, 11(1), 150.

<sup>92</sup> Scheppele, K., *ob. cit.*, 61 y Kovács, K. & Tóth, G., *ob. cit.*, 188.

<sup>93</sup> El uso se esta expresión es constantemente repetido por los autores para demostrar que Fidesz interpretó esta victoria como una revolución. Ver a Deák, A., *ob. cit.*, 145; Bretter, Z., *ob. cit.*, 6 y Rupnik, J. Hungary’s Illiberal Turn. How things went wrong. *Journal of Democracy*, 2012, 23(3), 132.

nueva mayoría eligió a Viktor Orbán como Primer Ministro y, bajo su liderazgo, se adelantaron múltiples reformas constitucionales a la Constitución postcomunista de 1989. Una de las primeras enmiendas consistió en la eliminación del antedicho artículo 24.5 que exigía 4/5 partes para la derogatoria de la Constitución<sup>94</sup>. De este modo, se abrió el camino para la expedición de nueva Constitución con la aquiescencia de las 2/3 partes del Parlamento controlado por Fidesz<sup>95</sup>.

Sin embargo, antes de la presentación de una nueva Constitución, Fidesz aprobó una serie de leyes promovidas por Orbán que creaban algunos impuestos retroactivos de hasta el 98% sobre las mesadas pensionales de los trabajadores estatales<sup>96</sup>. En octubre de 2010 la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de dicho impuesto por quebrantar la seguridad jurídica<sup>97</sup> ante lo cual, el gobierno de Orbán respondió con una enmienda rápidamente aprobada por sus mayorías que reproducía, en buena medida, las leyes declaradas inconstitucionales. Sin embargo, en mayo de 2011, la Corte anularía nuevamente otras medidas impositivas del gobierno lo cual generó una reacción mucho más fuerte porque el Parlamento reformó la Constitución para limitar la jurisdicción de la Corte: en los casos en los que la deuda interna húngara superase el 50% del Producto Interno Bruto, la Corte sólo podría ejercer el control de constitucionalidad de las leyes relativas a impuestos solo si estas quebrantaban los derechos a la vida, dignidad humana, hábeas data, libertad de pensamiento, conciencia o religión, así como los derechos de la ciudadanía húngara<sup>98</sup>. Para Jakab y Sonnevend<sup>99</sup>, esta norma limitante que en apariencia es transitoria resulta ser, en realidad, permanente puesto que la deuda generalmente supera el 80% del Producto Interno.

En julio de 2011, varios ciudadanos intentaron que la Corte declarase la inconstitucionalidad de esta reforma, ante lo cual este Tribunal respondió que la Constitución de 1989 no le otorgaba la posibilidad de adelantar el control de reformas constitucionales por razones de fondo o materiales<sup>100</sup>. Esta decisión sellaría la suerte de la Corte: el gobierno planeaba, desde su llegada, la creación de una nueva Constitución que fue aprobada con sus 2/3 partes parlamentarias en un breve lapso<sup>101</sup> y que entró a regir en enero de 2012<sup>102</sup>. La nueva Ley Fundamental de Hungría fue redactada sin la oposición y, debido a las mayorías de Fidesz, refleja de una manera fiel el ideario de este partido y de Orbán<sup>103</sup>. Dentro de los puntos más sobresalientes de la nueva Constitución, debe destacarse que uno de los objetivos centrales era limitar a las instituciones de control y, en especial, a la Corte Constitucional. En efecto;

---

<sup>94</sup> Así lo documentan Kovács, K. & TóTH, G., *ob. cit.*, 188 y Arato, A., *ob. cit.*, 43.

<sup>95</sup> *Cfr.* Scheppele, K., *ob. cit.*, 62-63.

<sup>96</sup> Kovács, K. & Tóth, G., *ob. cit.*, 192.

<sup>97</sup> Ver el análisis de Scheppele, K., *ob. cit.*, 73.

<sup>98</sup> *Cfr.* Scheppele, K., *ob. cit.*, 70.

<sup>99</sup> Jakab, A. & Sonnevend, P., *ob. cit.*, 123.

<sup>100</sup> *Cfr.* Scheppele, K., *ob. cit.*, 74 y Halmai, G. Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution? *Constellations*, 2012, 19(2), 182 y 194.

<sup>101</sup> *Cfr.* Scheppele, K., *ob. cit.*, 64.

<sup>102</sup> *Cfr.* Jakab, A. & Sonnevend, P., *ob. cit.*, 102.

<sup>103</sup> *Cfr.* Scheppele, K., *ob. cit.*, 64 y Jakab, A. & Sonnevend, P., *ob. cit.*, 103.

- Se mantuvo la restricción en la jurisdicción de la Corte Constitucional en relación con las normas relativas a impuestos de tal modo que estas medidas, no podían ser revisadas a la luz de todos los derechos contenidos en la nueva Ley Fundamental (como los derechos sociales) sino solo de cara a ciertas disposiciones<sup>104</sup>.
- Se eliminó la acción popular, esto es, la posibilidad de que cualquier ciudadano pudiera presentar directamente sus reclamos ante la Corte<sup>105</sup>. Así las cosas, únicamente ciertos funcionarios (cercaos a Fidesz) podrían solicitar la actuación de la Corte<sup>106</sup>.
- Se aumentó el número de integrantes de la Corte de 11 a 15 los cuales fueron elegidos por Fidesz<sup>107</sup>.
- Se modificó la forma de elección de los miembros de la Corte Constitucional. De este modo, ya no se requiere de un consenso con los partidos de oposición para su elección, sino que basta con el voto de 2/3 partes de los integrantes del Parlamento<sup>108</sup>.
- Se aprobó la enmienda 4 a la Ley Fundamental que deja sin efectos varias tesis jurisprudenciales de la Corte relativas, entre otros, a aspectos tales como la prohibición de criminalizar la indigencia o la obligación de que los estudiantes que hubiesen recibido apoyo estatal para su educación, permaneciesen en territorio húngaro por un periodo de tiempo<sup>109</sup>.
- Se modificó el modo de elección de varios órganos de control para que Fidesz pudiese elegirlos<sup>110</sup>.

En 2013, la enmienda 4 fue analizada por la Corte Constitucional, pero esta concluyó que no tenía competencia para examinar la constitucionalidad de reformas constitucionales. En 2014 Fidesz obtendría una nueva mayoría en el Parlamento y Orbán fue reelegido como Jefe de Gobierno<sup>111</sup>, con lo cual la “*constitutional revenge*” en contra de la Corte, terminó por someterla al ejecutivo<sup>112</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Como refiere Scheppele<sup>113</sup>, a pesar de que se tenía la esperanza que las Cortes creadas en democracias en transición serían guardianas de la democracia constitucional, muchas de

<sup>104</sup> Al respecto ver a Kovács, K. & Tóth, G., *ob. cit.*, 202.

<sup>105</sup> Ver a Scheppele, K., *ob. cit.*, 75.

<sup>106</sup> *Cfr.* Jakab, A. & Sonnevend, P., *ob. cit.*, 123.

<sup>107</sup> Scheppele, K., *ob. cit.*, 71 y Fleck, Zoltán, et. al. (2011). Opinion on the Fundamental Law of Hungary, 2011, 28. Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015. Disponible en: <http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/amicus-to-vc-english-final.pdf>

<sup>108</sup> *Cfr.* Scheppele, K., *ob. cit.*, 71 y Kovács, K. & Tóth, G., *ob. cit.*, 193.

<sup>109</sup> Ver a Halmi, Gábor. The End of Liberal Constitutionalism in Hungary? En *Int'l J. Const. L. Blog*, Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015. Disponible en: <http://www.iconnectblog.com/2013/04/the-end-of-liberal-constitutionalism-in-hungary>

<sup>110</sup> Esto puede verse en detalle en Bánkúti, M., Halmi, G. & Scheppele, K. Disabling the Constitution. *Journal Of Democracy*, 2012, 23(3), 140-141, 143-145 Y Kornai, J. Hungary's U-Turn: Retreating from Democracy. *Journal of Democracy*, 2015, 26(3), 35.

<sup>111</sup> *Cfr.* Kornai, J., *ob. cit.*, 42.

<sup>112</sup> *Cfr.* Scheppele, K., *ob. cit.*, 96 y 106.

<sup>113</sup> Ver Scheppele, K. Guardians of the Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle for the Rule of Law in Post-Soviet Europe. *University of Pennsylvania Law Review*, 2006, 154(6), 1757-1758.

ellas han sucumbido ante el poder de otros actores estatales. La pregunta que surge en este punto tiene que ver entonces con cuáles son los factores políticos e institucionales que han permitido o impedido que un Tribunal Constitucional joven perdure y se consolide como institución protectora de la democracia. A la luz de los cuatro casos estudiados, a continuación, se ofrecen algunas de esas variables:

- Primero que todo, debe decirse que las cortes de regímenes transicionales no solo son actores jurídicos sino también políticos. En ese sentido, como han señalado varios autores<sup>114</sup>, además de las reglas jurídicas las cortes ponderan elementos extrajurídicos tales como las posibles reacciones provenientes de otras ramas del poder. Existe una probabilidad más alta de que estas reacciones se produzcan en jóvenes democracias, en las cuales las herramientas jurídicas se utilizan para lograr fines autoritarios (i.e. constitucionalismo abusivo). En ese orden de ideas, si el orden jurídico no es un límite para el gobernante (sino más bien un instrumento para ser manipulado a su favor), es necesario estudiar la influencia de los factores extrajurídicos (o políticos) en la labor judicial.
- En tal contexto, un primer factor fundamental es un respeto mínimo hacia la independencia de las Cortes por parte del ejecutivo<sup>115</sup>. Es revelador que, en los casos de Colombia e India, si bien existieron fricciones entre las Cortes y el ejecutivo, nunca se intentó aumentar el número de jueces para elegir miembros leales al gobierno. Por oposición, una de las muestras más evidentes del desprecio por la existencia de un Tribunal independiente que es considerado como un obstáculo, es el aumento de sus integrantes para nombrar jueces proclives a las políticas gubernamentales (Hungria-Venezuela).
- Un segundo factor crucial es el prestigio de las Cortes<sup>116</sup>. En tal sentido, tanto la Corte colombiana como la india gozaban de una gran reputación intelectual y académica dentro sus respectivas sociedades y, por consiguiente, Uribe y Gandhi acataron las decisiones contrarias a sus intereses como muestra de respeto por una institución con amplia aceptación popular<sup>117</sup>. Por el contrario, en el caso venezolano la pésima imagen institucional de la desaparecida Corte Suprema allanó el terreno para su aniquilación y la creación de un nuevo Tribunal dependiente del gobierno.
- En línea con esto, el respeto por las Cortes no sólo debe extenderse en la ciudadanía para efectos de garantizar su perdurabilidad, sino que este también debe permear a las demás ramas del poder. Así, una deferencia mínima hacia la labor de las Cortes por parte del ejecutivo, así como el respaldo de otras instituciones de control (como organismos internacionales o a nivel interno defensorías u oficinas de Derechos Humanos) es vital para detener un régimen abusivo<sup>118</sup> como el de Hungría que, como se vio, logró controlar todas estas instituciones que podrían ser contrapesos eficaces contra Orbán.

<sup>114</sup> Ver a Ginsburg, T., *ob. cit.* y a Varol, O., *ob. cit.*

<sup>115</sup> *Cfr.* Tushnet, M., *ob. cit.*, 438.

<sup>116</sup> Véase a Scheppele, K. “Guardians of the Constitution...”, *ob. cit.*, 1760 y Scheppele, K., “Constitutional Coups and Judicial Review...”, *ob. cit.*, 54.

<sup>117</sup> Como bien anotan Dixon y Landau, “la doctrina [del control material de enmiendas] es lejos de ser una solución perfecta: esta depende del apoyo popular y judicial, así como de la voluntad política” (traducción libre). Dixon, Rosalind & Landau, David. Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendments. En: *Social Science Research Network*, 2015, 2. Fecha de consulta: 15 de octubre de 2015. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2624838](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2624838)

<sup>118</sup> Sobre este punto concuerdan Scheppele, K., “Constitutional Coups and Judicial Review...”, *ob. cit.*, 54; Issacharoff, S. “Constitutional Courts and Democratic Hedging...”, *ob. cit.*, 1011; Arato, A, *ob. cit.*, 44 y Hirschl, R., *ob. cit.*, 723, 744 y 748.

- Por otro lado, alguna parte de la literatura que ha estudiado Cortes en democracias en transición, señala que el campo de acción para un Tribunal Constitucional será más amplio si la distribución del poder es más difusa<sup>119</sup>. Así, por ejemplo, los ataques hacia la Corte Suprema india han desaparecido porque desde la era de Gandhi, ningún otro partido político ha logrado tener una mayoría amplísima del Parlamento. Por el contrario, la concentración de poder en Venezuela y Hungría, ha impedido que sus Tribunales Constitucionales desarrollen una labor más activa para efectos de diluir el abuso constitucional que allí se vive.
- Adicionalmente, se debe señalar que un escenario ideal para efectos de evitar la formación de un régimen constitucional autoritario, es diseñar mecanismos que impidan que el gobernante de turno pueda manipular el Derecho para conseguir objetivos contrarios al bien común. Así, es interesante notar que, en los cuatro casos reseñados, los mecanismos de reforma constitucional fueron medios de los cuales se valió el ejecutivo (en conjunto con el legislativo) para someter a las cortes. Esto es así dado que en las cuatro experiencias el proceso de enmienda constitucional no impone límites al poder de reforma especialmente rígidos y, por consiguiente, no existe un desincentivo para el gobernante que pretende abusar de las reformas. Por el contrario, es interesante notar cómo en los Estados Unidos o en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, los gobernantes no son proclives al abuso del poder de reforma, dadas las exigentes condiciones procesales en el caso norteamericano<sup>120</sup> y materiales en la experiencia europea<sup>121</sup>.
- Finalmente, y dentro del enfoque estratégico anunciado, las Cortes deben ser muy prudentes en el entendido que solo deben intervenir contra una política mayoritariamente auspiciada por el gobierno y el legislativo si, y solo si, es para evitar la destrucción del régimen constitucional<sup>122</sup>. Aunque a primera vista podría pensarse que la doctrina de la *estructura básica* de India es excesivamente desconfiada de las instituciones mayoritarias, debe tenerse en cuenta que esta salvó a este país de la consolidación de una dictadura constitucional. Una Corte agresiva que bloquee sistemáticamente las políticas de un gobierno popular, fracasará porque el gobernante percibirá que esta es un opositor político que debe contenerse<sup>123</sup>.

\* \* \*

## BIBLIOGRAFÍA

Albert, R. "Amending constitutional amendment rules". *International Journal of Constitutional Law*. 2015, 13(3), 655-685.

<sup>119</sup> Esa es la sugerente propuesta de Ginsburg, T., *ob. cit.*, 17-18.

<sup>120</sup> Sobre los muy exigentes requisitos formales para reformar la Constitución Federal véase a Benítez R., Vicente F. *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*. Bogotá: Temis y Universidad de La Sabana, 2014, 59-64. Estas exigencias han llevado a que la Corte Suprema de Justicia norteamericana se abstenga de realizar un control de constitucionalidad a las enmiendas. Véase el caso *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939).

<sup>121</sup> Sobre la cláusula de eternidad dispuesta en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn, así como la prudente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en relación con las reformas ver a Benítez R., Vicente F., *ob. cit.*, 113-163.

<sup>122</sup> *Cfr.* Dixon R. & Landau, D., *ob. cit.*, 627 y Yap P.J., *ob. cit.*, 132.

<sup>123</sup> *Cfr.* Issacharoff, S. "Constitutional Courts and Consolidated...", *ob. cit.*, 611 y Gardbaum, S., *ob. cit.*, 303-306.

Arato, A. "Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: after success, partial failure, and now what?" *South African Journal on Human Rights*, 2010, 26(1), 19-44.

Austin, G. "The Supreme Court and the Struggle for Custody of the Constitution". En B.N. KIRPAI et. al., eds., *Supreme but not infallible, Essays in Honour of the Supreme Court of India*. Nueva Delhi: Oxford University Press, 2011, 1-15.

BÁNKUTI, M., HALMAI, G. & SCHEPPELE, K. "Disabling the Constitution". *Journal of Democracy*, 2012, 23(3), 138-146.

Benítez R., Vicente F. *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*. Temis y Universidad de La Sabana, Bogotá 2014.

Bernal-Pulido, C. "Transitional Justice within the Framework of a Permanent Constitution: the case study of the Legal Framework for Peace in Colombia". *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014, 3(4), 1136-1163.

Bhanu-Mehta, P. "The rise of Judicial Sovereignty". *Journal of Democracy*, 2007, 18(2), 70-83.

Bozo, A. "La Democracia, la Soberanía Popular y el Poder Popular a la luz de la Reforma Constitucional Venezolana de 2007". *Frónesis*, 2008, 15(1), 58-71.

Bretter, Z. "Halfway or no way?" *Politeja*, 2014, 28, 5-30.

Brewer-Carías, A. *Hacia la creación de un Estado socialista, centralizado y militarista en Venezuela (2007): Análisis de la propuesta presidencial de reforma constitucional*. Universitas, 2007, 114, 145-190.

Cajas, Mario Alberto. *El control judicial a la reforma constitucional, Colombia, 1910-2007*. Universidad ICESI, Cali 2008.

Carrillo, Fernando. *Constitucionalizar la democracia social. El proceso constituyente de 1991 y América Latina*. Temis, Bogotá 2011.

Castaldi, L. "Judicial Independence Threatened in Venezuela: the removal of Venezuelan judges and the complications of the Rule of Law reform". *Georgetown Journal of International Law*, 2006, 37(3), 477-506.

Cepeda-Espinosa, M.J. "Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court". *Washington University Global Studies Law Review*, 2004 3(4), 529-700

\_\_\_\_\_, "Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court". *Texas Law Review*, 2010-2011, 89(7), 1699-1705.

Corrales, J. & Penfold, M. "Venezuela: Crowding out the Opposition". *Journal of Democracy*, 2007, 18(2), 99-113.

Das, G. "The Supreme Court: An Overview". En B.N. Kirpai et. al., eds., *Supreme but not infallible, Essays in Honour of the Supreme Court of India*. Nueva Delhi: Oxford University Press, 2011, 15-47.

Deák, A. "Hungarian Dances-The Origins and the Future of Viktor Orbán's Revolution". *Lithuanian Annual Strategic Review*, 2013, 11(1), 145-168.

Dixon, R. & Landau, D. "Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendments". *International Journal of Constitutional Law*, 2015, 13(3), 606-638.

Dugas, J. "The Origin, Impact and Demise of the 1989-1990 Colombian Student Movement: Insights from Social Movement Theory". *Journal of Latin American Studies*, 2011, 33(4), 807-837.

Gardbaum, S. "Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?" *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014-2015, 53(2), 285-320.

Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. Cambridge University Press, Nueva York 2006.

Halmi, G. "The reform of constitutional law in Hungary after the transition". *Legal Studies*, 1998, 18(2), 188-196.

\_\_\_\_\_, "Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?" *Constellations*, 2012, 19(2), 182-203.

Hirschl, R. "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide". *Fordham Law Review*, 2006, 75(2), 721-754

Issacharoff, S. "Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies". *Texas Law Review*, 2003-2004, 82(7), 1861-1893.

\_\_\_\_\_, "Constitutional Courts and Democratic Hedging". *Georgetown Law Journal*, 2010-2011, 99(4), 961-1012.

\_\_\_\_\_, "Constitutional Courts and Consolidated Power". *The American Journal of Comparative Law*, 2014, 62(3), 585-612.

Jakab, A. & Sonnevend, P. "Continuity with deficiencies: The New Basic Law of Hungary". *European Constitutional Law Review*, 2013, 9, 104-138.

Kornai, J. Hungary's U-Turn: "Retreating from Democracy". *Journal of Democracy*, 2015, 26(3), 34-48.

Kovács, K. & Tóth, G. "Hungary's Constitutional Transformation". *European Constitutional Law Review*, 2008, 7, 183-203

Krishnamurthy, V. "Colonial Cousins: Explaining India and Canada's Unwritten Constitutional Principles". *The Yale Journal of International Law*, 2009, 34(1), 207-239.

Landau, D. "Abusive Constitutionalism". *U. C. Davis Law Review*, 2013, 47(1), 189-260.

\_\_\_\_\_, "Constitution-Making gone wrong". *Alabama Law Review*, 2013, 64(5), 923-980.

\_\_\_\_\_, "A Dynamic Theory of Judicial Role". *Boston College Law Review*, 2014, 55(5), 1501-1561.

Loperena, G. "Chavez's Charade Democracy in Venezuela". *Harvard International Review*, 2003, 35(2), 13-14.

López-Maya, M. "Venezuela: The Political Crisis of Post-Chavismo". *Social Justice*, 2014, 40(4), 68-87.

Mate, M. "Two Paths to Judicial Power: The Basic Structure Doctrine and Public Interest Litigation in Comparative Perspective". *San Diego International Law Journal*, 2010-2011, 12, 175-222.

Moustafa, Tamir & Ginsburg, Tom. "Introduction: The Function of Courts in Authoritarian Politics". En T. Ginsburg y T. Moustafa, eds. *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge University Press, Nueva York 2010, 1-22.

Neuborne, B. "The Supreme Court of India". *International Journal of Constitutional Law*, 2003, 1(3), 476-510.

Osuna, N. "La sentencia del referendo: guarda de la Constitución ante el uso instrumental de la democracia". En E. Montealegre, coord., *Anuario de Derecho Constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte constitucional, período 2002 y primer semestre 2003*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 23-40.

Penfold M., Corrales J. & Hernández G. "Los Invencibles: La reelección presidencial y los cambios constitucionales en América Latina". *Revista de Ciencia Política*, 2014, 34(3), 537-559.

Pizzolo, C. "Populismo y rupturas constitucionales: los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador". *Estudios Constitucionales*, 2007, 5(1), 371-394.

Posada-Carbó, E. "Colombia after Uribe". *Journal of Democracy*, 2011, 22(1), 137-151.

Prateek, S. "Today's promise, tomorrow's Constitution: 'Basic Structure', constitutional transformations and the future of political progress in India". *National University of Juridical Sciences*, 2008, 1(3), 417-498.

Quinche, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Temis, Bogotá 2012.

Rajeev-Gowda, M.V. & Sridharan, E. "Parties and the Party System, 1947-2006". En S. Ganguly, et. al., eds., *The State of India's Democracy*. The John Hopkins University Press, Baltimore 2007, 3-25.

Ramachandran, R. "The Supreme Court and the Basic Structure Doctrine". En B.N. KIRPAI et. al., eds., *Supreme but not infallible, Essays in Honour of the Supreme Court of India*. Nueva Delhi: Oxford University Press, 2011, 107-133.

Ramírez Cleves, G. "El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003". *Revista Derecho del Estado*. 2006, 18, 3-32.

Revelo, J. "La Defensoría del Pueblo: el silencio complaciente". En García y Revelo, eds., *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia, 2002-2009*. DeJusticia, Bogotá 2009, 146-175.

Robinson, N. "Expanding Judiciaries: India and the rise of the Good Governance Court", *Washington University Global Studies Law Review*, 8(1), 2009, 1-69.

Rondón, Hildegard. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*. Ex-Libris, Caracas 2004.

Roznai, Y. "Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional Idea". *American Journal of Comparative Law*, 2013, 61(3), 657-719.

Rubiano, S. “La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política”. En García y Revelo, eds., *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia, 2002-2009*. DeJusticia, Bogotá 2009, 84-145.

\_\_\_\_\_, “La independencia del Banco de la República y la reelección presidencial”. En García y Revelo, eds., *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia, 2002-2009*. DeJusticia, Bogotá 2009, 207-243.

Rupnik, J. Hungary’s Illiberal Turn. How things went wrong. *Journal of Democracy*, 2012, 23(3), 132-137.

Sathe S.P. “India: From Positivism to Structuralism”. En J. Goldsworthy, ed., *Interpreting Constitutions. A comparative study*. Oxford University Press, Oxford 2009, 215-265.

\_\_\_\_\_, *Judicial activism in India. Transgressing Borders and Enforcing Limits*. Nueva Delhi: Oxford University Press, 2011.

Scheppele, K. “Guardians of the Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle for the Rule of Law in Post-Soviet Europe. *University of Pennsylvania Law Review*, 2006, 154(6), 1756-1851.

\_\_\_\_\_, “Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary)”. *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2014, 23(1), 51-117.

SEGURA, R. & BEJARANO, A. “¿Ni una asamblea más sin nosotros! Exclusion, Inclusion, and the Politics of Constitution-Making in the Andes”. *Constellations*, 2004, 11(2), 217-236.

Taylor M. “The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez”. *Journal of Latin American Studies*, 2014, 46(2), 229-259.

Templeman, L. “The Supreme Court and the Constitution”. En B.N. Kirpai et. al., eds., *Supreme but not infallible, Essays in Honour of the Supreme Court of India*. Nueva Delhi: Oxford University Press, 2011, 48-56.

Tushnet, M. “Authoritarian Constitutionalism”. *Cornell Law Review*, 2014-2015, 100(2), 391-461.

Uprimny, R. “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”. *Texas Law Review*, 2011, 89(7), 1587-1609.

Valencia-Villa, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Panamericana, Bogotá 2010.

Varol, O. *Stealth Authoritarianism. Iowa Law Review*, 2015, 100 (4), 1673-1742.

Yap, P.J. “The conundrum of unconstitutional constitutional amendments”. *Global Constitutionalism*, 2015, 4(1), 114-136.

### Recursos de Internet

Brewer-Carías, Allan. “El Juez Constitucional vs. La Supremacía Constitucional”, 1-46. En [allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com). Fecha de consulta: 30 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/567.pdf>

\_\_\_\_\_, “Génesis y Evolución de la Constitución de 1999”, 1-20. En [allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com). Fecha de consulta: 30 de enero de 2015. Disponible en: [http://www.brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I, %201, %20991. %20GENESIS%20Y%20EVOLUCI%C3%93N%20DE%20LA%20CONSTITUCI%C3%93N %20DE%201999.%20Monte%C3%A1vila%202009.doc\).pdf](http://www.brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%20991.%20GENESIS%20Y%20EVOLUCI%C3%93N%20DE%20LA%20CONSTITUCI%C3%93N%20DE%201999.%20Monte%C3%A1vila%202009.doc).pdf)

Dixon, Rosalind & Landau, David. “Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendments”. En: *Social Science Research Network*, 2015. Fecha de consulta: 15 de octubre de 2015. Recuperado de: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2624838](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2624838)

Datar, Arvind. “The case that saved Indian democracy”. En: *The Hindu*, 2013. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.thehindu.com/opinion/op-ed/the-case-that-saved-indian-democracy/article4647800.ece>

Fleck, Zoltán, et. al. “Opinion on the Fundamental Law of Hungary”, 2011, 1-40. Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015. Disponible en: <http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/amicus-to-vc-english-final.pdf>

GOLAKNATH v. STATE OF PUNJAB. Corte Suprema de Justicia de la India, 1967. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=2449>

Halmi, Gábor. “The End of Liberal Constitutionalism in Hungary?” En *Int’l J. Const. L. Blog*, Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015. Disponible en: <http://www.iconnectblog.com/2013/04/the-end-of-liberal-constitutionalism-in-hungary>

Indira Gandhi v. Raj Narain. Corte Suprema de Justicia de la India, 1975. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://judis.nic.in/supremecourt/imgst.aspx?filename=21564>

Kesavananda Bharati v. State of Kerala. Corte Suprema de Justicia de la India, 1973. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=29981>

Minerva Mills v. Union of India. Corte Suprema de Justicia de la India, 1980. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=4488>

Sankari Prasad v. Union of India. Corte Suprema de Justicia de la India, 1951. Fecha de consulta: 14 de enero de 2014. Disponible en <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=1174>

Sentencia 08-1610 de 2009. Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, 2009. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/ Febrero/53-3209-2009-08-1610.html](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html)

Sentencia C-141 de 2010. Corte Constitucional de Colombia, 2010. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>

Sentencia C-574 de 2011. Corte Constitucional de Colombia, 2011. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>

Sentencia C-1040 de 2005. Corte Constitucional de Colombia, 2005. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>

## *Comentarios al recurso de control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte IDH creado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*

*Artículo 26. "PACTA SUNT SERVANDA". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*

*Artículo 27. EL DERECHO INTERNO y LA OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*

*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 1969 en vigencia desde enero de 1980. No suscrita o ratificada por Venezuela.*

Jorge C. Kiriakidis L.\*

*Abogado*

**Resumen:** *La Jurisprudencia de la Sala Constitucional del TSJ ha "creado" un mecanismo para controlar la "constitucionalidad y convencionalidad" de las decisiones de la CIDH. Se trata de un mecanismo no previsto en la Constitución y no previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata de un control cuyo proceso de creación es – desde la Constitución Venezolana – cuestionable. Se trata además de un mecanismo que supone la infracción de normas y derechos previstos en la Constitución. Se trata además de un mecanismo que supone una subversión de los compromisos internacionales asumidos por la República y una infracción a normas y principios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

**Palabras Clave:** *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Control de Constitucionalidad. Control de Convencionalidad. Jurisprudencia. Sala Constitucional del TSJ. PACTA SUNT SERVANDA. Responsabilidad internacional del Estado Venezolano.*

**Abstract:** *The Jurisprudence of the Constitutional Chamber of the TSJ has "created" a mechanism to control the "constitutionality and conventionality" of the decisions of the CIDH. It is a mechanism not provided for in the Constitution and not provided for in the American Convention on Human Rights. This is a control whose process of creation is - from the Venezuelan Constitution - questionable. It is also a mechanism that involves the violation of norms and rights provided for in the Constitution. It is also a mechanism that involves a subversion of the international commitments assumed by the Republic and a violation of norms and principles of the American Convention on Human Rights.*

**Key words:** *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Control de Constitucionalidad. Control de Convencionalidad. Jurisprudencia. Sala Constitucional del TSJ. PACTA SUNT SERVANDA. Responsabilidad internacional del Estado Venezolano.*

---

\* Abogado UCAB, DSU Derecho Administrativo Paris-Pantheon, Especialización Derecho Procesal Constitucional UMA, Maestría en Derecho Procesal Constitucional UNLZ-Argentina (Terminada la Carga Académica – Tesis en elaboración). Profesor de Post Grado UMA (en la Especialización de Derecho Procesal Constitucional) y UCAB (en la Maestría de Derecho Constitucional y en la Especialización de Derecho Administrativo), Ex Profesor Pregrado UCV.

## INTRODUCCIÓN

En un eje jurisprudencial que conforman tres (3) sentencias (la sentencia N° 1939 de 18/12/2008<sup>1</sup>, la sentencia N° 1547 de fecha 17/10/2011<sup>2</sup> y la sentencia N° 1175 de fecha 10/09/2015<sup>3</sup>), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha *creado* una particular forma de aplicación de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, y concretamente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, merced de la cual el último y máximo garante del respeto a los derechos humanos y de la recta interpretación de los tratados sobre Derechos Humanos (incluida la mencionada Convención Americana sobre Derechos Humanos) es –en los asuntos que conciernen a la República Bolivariana de Venezuela– la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolana.

La idea así enunciada *podría* parecer enmarcada dentro de lo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) ha denominado como “el Control de la Convencionalidad” (Casos *Almonacid Arellano vs. Chile de 26/09/2006*<sup>4</sup> y *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú 24/11/2006*<sup>5</sup>).

<sup>1</sup> Cuyo texto original se puede consultar en el portal oficial del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano en el enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTML> y de la que ha hecho oportunos comentarios Brewer-Carías, Allan. “El Juez Constitucional Vs. La Justicia Internacional en materia de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Público* N° 116, octubre diciembre 2008, EDJV, Caracas 2009, pp. 249-260 y AYALA, Carlos La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009) en la obra colectiva *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (Tomo II) Coordinada por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Mariela Morales Antoniazzi. Ediciones de la UNAM, México 2010, pp. 85-157. Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx /libros/6/2895/7.pdf>

<sup>2</sup> Cuyo texto original se puede consultar en el portal oficial del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano en el enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.HTML> y de la que ha hecho oportunos comentarios Brewer-Carías, Allan. “Del ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: Caso: *Leopoldo López vs Venezuela*. Septiembre 2011. *Revista de Derecho Público* N° 128, octubre diciembre 2011, EDJV, Caracas 2012, pp. 227-250.

<sup>3</sup> Cuyo texto original se puede consultar en el portal oficial del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano en el enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/181181-1175-10915-2015-15-0992.HTML> y de la que ha hecho oportunos comentarios Brewer-Carías, Allan. *La condena al Estado en el caso Granier y otros (RCTV) vs. Venezuela, por violación a la libertad de expresión y de diversas garantías judiciales*. Y de cómo el Estado, ejerciendo una bizarra “acción de control de convencionalidad” ante su propio Tribunal Supremo, ha declarado inejecutable la sentencia en su contra, Caracas 2015.” Consultado en: [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20condena%20al%20Estado%20en%20el%20caso%20CIDH%20Granier%20\(RCTV\)%20vs.%20Venezuela.%2014%20sep.%202015.pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20condena%20al%20Estado%20en%20el%20caso%20CIDH%20Granier%20(RCTV)%20vs.%20Venezuela.%2014%20sep.%202015.pdf).

<sup>4</sup> “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las

Sin embargo, esa impresión es enteramente errada.

La creación del tribunal venezolano no se refiere al poder atribuido a los tribunales de los países miembros de la OEA y signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de procurar que el ordenamiento interno respete los derechos humanos consagrados por la Convención, desaplicando –aún de oficio– aquellos actos que supongan un atentado a esos derechos, en una suerte de control complementario de la constitucionalidad, y utilizando para ello, como referencia, los contenidos de la Convención e incluso las interpretaciones que de tales derechos ha hecho la Corte IDH (que es lo que en principio supone el *control interno de la convencionalidad*<sup>6</sup> tal y como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte IDH antes citada).

El instituto creado por la Sala Constitucional supone la atribución del máximo tribunal de derecho interno (el Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, y concretamente la Sala Constitucional de dicho tribunal) para revisar **las decisiones de la Corte IDH** en los casos en los que la República Bolivariana de Venezuela ha sido condenada (pues evidentemente ese poder no se ejerce respecto de aquellos asuntos en los que la República Bolivariana de Venezuela ha resultado victoriosa), resolviendo si tales decisiones se ejecutan o no.

No se trata –aun cuando la idea parece haber sido *antecedente* en algún momento contemplado por la Jurisprudencia de la Sala Constitucional como lo ha explicado AYALA<sup>7</sup>– de someter a los fallos de los tribunales internacionales a una especie de *execuatur* o pasavante **(que en todo caso llevaría adelante quien pretende la ejecución del fallo**, como un medio

---

*normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*” Consultada en el Portal Oficial de la Corte IDH en el enlace: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).

<sup>5</sup> “128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.” Consultada en el Portal Oficial de la Corte IDH en el enlace: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

<sup>6</sup> Según el profesor Carlos Ayala “El control interno de la convencionalidad es el que debe ser ejercido por todos los órganos del poder público de los Estados en el ámbito de sus competencias. Cuando ese control es llevado a cabo específicamente por los tribunales del Estado, preferimos denominarlo control judicial interno de la convencionalidad. Los Estados tienen la obligación internacional de controlar la convencionalidad de todo su ordenamiento jurídico interno con el tratado, en este caso, para adaptarlo a los estándares de la CIDH en los términos interpretados por la Corte IDH. Esta obligación comprende a todos sus actos y actividades del Estado (...)” en Ayala, Carlos. *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de la Convencionalidad*. EDJV y Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Caracas 2012, pp. 120-121.

<sup>7</sup> Ayala, Carlos. *La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Op. Cit. México 2010, pp. 85-157.

para lograr el cumplimiento del mismo<sup>8</sup>) se trata de un verdadero recurso, un modo o medio de impugnación del fallo internacional **que plantea quien se opone al cumplimiento del fallo** y con el fin de plantear la inconstitucionalidad o inconventionalidad para lograr la in-ejecución del fallo.

Así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se constituye en *órgano de control internacional de la convencionalidad*<sup>9</sup>, colocándose por encima de los órganos y tribunales internacionales a quienes corresponde tal función por mandato de los tratados sobre derechos humanos, y concretamente, colocándose por encima de la Corte IDH que es, en principio, el órgano jurisdiccional internacional autorizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos para aplicar e interpretar de manera última y auténtica los contenidos de la Convención.

---

<sup>8</sup> Mecanismo nunca utilizado, pero que en sentencia 1942 del 15/07/2003, refirió la Sala Constitucional como un mecanismo necesario para que el acatamiento de las decisiones de los tribunales internacionales, y concretamente de la Corte IDH, no supusiera un atentado a la soberanía nacional. El fallo en cuestión textualmente sostiene: “(...) *Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o ad hoc (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal.*” Decisión consultada en el portal oficial del TSJ venezolano en el enlace: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1942-150703-01-0415.HTM>

<sup>9</sup> Según el profesor Carlos Ayala “*El control internacional de la convencionalidad es ejercido de manera general por los órganos de protección internacional dispuestos en la CADH: la CIDH y la Corte IDH. No obstante, cuando ese control es llevado a cabo específicamente por el tribunal internacional autorizado para aplicar e interpretar de manera última y auténtica el tratado (la Corte IDH), estamos en presencia de lo que denominamos propiamente el control judicial internacional de la convencionalidad. (...) Precisamente es a través de los pronunciamientos en el ejercicio de sus competencias, que la Corte IDH aplica e interpreta de manera auténtica y final, tanto la CADH y sus Protocolos, como los demás instrumentos convencionales, para los cuales está autorizada. (...) Cuando la Corte IDH establece una interpretación determinada de la noma convencional, esa interpretación se convierte en norma interpretada con carácter de cosa juzgada y precedente vinculante. De esta manera los Estados conocen con precisión el contenido de los derechos convencionales y las obligaciones que de ellos se derivan, conforme a la última interpretación judicial internacional autorizada. (...) En términos prácticos, los Estados, a través de las interpretaciones de la Corte IDH, conocen más en detalle el contenido y alcance de sus obligaciones convencionales en derechos humanos y las consecuencias jurídicas que se derivan en caso de violarlas. (...) Es por tanto disfuncional, por frustrar el objeto y propósito de la CIDH y los demás instrumentos convencionales interamericanos, que ante una obligación internacional claramente determinada por la jurisprudencia de la Corte IDH, un estado parte no adopte las medidas necesarias para adaptar su derecho interno a aquella. Podríamos decir que, en esos casos, el Estado comete una violación “agravada” de sus obligaciones internacionales, ya que en conociendo con antelación su contenido preciso, incurre en una violación consciente de la convencionalidad.*” en Ayala, Carlos. *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de la Convencionalidad*. EDJV y Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Caracas 2012, pp. 125-131.

Ahora bien, el propósito de estas notas es analizar el modo en como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha entendido que tal poder le corresponde y la justificación que da a su ejercicio. Con este propósito se hace una exposición que comienza por describir la regulación constitucional que se da en Venezuela a los tratados en general y a los tratados que versan sobre derechos humanos en particular en tanto que fuentes de derecho del ordenamiento jurídico (1); luego se emprende una descripción de la regulación sobre las competencias de la Sala Constitucional en materia de control de los tratados (2); seguidamente se describen las justificaciones que ha dado la Sala Constitucional Venezolana al ejercicio de esta extraordinaria competencia de control de regularidad jurídica (para no calificarlo de constitucionalidad o convencionalidad) (3); para finalmente presentar nuestra opinión crítica –fundada en los elementos jurídicos– en torno dicha facultad (4).

#### I. LOS TRATADOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y LA SITUACIÓN ESPECIAL DE LOS TRATADOS QUE TIENEN POR OBJETO LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Constitución Venezolana no establece una norma general sobre la jerarquía normativa de los tratados o acuerdos internacionales en el ordenamiento venezolano (en realidad la Constitución no contiene una norma que de modo general regule y sistematice las fuentes de derecho en derecho venezolano y establezca claramente su jerarquía. Esa sistematización debe hacerla el intérprete, haciendo una lectura e interpretación integral del texto de la Constitución, en donde sí se encuentran previsiones dispersas, pero no sistematizadas, de las fuentes del derecho).

En todo caso, la Constitución da expresamente a las normas que se adopten en el marco de los procesos de integración (entiéndase que se está refiriendo a las normas que producen los órganos de administración de esos tratados de integración) tienen un rango superior al de las leyes (aun cuando no las equipara a la Constitución). Efectivamente el artículo 153 prevé textualmente:

*“Artículo 153.- La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una Comunidad de Naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. **Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.**” (Resaltado nuestro)*

Por otra parte, el texto de la Constitución contiene normas que se refieren especialmente a la jerarquía de los tratados o instrumentos internacionales materialmente vinculados a los Derechos Humanos, y a ellos (o por lo menos a sus contenidos) la Constitución les da el valor de **normas constitucionales** (señalando que incluso pueden *prevalecer*<sup>10</sup> sobre las normas del

<sup>10</sup> Esto permite a un importante sector de la doctrina sostener que en estos supuestos se les da a esas previsiones (las contenidas en un tratado sobre derechos humanos) una suerte de jerarquía o carácter supraconstitucional. Sin embargo, esta impresión –por lo menos en la Constitución Venezolana–

texto de la constitución, cuando tengan una previsión más favorable al derecho de que se trate). Concretamente el artículo 23 de la Constitución dispone:

*“Artículo 23.- Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”* (Resaltado y subrayado nuestro)

Esto supone que aquellas, operan en igualdad de condiciones que las normas que contiene el texto formal de la constitución, que a ellas se les aplican los mismos principios de interpretación, que ellas gozan del atributo de supremacía y de la rigidez constitucional (lo que supone que, con independencia de las regulaciones sobre el derecho de los tratados en general, las normas sobre derechos humanos hacen parte de la Constitución, en razón de lo cual su modificación debe ser formalmente sometida a por lo menos los mismos procedimientos que requiere toda modificación del texto constitucional).

La idea de someter a los tratados –cuando con estos se modifiquen materias objeto de regulación constitucional– a los procedimientos propios de los asuntos constitucionales (arropados por la rigidez constitucional), no es extraña al sistema constitucional venezolano. La Constitución de 1999 expresamente consagra la posibilidad de someter a referendo la aprobación de los tratados. Sobre este punto el artículo 73 de la Constitución dispone:

*“Artículo 73.- Serán sometidos a referendo aquellos proyectos de ley en discusión por la Asamblea Nacional, cuando así lo decidan por lo menos las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea. Si el referendo concluye en un sí aprobatorio, siempre que haya concurrido el veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral, el proyecto correspondiente será sancionado como ley.”*

*Los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea; o por el quince por ciento de los electores o electoras inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral.”* (Resaltado nuestro)

En nuestra opinión, el “podrá” que utiliza la norma debe ser entendido en el sentido de enumerar a los facultados para llevar la iniciativa, pero no en el carácter facultativo de este requerimiento (el de someter a referéndum estas cuestiones que irrumpen en el ordenamiento constitucional). La realidad es que, en principio, toda modificación de la Constitución debe estar sometida a procesos de consulta popular, conforme a lo dispuesto en los artículos 340 al 346 de la Constitución.

El único caso de modificación constitucional que no requiere de procesos rígidos de modificación son aquellos referidos a la ampliación del catálogo de los derechos o del contenido esencial de los mismos.

---

na– no nos parece del todo acertada. La realidad es que la prevalencia de las disposiciones más favorables, no es expresión de una supraconstitucionalidad, sino de la aplicación de los principios que rigen la aplicación de las normas constitucionales, tales como la progresividad, la prevalencia de los derechos y el principio *pro homine*. Principios todos ellos que determinan que, en una misma jerarquía –la constitucional– la norma que debe prevalecer es la más favorable a los derechos del hombre.

Esto así, por la especial forma que tiene de tratar la Constitución venezolana al derecho de los derechos humanos y al derecho internacional de los derechos humanos, y en atención a la operatividad del principio de progresividad que la Constitución asigna a los Derechos Humanos.

En efecto, lo primero que hay que observar es que la Constitución venezolana de 1999 declara la preeminencia de los derechos humanos como un valor superior de su ordenamiento jurídico.

El artículo 2 del texto constitucional dispone:

*“Artículo 2.- 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.”* (Resaltado nuestro)

Y coherente con esta declaración de principios, el texto constitucional de 1999, ordena su protección, les ampara por la progresividad, y señala que los derechos humanos son “indivisibles e interdependientes” (con lo que echa por tierra las tesis doctrinarias sobre la prevalencia de alguna categoría de derechos humanos sobre otras). Esto lo hace la Constitución en el artículo 19 del modo siguiente:

*“Artículo 19.- El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.”* (Resaltado nuestro)

Por último, la Constitución caracteriza a los derechos humanos como aquellos inherentes a la persona humana y los constitucionaliza (aclarando que ese rango constitucional arroja a esos derechos, con independencia a su inclusión expresa en el texto constitucional, justamente por el carácter de inherencia a la persona humana que les reconoce). En efecto, el artículo 22 de la Constitución dispone:

*“Artículo 22.- La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.”* (Subrayado y resaltado nuestro)

Al reconocer la inherencia de esos derechos, la Constitución hace depender su existencia y protección de la sola condición humana, sin requerir, por lo que a ellos se refiere, de un proceso de incorporación jurídica al orden constitucional.

Los derechos humanos –en la aproximación netamente *ius naturalista* que a este respecto tiene la Constitución venezolana– son preexistentes y por ello son declarados no estatuidos, y así, su existencia no depende del proceso por el que se los reconozca, sino de su inherencia a la persona humana.

## II. LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES EN TORNO AL CONTROL QUE PUEDE EJERCER LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA SOBRE LOS TRATADOS (EN GENERAL)

En el texto de la Constitución venezolana de 1999, no está prevista atribución alguna que le permita a la Sala Constitucional controlar la validez y la aplicación de los convenios internacionales (en general) suscritos y ratificados por Venezuela, o la de los actos de los

órganos internacionales encargados de asegurar la eficacia de tales instrumentos (que en definitiva supone un control de la validez y la aplicación del instrumento internacional).

No obstante, la Constitución venezolana de 1999 prevé, entre las atribuciones que ostenta la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, una referida a “*Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación*” (artículo 336 ordinal 5<sup>to</sup>. De la Constitución Venezolana).

Se trata de una competencia que tiene por objeto de verificación de la conformidad a la Constitución de cualquier instrumento internacional o tratado, y que solo puede ser activada a petición del ciudadano Presidente de la República y **ejercida con anterioridad a que el instrumento en cuestión sea ratificado** (en razón de esto la propia exposición de motivos de la Constitución Venezolana califica esta competencia como expresión de un “control preventivo”).

Esta previsión, es coherente con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (cuyas disposiciones alcanzan a los compromisos internacionales asumidos por Venezuela, pese a ser un instrumento no ratificado por este país, en tanto que forman parte del derecho internacional consuetudinario<sup>11</sup> o *IUS COGENS*) pues si bien se da a la Sala el poder de objetar el contenido de un instrumento internacional de cara al ordenamiento interno, no obstante aquella potestad **solo alcanza al instrumento mientras no se haya perfeccionado la voluntad de adhesión del Estado** (en tanto que solo alcanza a instrumentos antes de su ratificación). Así, sin renunciar al principio constitucional de *Supremacía Constitucional* y de los derechos humanos (artículos 7<sup>12</sup>, 19<sup>13</sup> y 25<sup>14</sup> de la Constitución), el constituyente aseguraba igualmente el respeto al principio de *Pacta Sunt Servanda* evitando situaciones susceptibles de acerrar la responsabilidad internacional del Estado Venezolano.

Son ilustrativos los razonamientos que esboza la exposición de motivos para justificar la existencia de este “control preventivo” que se ejerce sobre los tratados con anterioridad a su ratificación:

<sup>11</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido enfática al recordar que aun cuando Venezuela no ha ratificado la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, normas como el artículo 26 de dicha Convención (norma que establece el principio del *Pacta Sunt Servanda*) son “*normas de derecho consuetudinario de obligatorio cumplimiento*” (Decisión sobre medidas Provisionales respecto de Venezuela de fecha 04/05/2004 *Casos LILIANA ORTEGA Y OTRAS; LUISIANA RÍOS Y OTROS; LUIS UZCÁTEGUI; MARTA COLOMINA Y LILIANA VELÁSQUEZ* consultada en el portal oficial de la Corte IDH en el enlace [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/venezuela\\_se\\_012.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/venezuela_se_012.pdf)).

<sup>12</sup> “*Artículo 7.- La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.*”

<sup>13</sup> “*Artículo 19.- El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.*”

<sup>14</sup> “*Artículo 25.- Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.*”

**“Se consideró necesario el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales dado que luego del proceso de conclusión de un tratado internacional, es decir, de su ratificación y entrada en vigencia por las vías previstas en el derecho constitucional y en el derecho internacional público, la eventual y posterior declaración de inconstitucionalidad del mismo o de alguna de sus disposiciones por parte de la Sala Constitucional no podría, en principio, ser opuesta como una justificación para incumplir dicho tratado sin que se comprometa la responsabilidad internacional de la República.**

*En todo caso, el objetivo de ese mecanismo de control preventivo, no sólo es que se verifique la constitucionalidad de un acuerdo o tratado internacional de la República, sino además que, en el caso de que alguna de sus disposiciones resulte inconstitucional, se ratifique con la debida reserva, siempre que se desee su ratificación, o si el mismo no admite reservas, se evalúe la necesidad y conveniencia de ratificarlo luego de una enmienda o reforma de la Constitución, en los aspectos que sean necesarios, para lograr así la mayor armonía posible en las relaciones entre el derecho internacional o comunitario y el derecho interno venezolano.”*<sup>15</sup> (Resaltado y subrayado nuestro)

Es además muy importante observar que el intérprete originario de la Constitución justifica la existencia misma de esta competencia indicando que luego de ratificado el instrumento, una ulterior y eventual declaración de inconstitucionalidad de sus normas dictada por la Sala Constitucional resultaría ineficaz para excluir a Venezuela de la obligación (y la correlativa responsabilidad internacional) de dar cumplimiento a lo pactado.

### III. SOBRE LA JUSTIFICACIÓN QUE HA DADO LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA A LA EXISTENCIA Y EJERCICIO DE UN PODER PARA CONTROLAR LAS DECISIONES DE LA CORTE IDH

Como se anunció antes, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha asumido una función de ente de *control de la regularidad en derecho* —y concretamente de ajuste a los contenidos de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos— de las decisiones de los órganos internacionales encargados de la aplicación y la administración de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (y concretamente de las decisiones de la Corte IDH).

Esto lo ha hecho la Sala en tres (3) ocasiones: en dos de esas ocasiones lo ha hecho con fundamento en su propia interpretación de la Constitución, y en ausencia, como ya hemos observado, de una previsión normativa que le asigne tales facultades respecto de las decisiones de los órganos internacionales o en torno al condicionamiento del cumplimiento de los instrumentos que ha suscrito y ratificado la República válidamente. Y en la tercera de esas ocasiones lo ha hecho con fundamento en una norma contenida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 (derogada en 2010 con la reforma de ese mismo texto legal).

Ese eje jurisprudencial que crea este medio innominado y digamos que “novedoso”, lo integran las sentencias N° 1939 de 18/12/2008<sup>16</sup>, la sentencia N° 1547 de fecha 17/10/2011<sup>17</sup> y la sentencia N° 1175 de fecha 10/09/2015<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consultada en Brewer-Carías, Allan. *La Constitución e 1999 y la enmienda constitucional*, N° 1, de 2009, EDJV, Caracas 2011, pp. 377.

<sup>16</sup> Cuyo texto original se puede consultar en el portal oficial del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano en el enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08->

Veamos seguidamente los razonamientos y las interpretaciones que, en cada uno de los casos, ha expresado este órgano judicial para justificar la existencia de esta facultad y su ejercicio sobre las decisiones de la Corte IDH.

**1. El “Gran Estreno” la sentencia N° 1939 de 18/12/2008<sup>19</sup>. La decisión por la que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró “inejecutable” la decisión con la que la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado Venezolano en el asunto Corte Primera de los Contencioso Administrativo vs. Venezuela.**

**1.1. Antecedentes.** En fecha 05 de agosto de 2008 la Corte IDH sentenció el fondo de la causa que había seguido al Estado Venezolano por la destitución de los jueces que integraban el segundo tribunal con competencias nacionales contencioso administrativas más importante del país (el primero es la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela): la Corte Primera de los Contencioso Administrativo.

Hay que señalar que los hechos de aquel caso se concretan en una medida sumaria de destitución dictada por el poder judicial, sin trámite de procedimiento, y luego de que el Presidente de la República instruyera tal destitución en una alocución pública, en contra de los jueces de aquella Corte. Esta medida habría sido tomada a raíz de que ese tribunal dictó una medida cautelar (en el curso de un juicio del que estaban conociendo conforme a la legislación vigente) que ordenaba –provisionalmente– que profesionales médicos (cubanos) **no habilitados para el ejercicio profesional en Venezuela** conforme a las disposiciones legales, se abstuvieran de prestar sus servicios como médicos, y hasta tanto se resolviera el juicio instado en contra de la actuación administrativa que les habilitaba (en contra de la legislación vigente, hay que decirlo) a tal prestación de servicios.

La decisión de la Corte IDH<sup>20</sup> declaró la responsabilidad del Estado Venezolano derivada del incumplimiento de una serie de obligaciones asumidas por Venezuela en torno a la protección de los derechos consagrados por la Convención (concretamente las obligaciones

---

1572.HTML y de la que ha hecho oportunos comentarios Brewer-Carías, Allan. *El Juez Constitucional vs. La Justicia Internacional en materia de Derechos Humanos. Op. Cit.* Caracas 2009, pp. 249-260.

<sup>17</sup> Cuyo texto original se puede consultar en el portal oficial del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano en el enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.HTML> y de la que ha hecho oportunos comentarios Brewer-Carías, Allan. *Del ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: Caso: Leopoldo López vs Venezuela.* Septiembre 2011. *Op. Cit.*, Caracas 2012, pp. 227-250.

<sup>18</sup> Cuyo texto original se puede consultar en el portal oficial del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano en el enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/181181-1175-10915-2015-15-0992.HTML> y de la que ha hecho oportunos comentarios Brewer-Carías, Allan. *La condena al Estado en el caso Granier y otros (RCTV) vs. Venezuela, por violación a la libertad de expresión y de diversas garantías judiciales. Y de cómo el Estado, ejerciendo una bizarra “acción de control de convencionalidad” ante su propio Tribunal Supremo, ha declarado inexecutable la sentencia en su contra.* *Op. Cit.* Caracas 2015.

<sup>19</sup> Cuyo texto original se puede consultar en el portal oficial del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano en el enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTML>

<sup>20</sup> Consultada en el portal oficial de la Corte IDH en el enlace: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_182\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf)

generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma) respecto de los derechos: a ser juzgados por un tribunal independiente; a un fallo motivado; a ser oídos dentro de un plazo razonable, y; a tener acceso a un recurso sencillo, rápido y efectivo, consagrado (artículos 8.1 y 25.1 de la Convención). En consecuencia, declarada la responsabilidad del Estado, la Corte IDH condenó al Estado Venezolano a reparar económicamente a los jueces destituidos y a reintegrarlos al Poder Judicial venezolano.

Frente a esta condena, que se produce en un proceso en el que participó activamente la representación de la República Bolivariana de Venezuela, en fecha 04/12/2008, unos abogados, aduciendo la representación de la República, ejercieron una acción –no prevista en el ordenamiento– para someter al control de la Sala Constitucional el fallo dictado por la Corte IDH, al que justificaban como un recurso de “*interpretación acerca de la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”.

Los representantes de la República justifican la tramitabilidad de su acción y la competencia de la Sala refiriendo, de modo general, las previsiones constitucionales sobre la justicia constitucional (que no refieren en modo alguno el supuesto sometido a conocimiento de la Sala) y de modo particular, refieren una norma contenida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, el numeral 23 del artículo 5 (**previsión que fue eliminada en la reforma del 2010**), que textualmente facultaba a la Sala Constitucional para:

*“23. Conocer de las controversias que pudieren suscitarse con motivo de la interpretación y ejecución de los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por la República. La sentencia dictada deberá ajustarse a los principios de justicia internacionalmente reconocidos y será de obligatorio cumplimiento por parte del Estado Venezolano; (...)”*

Previsión que, sin importar como se la lea, no permite a la Sala el ejercicio de un control de la constitucionalidad o convencionalidad de las decisiones de los órganos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y concretamente de las decisiones de la Corte IDH).

En todo caso, esta petición así planteada, que no se corresponde con el ejercicio de competencia alguna de las enumeradas en la Constitución y atribuidas a la Sala Constitucional (y no se corresponde a la competencia establecida en la norma del artículo 5 de la entonces vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), fue, no obstante, admitida y resuelta en catorce (14) días, sin trámite de incidencia o audiencia alguna (en la que se permitiera a los beneficiados por la decisión de la Corte IDH o a los propios representantes del Sistema Interamericano del que forma parte la Corte IDH pudieran hacer algún alegato). Y así, la Sala pronunció su sentencia N° 1939 de 18/12/2008, por la que declara “inejecutable” la sentencia de la Corte IDH.

**1.2. La calificación de la acción, la identificación de la actuación objeto de la revisión que se propone y los fundamentos para la existencia de tal poder.** Lo primero que debe observarse del fallo de la Sala Constitucional es la curiosa afirmación en torno a la naturaleza de la acción propuesta y la identidad del instrumento que hace objeto del control que ella ejerce.

En efecto, la Sala Constitucional comienza por afirmar en la decisión comentada que los peticionantes no ha ejercido una acción de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Corte IDH y que en todo caso el control concentrado de tal decisión “*no resulta el idóneo*”. Y así parecería estar argumentando en contra de la posibilidad que esa Sala asuma el control de la constitucionalidad de las Sentencias de la Corte IDH.

Sin embargo, lo afirmado por el fallo no se corresponde con la realidad de lo planteado por los representantes de la República, en tanto que la argumentación del recurso si va dirigida a cuestionar –desde el punto de vista de la Constitución Venezolana– la actuación de la Corte Interamericana, y así de lo que se trataba –en contra de lo sostenido por la Sentencia– era de un recurso que pretendía la inconstitucionalidad del fallo del Tribunal Interamericano. Para constatar esto solo basta con leer el resumen de los argumentos de los recurrentes que hace el fallo de la Sala Constitucional:

*“(…) Los representantes de la República Bolivariana de Venezuela (…)*

*Denunciaron que el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos viola “la supremacía de la Constitución y su obligatoria sujeción violentando el principio de autonomía del poder judicial, pues la misma llama al desconocimiento de los procedimientos legalmente establecidos para el establecimiento de medidas y sanciones contra aquellas actuaciones desplegadas por los jueces que contraríen el principio postulado esencial de su deber como jueces de la República”.*

*Resaltaron que “la sentencia de manera ligera dispone que los accionantes no fueron juzgados por un juez imparcial, –no obstante señalar previamente que no fue debidamente comprobada tal parcialidad– y que por el supuesto hecho de no existir un procedimiento idóneo previsto en el ordenamiento jurídico venezolano para investigar y sancionar la conducta denunciada por los Ex Magistrados, entonces concluye que no solo (sic) tales ciudadanos no incurrieron en motivo alguno que justifique su destitución”.*

*Denunciaron la intromisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al desconocer el ordenamiento jurídico venezolano en cuanto al establecimiento de medidas y sanciones contra los miembros que conforman el Poder Judicial, en el referido fallo.*

*Alegaron que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó “un pronunciamiento crítico (sic) sobre nuestra legislación, señalando cual (sic) debería ser a su juicio el procedimiento idóneo ante casos similares al denunciado; y adopta unas medidas que presuntamente garantizan los derechos humanos de los denunciantes, que a su decir fueron violentados por Venezuela por carecer de un procedimiento que garantice la imparcialidad del sistema de justicia venezolano”.*

*Concluyeron que el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es inaceptable y de imposible ejecución por parte de la República Bolivariana de Venezuela, por exceder de las funciones que legalmente le están establecidas y por desconocer el contenido del artículo 7 de la Constitución en cuanto a la consagración de un sistema social de derecho y de justicia.” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1939 de 18/12/2008)*

Seguidamente la sentencia descarta la posibilidad de entender que la acción propuesta se corresponda con una acción de colisión de leyes, “*pues la presunta colisión estaría situada en el plano de dos normas de rango constitucional*”, razón por la cual excedería el objeto de ese medio específico de justicia constitucional. Razonamiento curioso, pues la realidad es que los peticionantes no han accionado contra las normas de la Convención, sino justamente contra la sentencia de la Corte IDH que declara la responsabilidad del Estado Venezolano y le condena. Pero evidentemente este razonamiento lo construye la decisión de la Sala para hacer una transición argumental, en torno a la identidad del acto que hace objeto de su control (en efecto, es más fácil afirmar que el tribunal está resolviendo sobre la aplicación de las normas de la Convención, que es una facultad que les ha sido atribuida a todos los tribunales de los Estados signatarios de la Convención, que sostener que pretende controlar la constitucionalidad de las actuaciones de un órgano de la Convención, que es una facultad que supone una abierta violación del principio *pacta sunt servanda*).

Finalmente la Sala encuadra la acción ejercida en un medio de justicia constitucional –que tampoco está previsto en la Constitución– el de interpretación de normas constituciona-

les, pues, a su decir, “*se evidencia que la misma [la acción propuesta] está dirigida a que se aclare una duda razonable en cuanto a la ejecución de un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la reincorporación de unos jueces y al pago de sumas de dinero*”.

Ahora bien, el caso es que los peticionantes no se presentaron para pedir el *esclarecimiento en torno al sentido y alcance de normas constitucionales, o de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (basta para ello leer el resumen de los argumentos de los peticionarios que hace la propia Sala Constitucional en el fallo referido), ellos comparecieron para pedir que se desatendiera el fallo de la Corte IDH sobre argumentos de supuestas violaciones al ordenamiento constitucional venezolano. Es decir, el suyo era un recurso de inconstitucionalidad, o más propiamente, una especie de recurso de *Revisión Constitucional* de las sentencias de la Corte IDH.

Pero además la Sala sostiene que esa peculiar forma de *recurso de interpretación* tiene un fundamento normativo *adicional* al fundamento que suele darse a los recursos de interpretación constitucional (a estos se los justifica haciendo mención al fallo N° 1077 proferido por esa Sala en fecha 22/09/2000 en el caso *Servio Tulio León*<sup>21</sup>), y ese fundamento es el ordinal 23 del artículo 5 de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia. Norma que, como se ha transcrito antes, no prevé –pese a que la Sala la señala como fundamento– una competencia de la Sala Constitucional para revisar las decisiones de la Corte IDH.

En todo caso, para el fallo comentado, la acción planteada y la facultad que la Sala emprende es la de *interpretación de normas de rango constitucional* y el fundamento normativo de tal vía procesal se encuentra en el ordinal 23 del artículo 5 de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 (derogada en 2010).

### **1.3. El resultado concreto del ejercicio de este poder y los argumentos con los que la Sala Constitucional controla –declara inejecutable por inconstitucional– una decisión de la Corte IDH.**

Pese a la insistencia por señalar que el ejercido es un recurso de *interpretación de normas constitucionales* los razonamientos que hace luego la sentencia, revelan que de lo que se trata es, como lo solicitaron los representantes de la parte perdedora en el juicio llevado ante las instancias continentales, que un órgano del Estado condenado controle la regularidad del fallo emitido por la Corte Interamericana que lo ha condenado. De hecho, la sentencia no concluye en una *interpretación constitucional* y abstracta de un precepto de rango constitucional, sino en una *orden a desatender* un acto –en este caso una decisión de la Corte Interamericana– por considerarle inconstitucional.

Veamos ahora los argumentos de la sentencia:

“(…) *Ahora bien, se advierte del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que este órgano pretende que el Estado venezolano indemnice a los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz, a quienes califica de “víctimas” por haber presuntamente sido violados sus derechos individuales; pero en la supuesta constatación por dicha Corte de la violación de los derechos o libertades protegidos por la Convención, dictó pautas de carácter obligatorio sobre gobierno y administración del Poder Judicial que son competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia y estableció directrices para el Po-*

<sup>21</sup> Que se puede consultar en el portal oficial del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en el enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1077-220900-00-1289.HTM>

*der Legislativo, en materia de carrera judicial y responsabilidad de los jueces, violentando la soberanía del Estado venezolano en la organización de los poderes públicos y en la selección de sus funcionarios, lo cual resulta inadmisibles.*

(...) *En consecuencia, al margen de la eventual antinomia entre normas protectoras de derechos individuales y las relativas al bien común, es claro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no limitarse a ordenar una indemnización por la supuesta violación de derechos, utilizó el fallo analizado para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999.*

(...) *Asimismo, el fallo de la Corte Interamericana equipara de forma absoluta los derechos de los jueces titulares y los provisorios, lo cual es absolutamente inaceptable y contrario a derecho. (...)*

(...) *Además de lo anterior, la sentencia cuestionada pretende desconocer la firmeza de decisiones administrativas y judiciales que han adquirido la fuerza de la cosa juzgada, al ordenar la reincorporación de los jueces destituidos. (...)*

(...) *No se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos, como cuando fue declarada la inejecutabilidad del fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 30 de mayo de 1999, en el caso: Castillo Petruzzi y otro, por parte de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú. (...)*

(...) *En este caso, estima la Sala que la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de agosto de 2008, afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la autonomía del Poder Judicial constitucionalmente previsto y el sistema disciplinario instaurado legislativamente, así como también pretende la reincorporación de los hoy ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por supuesta parcialidad de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial, cuando la misma ha actuado durante varios años en miles de casos, procurando la depuración del Poder Judicial en el marco de la actividad disciplinaria de los jueces. Igualmente, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pretende desconocer la firmeza de las decisiones de destitución que recayeron sobre los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que se deriva de la falta de ejercicio de los recursos administrativos o judiciales, o de la declaratoria de improcedencia de los recursos ejercidos por parte de las autoridades administrativas y judiciales competentes.*

En virtud de las consideraciones anteriores, *esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en la que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B.; con fundamento en los artículos 7, 23, 25, 138, 156.32, el Capítulo III del Título V de la Constitución de la República y la jurisprudencia parcialmente transcrita de las Salas Constitucional y Político Administrativa. Así se decide.*” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1939 de 18/12/2008) (Resaltado nuestro)

De estos razonamientos, luce especialmente llamativo el que aclara que para la Sala en este asunto “no se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos”, es decir, no se trata de lo que hace el objeto de una interpretación (que es el recurso que se supone que la

Sala está resolviendo). Se trata por el contrario de “*aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno*”, es decir, se trata de juzgar la legalidad (o en todo caso la constitucionalidad) de la decisión de la Corte IDH (es decir, se trata de resolver un recurso por el que se ejerce el control concentrado de la constitucionalidad, una suerte de acción de nulidad, que es justamente lo que la Sala ha dicho que no es).

Además, es particularmente inquietante que la Sala cite como antecedente de su decisión de controlar y declarar *inaplicable* la decisión de la Corte IDH una decisión tomada en el Perú en 1999, es decir, justo cuando el gobierno del Presidente Fujimori se encontraba en su etapa de “dictadura” y justo cuando se producían en aquel país masivas violaciones de los derechos humanos y escándalos de corrupción (asuntos por los que el mencionado ex mandatario hoy cumple condena penal privado de su libertad)<sup>22</sup>.

#### **1.4 Una consecuencia adicional del ejercicio de este poder: la instrucción al Ejecutivo para proceder a la denuncia de la Convención.**

Además de resolver sobre lo que hizo objeto de la petición (la inejecutabilidad de una sentencia de la Corte IDH), la Sala Constitucional venezolana resuelve sobre una cuestión que no le fue planteada, y que –en principio– no tiene relación con lo que ha sido objeto del control que ha ejercido (ni tan siquiera relación con los argumentos que utiliza para declarar inejecutable el fallo de la Corte IDH): instruye al Poder Ejecutivo para que se proceda a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La instrucción se da textualmente así:

*“Por lo expuesto, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la ley, declara: (...) 2) Con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión.”* (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1939 de 18/12/2008) (Resaltado nuestro)

Esta sorpresiva *orden* se emite con fundamento en un muy escueto razonamiento planteado, de imprevisto, en el texto del fallo, y que en todo su alcance y contenido es del tenor siguiente:

*“Igualmente, con base en el mismo principio [se refiere la sentencia al principio de colaboración de funciones] y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar esta Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con el fallo objeto de la presente decisión; y el hecho de que tal actuación se fundamenta institucional y competencialmente en el aludido Tratado. Así se decide.”* (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1939 de 18/12/2008) (Resaltado nuestro)

La ejecutoria así contenida en el fallo luce, cuando menos, infundada.

<sup>22</sup> Sobre la duración del gobierno del ex presidente del Perú Alberto Kaynia Fujimori y el cariz dictatorial que cobró su gobierno luego de 1995 (es decir, a partir de su segundo mandato) se pueden consultar los enlaces: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/f/fujimori.htm> y [https://es.wikipedia.org/wiki/Alberto\\_Fujimori](https://es.wikipedia.org/wiki/Alberto_Fujimori).

En efecto, cual es la razón por la que, invocando la colaboración de funciones entre poderes públicos, la Sala instruye o insta al ejecutivo a denunciar un convenio internacional que regula derechos humanos. Si se lee la sentencia en su integridad –la de la Sala Constitucional– no hay en ella argumento o razonamiento que permita entender que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que es el instrumento cuya denuncia se instruye) violenta de algún modo el ordenamiento constitucional o supone alguna desmejora para los derechos humanos tal y como están previstos en el ordenamiento jurídico vigente en Venezuela. Por el contrario, si se lee el fallo de la Sala Constitucional, se observa que la Sala incluso aplica e interpreta normas de la Convención (a las que además reconoce jerarquía constitucional) para afirmar la antijuridicidad de la sentencia de la Corte Interamericana que declara inaplicable.

Sobre este punto el Voto Salvado (voto disidente) del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su desacuerdo con el fallo señalando:

*“(...) 9. Con especial énfasis, por último, se aparta quien disiente de la solicitud al Ejecutivo Nacional de que “proceda a denunciar” la Convención Americana sobre Derechos Humanos “en función de la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión.”*

*Más allá de que no se comparte la existencia de una evidente usurpación de funciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se hace un flaco servicio al Estado cuando se le coloca en incumplimiento con sus obligaciones nacionales (artículos 30 y 31 de la Constitución) e internacionales (artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) en materia tan sensible como los derechos humanos que, paradójicamente, gozan de una protección ejemplar en nuestra Constitución, cuyo texto se reduce a eso, sólo un texto, cuando se le desconoce.*

*Por otra parte, resulta desconcertante que la sentencia reconozca la vigencia de la Convención y su rango constitucional dentro del derecho interno; la diferencia entre ese tratado y los informes, opiniones y decisiones que se dicten con ocasión de su aplicación; que declare que “no se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y, en el mismo veredicto, los mismos sentenciadores estimen que debe denunciarse la Convención a causa de un supuesto exceso, no del acuerdo multilateral en sí, sino de un acto distinto (...)” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1939 de 18/12/2008. Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz) (Resaltado nuestro)*

La ejecutoria así contenida en el fallo luce, además, apartada del principio de congruencia que –en principio– rige la actuación de los órganos del Poder Judicial.

En efecto, lo que así resuelve la Sala no sólo es infundado, además no se corresponde con lo planteado por la parte solicitante (que tan solo pedía la desaplicación del fallo de la Corte IDH) ni con lo analizado por la sentencia. Y si bien la Sala ha declarado en diversas ocasiones que no se encuentra *rigidamente* limitada por el deber de congruencia (en el sentido de que ella puede declarar de oficio vicios de inconstitucionalidad no denunciados o violaciones no denunciadas, al conocer al revisar la constitucionalidad de alguna actuación), hay que observar que en todo caso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos nunca fue cuestionada por el recurrente, ni en el fallo –en sus razonamientos– se observó alguna inconstitucionalidad en dicho instrumento.

La ejecutoria así contenida en el fallo luce, por otra parte, como una invasión indebida a las facultades exclusivas del Presidente de la República, es decir, como una usurpación de funciones.

En efecto, hay que observar que la Constitución venezolana asigna al Presidente de la República la función de “*dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales*” (numeral 4<sup>o</sup> del artículo 236 de la Constitución<sup>23</sup>). Y si bien es cierto que la Constitución prevé la colaboración de funciones, no es menos cierto que esa colaboración supone el ejercicio de competencias propias y no la invasión de otras que son propias de órganos o poderes distintos. Y hay que decirlo, no hay norma legal o constitucional alguna que permita a la Sala Constitucional dirigir al Presidente en su función de llevar adelante la política exterior de la República. Uno de los escasos supuestos en los que la Sala Constitucional puede colaborar con el Presidente en temas de relaciones internacionales es cuando, justamente a solicitud del Presidente, la Sala es llamada a resolver sobre la constitucionalidad de un instrumento suscrito pero aún no ratificado<sup>24</sup>. Y de este modo, con esta instrucción –que paradójicamente da la Sala porque considera que se ha producido una usurpación– ella misma parece estar invadiendo competencias que no le son propias (proceder que la Constitución venezolana sanciona con la nulidad de las actuaciones<sup>25</sup>).

Nuevamente, a este punto, merecen atención las consideraciones que hace el Voto Salvado (disidente) del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, en donde señala de manera contundente:

*“(...) 9. Con especial énfasis, por último, se aparta quien disiente de la solicitud al Ejecutivo Nacional de que “proceda a denunciar” la Convención Americana sobre Derechos Humanos “en función de la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión.”*

*En este sentido, resalta que la Sala Constitucional en ningún momento se planteó la conformidad a derecho o no de las conclusiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la violación a los derechos humanos de los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, derechos todos que, además de la Convención, recoge nuestra Carta Magna (derecho a la motivación de las decisiones –art. 49.1–, al juzgamiento por un tribunal independiente –art. 49.4–, a ser oído en un plazo razonable –art. 49.3–, a un remedio judicial sencillo, rápido y efectivo –art. 27–).*

*En todo caso, la solicitud que se hizo al Ejecutivo Nacional –sin motivación alguna que concierna, per se, a la Convención a que se contrae– dista mucho de la colaboración entre los poderes públicos a que alude el artículo 136 de la Constitución y constituye, en cambio, una indeseable injerencia en sus funciones propias, en lo que a las relaciones internacionales se refiere.”* (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1939 de 18/12/2008. Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz) (Resaltado nuestro)

Por último, la ejecutoria así contenida en el fallo luce, innecesaria o en todo caso revela la fragilidad del control ejercido sobre las sentencias de la Corte IDH.

En efecto, si la Sala se reconoce a sí misma como último garante de la constitucionalidad y de la convencionalidad en el territorio de Venezuela, considera que esa función la faculta para controlar y revisar cualquier acto, incluso las decisiones de la Corte IDH, y con-

<sup>23</sup> Según la Constitución venezolana de 1999: “Artículo 236.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (...) 4. Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales. (...)”

<sup>24</sup> “Artículo 336.- Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (...)5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación. (...)”.

<sup>25</sup> Según la Constitución venezolana de 1999: “Artículo 138.- Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”

sidera que ese poder se lo asigna tanto la Constitución como la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos ¿para que instruye a denunciar la Convención?

La única explicación a tal proceder es que la Sala no está realmente segura de la solidez de sus argumentos y de la institución de revisión que está creando por vía jurisprudencial, y en razón de ello, para evitar el descrédito internacional que causa el incumplimiento de las obligaciones pactadas (y la responsabilidad que ese incumplimiento puede ocasionar), instruye la denuncia del tratado.

En todo caso hay que señalar que esta instrucción fue debidamente acatada por el Ejecutivo venezolano y en fecha 10/09/2012 la República Bolivariana de Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos (mediante comunicación dirigida al entonces Secretario General de la Organización de Estados Americanos, el Sr. José Miguel Insulza, por el entonces Canciller de Venezuela el Sr. Nicolás Maduro) y que esa denuncia –de objetable constitucionalidad a la luz del texto constitucional de 1999<sup>26</sup>– surtió efectos (conforme al artículo 78 de la propia Convención<sup>27</sup>) en fecha 10/09/2013.

**2. El “Segundo Acto” la sentencia N° 1547 de fecha 17/10/2011<sup>28</sup>. La decisión por la que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró “inejecutable” la decisión con la que la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado Venezolano en el asunto Leopoldo López Mendoza vs. Venezuela.**

**2.1. Antecedentes.** En fecha 01 de septiembre de 2011 la Corte IDH sentenció el fondo de la causa que había seguido al Estado Venezolano por la inhabilitación política impuesta por el Contralor General de la República al ex alcalde del Municipio Chacao (y líder opositor) Leopoldo López Mendoza, por vía de un procedimiento administrativo y sobre la base del artículo 105<sup>29</sup> de la entonces vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal (G.O. N° 37.347 del 17/12/2001)

<sup>26</sup> Entre otros, Ayala, Carlos. “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” en *Revista de Derecho Público* N° 131, Julio-Septiembre 2012, EDJV, Caracas 2012, pp. 39-73, y en sentido similar Blanco-Urbe, Alberto. “La denuncia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Retiro de la Convención Americana de Derechos Humanos a la Luz de la Ética y del Derecho”, en *Revista de Derecho Público* N° 129, enero-marzo 2012, EDJV, Caracas 2011, pp. 7-25.

<sup>27</sup> “Artículo 78. 1. Los Estados partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un pre-aviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes. 2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.”

<sup>28</sup> Cuyo texto original se puede consultar en el portal oficial del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano en el enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.HTML>

<sup>29</sup> “Artículo 105.- La declaratoria de responsabilidad administrativa de conformidad con lo previsto en los Artículos 91 y 92 de esta ley será sancionada con la multa prevista en el Artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un periodo no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e

Los hechos del caso se concretan en que, a raíz de dos (2) procedimientos administrativos tramitados para la determinación de la responsabilidad administrativa del ex alcalde, la Contraloría General de la República, con fundamento en una norma legal preexistente (el mencionado artículo 105 de la LOCGRSNCF), sin trámite procesal adicional y por vía administrativa, inhabilitó al antes mencionado ciudadano, impidiéndole presentarse a las elecciones para optar al cargo de Alcalde Mayor de Caracas.

La decisión de la Corte IDH<sup>30</sup> declaró la responsabilidad del Estado Venezolano derivada del incumplimiento de una serie de obligaciones asumidas por Venezuela en torno a la protección de los derechos consagrados por la Convención (concretamente las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma) respecto de los derechos a: ser elegido (artículos 23.1.b y 23.2 de la Convención); a la motivación de la decisión administrativa y a la defensa en el proceso administrativo (artículo 8.1 de la Convención), y; a la protección judicial (artículo 25.1 de la Convención).

En consecuencia, declarada la responsabilidad del Estado, la Corte IDH condenó al Estado Venezolano a: el pago de las costas del proceso; a permitir al ciudadano Leopoldo López Mendosa a participar como postulante en cualquier proceso electoral que deseara presentarse; a dejar sin efecto las Resoluciones Nos. 01-00-000206 de 24 de agosto de 2005 y 01-00-000235 de 26 de septiembre de 2005 emitidas por el Contralor General de la República, y finalmente; a adecuar –en un plazo razonable– el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Frente a esta condena, que se produce en un proceso en el que –nuevamente y como había ocurrido en 2008– participó activamente la representación de la República Bolivariana de Venezuela, en fecha 26/09/2011, el Procurador General de la República, en representación de la República, ejerció una acción a la que denominaron “*acción innominada de control de constitucionalidad*” –no prevista en el ordenamiento– con el fin de someter al control de la Sala Constitucional el fallo dictado por la Corte IDH.

Vale decir que el Procurador General de la República funda su petición en las previsiones constitucionales referidas a justicia constitucional de modo general (artículos 266, ordinal 1ro, y 334, 335 y 336 de la Constitución) y en la previsión contenida en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, norma ésta referida al control concentrado y a la demanda de inconstitucionalidad de las leyes, que textualmente prevé:

---

*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.*

*En aquellos casos en que sea declarada la responsabilidad administrativa de la máxima autoridad, la sanción será ejecutada por el órgano encargado de su designación, remoción o destitución.*

*Las máximas autoridades de los organismos y entidades previstas en los numerales 1 al 11 del Artículo 9 de esta ley, antes de proceder a la designación de cualquier funcionario público, están obligados a consultar el registro de inhabilitados que a tal efecto creará y llevará la Contraloría General de la República. Toda designación realizada al margen de esta norma será nula.”*

<sup>30</sup> Consultada en el portal oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el enlace: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_233\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf)

*“Artículo 32.- De conformidad con la Constitución de la República, el control concentrado de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, mediante demanda popular de inconstitucionalidad, en cuyo caso, no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público.*

*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.”*

Esta petición, que no se corresponde con el ejercicio de competencia alguna de las enumeradas en la Constitución y atribuidas a la Sala Constitucional, fue, no obstante, admitida y resuelta en veintiún (21) días, sin trámite de incidencia o audiencia alguna (aun cuando la representación de Leopoldo López se presentó al juicio, aún sin haber sido notificada o convocada, a fin de solicitar se declarase improponible esa acción innominada). Y así, en fecha 17/10/2011 la Sala pronunció su sentencia N° 1547, por la que declara “inejecutable” la sentencia de la Corte IDH.

**2.2 la calificación de la acción, la identificación de la actuación objeto de la revisión que se propone y los fundamentos para la existencia de tal poder.** Lo primero que hace el fallo que se comenta es determinar la naturaleza de la acción propuesta, vinculándola a una competencia que no le asigna a la Sala Constitucional texto alguno, y para eso, en esta ocasión, declara la existencia de un *vacío legal* que se apresura a llenar creando la competencia y asignándosela a sí misma.

En efecto, la Sala Constitucional comienza por afirmar que el Procurador General de la República **no ha ejercido una acción de nulidad por inconstitucionalidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de la sentencia de la Corte IDH que resuelve la demanda del Sr. Leopoldo López Mendoza “por lo que el recurso de nulidad como mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad no resulta el idóneo”.**

Sin embargo, lo afirmado por el fallo no se corresponde con la realidad de lo planteado el Procurador de la República. En efecto, se debe observar que la única norma competencial que cita el funcionario accionante es justamente aquella que se refiere a las demandas de inconstitucionalidad (el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010). Además, la argumentación del recurso va dirigida a cuestionar –desde el punto de vista de la Constitución Venezolana– la actuación de la Corte Interamericana, y así de lo que se trataba –en contra de lo sostenido por la Sentencia– era de un recurso que pretendía la inconstitucionalidad del fallo del Tribunal Interamericano.

Para constatar esto solo basta con leer el resumen de los argumentos de los recurrentes que hace el fallo de la Sala Constitucional:

*“(…) los representantes de la Procuraduría General de la República denunciaron la parcialidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por haber apreciado como fundamento de su decisión un escrito “animus curiae”, suscrito por la organización Human Rights Foundation, presidida por un familiar consanguíneo del ciudadano Leopoldo López Mendoza. (...)*

*Afirmó la parte actora que “la República, ante una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no puede dejar de realizar el examen de constitucionalidad en cuanto a la aplicación de los fallos dictados por esa Corte y sus efectos en el país, por ello, cada decisión emanada de ese órgano jurisdiccional tendrá ejecutoriedad en Venezuela, en la medida de (sic) que el contenido de las mismas cumplan el examen de constitucionalidad y no menoscaben en forma alguna directa o indirectamente el Texto Constitucional (...)*

*La parte actora afirmó que “los derechos políticos no son absolutos y que pueden ser objeto de restricciones por razones de interés general”, siendo que la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas “alcanza cualquier fuente de ingreso a la misma (carrera administrativa, elección popular y libre designación), lo que impide el ejercicio de la función pública, sólo en el supuesto de que el sancionado pretenda postularse para ocupar un cargo de elección popular, podría entonces la sanción de inhabilitación administrativa para el ejercicio de funciones públicas, constituir una restricción parcial del derecho a ser elegido derivado del derecho al sufragio pasivo, el cual representan (sic) uno de los tantos contenidos de los derechos políticos”. (...)*

*(...) Que, “en el presente caso, el ciudadano Leopoldo López Mendoza fue reiterativo al señalar que había sido inhabilitado políticamente, afirmación ésta absolutamente falaz, toda vez que la inhabilitación política se corresponde con las sanciones que pueden ser impuestas por un juez penal, como pena accesoria a la de presidio (artículo 13 del Código Penal), mientras que la inhabilitación administrativa para el ejercicio de funciones públicas, es una sanción complementaria que puede imponer el Contralor General de la República en aquellos casos en los cuales haya quedado evidenciada la responsabilidad administrativa de un funcionario, es decir, la naturaleza de ambas sanciones es diametralmente distinta”. (...)*

*Sostuvieron los actores que el ciudadano Leopoldo López Mendoza no agotó los recursos internos antes de acudir al sistema interamericano de protección de derechos humanos, (...) por lo que debió ser declarada inadmisibile la solicitud del referido ciudadano de conformidad con lo establecido en el artículo 46.1.a de la Convención Americana de Derechos Humanos.*

*Denunciaron imprecisiones y contradicciones de la sentencia de la Corte Interamericana del 1 de septiembre de 2011, (...)*

*Cuestionaron la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la contradicción en la que incurrió (...)*

*Los representantes de la Procuraduría General de la República denunciaron que “la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos transgrede nuestro ordenamiento jurídico, pues en la misma se desconoce la supremacía de la Constitución y su obligatoria sujeción, violentando el principio de autonomía de los poderes públicos, dado que la misma desconoce abiertamente los procedimientos y actos legalmente dictados por órganos legítimamente constituidos, para el establecimiento de medidas y sanciones contra aquellas actuaciones desplegadas por la Contraloría General de la República que contraríen el principio y postulado esencial de su deber como órgano contralor, que tienen como fin último garantizar la ética como principio fundamental en el ejercicio de las funciones públicas”.*

*(...)Denunciaron que las medidas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos están dirigidas a varios órganos del Estado, como lo son las dirigidas al Contralor General de la República, para que revoque los actos administrativos que inhabilitaron administrativamente al ciudadano Leopoldo López; al Consejo Nacional Electoral, para que permita la postulación del precitado ciudadano; a la Asamblea Nacional, para que adecue el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y al Ejecutivo, para que pague las costas procesales, lo que se traduce en una injerencia en las funciones propias de los poderes públicos.*

*(...) Finalmente, solicitó la parte actora la admisión de la “acción innominada de control de constitucionalidad”, se declare inejecutable e inconstitucional la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, se fije audiencia oral y pública y se exhorte al Ministerio Público para iniciar las acciones penales contra el ciudadano Leopoldo López Mendoza.” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1547 del 17/10/2011). (Resaltado nuestro).*

Seguidamente la sentencia descarta la posibilidad de entender que la acción propuesta se corresponda con una acción de colisión de leyes, “*pues de lo que se trata es de una presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional, lo que excede los límites de ese especial recurso, pues la presunta colisión estaría situada en el plano de dos normas de rango constitucional*”. A este punto la Sala Constitucional se aparta de lo que había sostenido en la decisión de 2008 antes comentada, y ahora reconoce que lo que hace objeto de esta acción es “*una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional*”. De hecho, la Sala señala textualmente que: “*(...) lo que se está solicitando no es la interpretación de una “norma o principio”, sino el análisis de la conformidad constitucional de un fallo de un tribunal de derecho internacional público cuya ejecución se pretende en nuestro país.*”. Y así se aparta del criterio sostenido en 2008, cuando afirmó que este tipo de acciones (aquellas que permiten resolver sobre la desaplicación de una sentencia de la Corte IDH) corresponde con una modalidad del *recurso de interpretación* jurisprudencialmente creado.

Ahora bien, luego de esto la sentencia reconoce que no existe *norma alguna* que le asigne la competencia que se le pide ejerza (la de analizar la constitucionalidad de la decisión de la Corte IDH). Pero en lugar de declarar –justo por esta razón y conforme a lo requerido por la representación del Sr. Leopoldo López Mendoza– la improponibilidad del recurso, procede a declarar –de oficio– la existencia de un supuesto vacío normativo en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia al no prever la competencia que se requiere para resolver el asunto planteado por la Procuraduría General de la República. Y de inmediato llena ese vacío atribuyéndose a sí misma la competencia para el conocimiento de la petición que ha presentado la Procuraduría General de la República en torno a la constitucionalidad de la decisión de la Corte Interamericana.

El peculiar razonamiento es textualmente el siguiente:

*“(...) al haber eliminado el legislador la previsión contemplada en el artículo 5.23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 y no haber dictado las normas adjetivas que permitan la adecuada implementación de las “decisiones emanadas de los órganos internacionales” de conformidad con lo previsto en el artículo 31 constitucional (en su único aparte), el Estado (y, en concreto, la Asamblea Nacional) ha incurrido en una omisión “de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución...”, a tenor de lo previsto en el artículo 336.7 eiusdem en concordancia con lo pautado en la Disposición Transitoria Sexta del mismo texto fundamental. En consecuencia, ante la omisión de la Asamblea Nacional de dictar las normas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los organismos internacionales y/o para resolver las controversias que podrían presentarse en su ejecución, esta Sala Constitucional asume la competencia para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un “control de convencionalidad” (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar en esta oportunidad esta Sala Constitucional, incluso de oficio; y así se decide.”* (Resaltado y subrayado nuestro)

Así, para el fallo comentado, la acción planteada y la facultad que la Sala emprende (y que se atribuye a partir de esa sentencia) es la de **verificar la conformidad constitucional de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que –afirma la propia Sala– implica un control de convencionalidad**. Es decir, la Sala se atribuye una forma de control concentrado de constitucionalidad (y de la convencionalidad) de las decisiones de la Corte IDH.

Ahora bien, esta conclusión sobre la identidad del medio (y de la competencia que ejerce, en definitiva) luce realmente desconcertante si se toma en consideración que tan solo unos párrafos antes la misma decisión expresa que “(...) la parte actora no pretende la “nulidad” de la Convención Americana de Derechos Humanos ni del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que el recurso de nulidad como mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad no resulta el idóneo”.

Además, una precisión debe ser hecha en torno al argumento en torno al vacío que ha dejado la derogatoria de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 y la no inclusión, en la Ley de 2010 de la competencia a que se refería el numeral 23 del artículo 5.

Sucede, como vimos antes, que aquella disposición derogada no preveía expresamente una competencia para ejercer el *control de las sentencias de la Corte Interamericana*. Esto se verifica simplemente leyendo la disposición derogada<sup>31</sup>. Además, esto resulta evidente cuando se considera que la propia Sala Constitucional en su decisión de 2008 (la que estrenó en Venezuela el control que ejerce la Sala Constitucional sobre las decisiones de la Corte IDH), aseguró que lo que estaba resolviendo era una modalidad del recurso de *interpretación constitucional*. Lo que deja en evidencia que entonces la Sala no consideró que aquella disposición fuera suficiente para justificar el ejercicio de esa curiosa competencia. Mal puede ahora justificarse la existencia de esa competencia de revisión en el “llenado” de la ausencia de aquella norma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 que jamás estableció tal competencia revisora o de control de las decisiones de los órganos internacionales.

### **2.3. El resultado concreto del ejercicio de este poder y los argumentos con los que la Sala Constitucional controla –declara inejecutable por inconstitucional– una decisión de la Corte IDH.**

La sentencia de la Sala Constitucional –en esta ocasión desprovista de cualquier disimulo– emprende, como un juez revisor de la corrección constitucional y convencional, el escrutinio de la decisión de la Corte Interamericana, y concluye –con independencia a lo correcto o no de sus razonamientos– que la decisión de la Corte IDH violenta el ordenamiento constitucional venezolano y otros compromisos internacionales vinculados con la persecución de la corrupción, lo que la lleva a declarar inejecutable –evidentemente por inconstitucional y anticonvencional– la decisión de la Corte IDH.

Veamos ahora los argumentos de la sentencia:

*“(...) la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que “el punto central” del fallo es la presunta violación del derecho a ser elegido del ciudadano Leopoldo López, infringiendo el artículo 23 de la Convención Americana, en vista de que esta disposición exige en su párrafo 2 que la sanción de inhabilitación solo puede fundarse en una condena dictada por un juez competente, en un proceso penal. (...)”*

*Ahora bien, la Sala, (...) no puede compartir (...) la conclusión de que la sanción de inhabilitación solo puede ser impuesta por una “autoridad judicial”.*

<sup>31</sup> “Artículo 5.- Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República: (...) 23. Conocer de las controversias que pudieren suscitarse con motivo de la interpretación y ejecución de los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por la República. La sentencia dictada deberá ajustarse a los principios de justicia internacionalmente reconocidos y será de obligatorio cumplimiento por parte del Estado Venezolano (...) El Tribunal conocerá en (...) Sala Constitucional los asuntos previstos en los numerales 3 al 23. (...)”.

*En tal sentido, en la citada sentencia 1265/2008 esta Sala precisó lo siguiente:*

*“Es de advertir, en cuanto al fondo, que como expresa G. CABANELLAS en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII (R-S) p. 294, ‘la sanción administrativa puede implicar la inhabilitación para ejercer una profesión o actividad’.*

*Asimismo, en atención a la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (art. 274 Constitución de República Bolivariana de Venezuela), el Poder Ciudadano está autorizado para ejercer un poder sancionador sustancialmente análogo al derecho penal, incluyendo sanciones como las accesorias del artículo 105, cuyo objetivo es la protección del orden social general (ver Diccionario Jurídico Espasa LEX, p. 776 y 902).*

*De igual manera, el mismo Diccionario de la Lengua Española (p. 1277), si bien alude en su primera acepción a la inhabilitación como la ‘pena o castigo que priva de algunos derechos’, lo cual podría requerir un fallo judicial; en su segunda acepción refiere a la ‘incapacitación para ejercer diversos empleos’, lo cual podría jurídicamente derivarse de una sentencia, pero también de una sanción administrativa.*

*En efecto, si bien el artículo 65 del Constitución de República Bolivariana de Venezuela señala 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...’, esta norma no excluye la posibilidad de que tal inhabilitación pueda ser establecida, bien por un órgano administrativo stricto sensu o por un órgano con autonomía funcional, como es, en este caso, la Contraloría General de la República.*

*Nótese que la norma, si bien plantea que la prohibición de optar a un cargo público surge como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito, tampoco impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto; la norma sólo plantea una hipótesis, no niega otros supuestos análogos.*

***En este contexto, cabe destacar que tal determinación es un asunto de política legislativa que corresponde en todo caso al legislador nacional, según la orientación que este órgano, dentro de su autonomía, decida asignarle al ius puniendi del Estado; por lo que negar esta posibilidad significaría limitar al órgano legislativo en su poder autónomo de legislar en las materias de interés nacional, según lo prescribe el artículo 187, cardinal 1, en concordancia con el 152, cardinal 32 del Texto Fundamental. (...)***

*La actividad del Parlamento anteriormente anotada, sólo podría hallar límites en la Constitución, la cual, al no prohibir esta especial manifestación sancionatoria por parte de la Contraloría General de la República, y al encontrar ésta sustento expresamente en la ley que la rige, se ajusta tanto al principio de supremacía constitucional como al principio de legalidad, como pilares fundamentales del Estado de Derecho. Así se declara”.*

***En la misma línea argumental es preciso referir que la Convención Americana no es el único tratado suscrito por Venezuela relativo a derechos humanos y, en consecuencia, de rango constitucional a tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional, que debe ser tomado en consideración para resolver sobre la ejecución del fallo de la Corte Interamericana.***

*En efecto, nuestro país ha suscrito y ratificado con posterioridad a la aludida Convención otros tratados de cuyo texto pueden inferirse conclusiones muy distintas a las vertidas en el fallo del 01 de septiembre de 2011, objeto de análisis, en la presente decisión. (...)*

*(...) Igualmente, Venezuela es país signatario de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, suscrito en el año 2003, cuyo objetivo es la introducción de un conjunto cabal de normas, medidas y reglamentos que puedan aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentarios destinados a la lucha contra la corrupción.*

*(...) En conclusión, aun si se pretendiera otorgar un sentido literal y restrictivo al artículo 23 de la Convención Interamericana, impidiendo la inhabilitación de un ciudadano para el*

*ejercicio de cargos públicos por razones de corrupción, limitando la posibilidad de sanción a una sentencia judicial; podemos advertir que tal Tratado no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría general de la República como un órgano integrante de un Poder Público (Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.*

***No se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos y ejercer un “control de convencionalidad” respecto de normas consagradas en otros tratados internacionales válidamente ratificados por Venezuela, que no fueron analizados por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, como lo son las consagradas en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, lo que ha obligado a esta Sala a ponderar un conjunto de derechos situados en el mismo plano constitucional y concluir en que debe prevalecer la lucha contra la corrupción como mecanismo de respeto de la ética en el ejercicio de cargos públicos, enmarcada en los valores esenciales de un Estado democrático, social, de derecho y de justicia. (...)***

***Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos persiste en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.***

***En virtud de las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través “de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE),” a asegurar “que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales”; anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a las adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1547 de 17/10/2011) (Resaltado nuestro)***

Nuevamente en esta ocasión la Sala aclara (pero ahora por lo menos el fallo es consistente en decir que lo que se debe hacer es lo que está haciendo) que “no se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos”, se trata por el contrario de “aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos y ejercer un “control de convencionalidad” respecto de normas consagradas en otros tratados internacionales válidamente ratificados por Venezuela, que no fueron analizados

por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, como lo son las consagradas en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, es decir, se trata de juzgar la constitucionalidad y la convencionalidad de la decisión de la Corte IDH.

Así, en esta segunda ocasión que la Sala Constitucional Venezolana emprende el control de las sentencias de la Corte IDH, el tribunal venezolano reconoce que lo que hace es ejercer un control de ese acto, y lo hace, además, aduciendo sus facultades de juez de la constitucionalidad y de la convencionalidad (recordemos que cuando estrenó esta competencia, lo hizo señalando que en realidad no estaba controlando la decisión, sino interpretando normas de rango constitucional). De este modo la Sala es, en esta ocasión, coherente consigo misma.

Lo único que no parece viable –dado lo que está haciendo– es la afirmación que hace el fallo en torno a que “no se trata de (...) desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos”.

### **3. El “Episodio III” la sentencia N° Sentencia N° 1175 de fecha 10/09/2015<sup>32</sup>. La decisión por la que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró “inejecutable” la decisión con la que la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado Venezolano en el asunto Granier y otros (RCTV) vs. Venezuela.**

**3.1. Antecedentes.** En fecha 22 de junio de 2015 la Corte IDH sentenció el fondo de la causa que había seguido al Estado Venezolano por la presunta violación de los derechos a la libertad de expresión, la igualdad, el debido proceso, al plazo razonable y el derecho a ser oído de un grupo de directivos, accionistas y periodistas del canal de televisión Radio Caracas Televisión (“RCTV”) –a la sazón, un medo de comunicación con una línea editorial crítica al gobierno venezolano– como consecuencia del cierre dicho canal ocurrido el 27/05/2007, a raíz de la decisión del Estado de reservarse la porción del espectro eléctrico que anteriormente asignado a RCTV.

Los hechos del caso se concretan en que: (i) RCTV mantenía una línea editorial e informativa abiertamente crítica al gobierno Venezolano del Presidente Hugo Chávez; (ii) diversas autoridades del gobierno venezolano, incluido el entonces Presidente de la República, se quejaron de esto, protestaron y amenazaron airadamente y finalmente advirtieron de la no renovación de las concesiones de algunos medios; (iii) RCTV –que operaba bajo concesiones sucesivas del espectro radioeléctrico desde el año 1953, siendo el canal de televisión con más alta sintonía en todos los sectores de la población venezolana– solicitó en 2002 la adaptación de su concesión al nuevo régimen (solicitud que no fue atendida hasta el año 2007) y luego en 2007 solicitó la renovación de sus títulos de concesión; (iv) en 2007 el órgano administrador del espectro radioeléctrico en Venezuela, llamado Comisión Nacional de Telecomunicaciones (“CONATEL”), negó la renovación de la concesión, con el argumento de que el Estado se reservaría esa porción del espectro; (v) el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ordenó –mediante sendas medidas cautelares– despojar a RCTV de todos sus equipos para que estos fueran operados (sin pago de compensación alguna) por los nuevos beneficiarios de la concesión (en este caso un canal del Estado); (vi) RCTV presentó diversos recursos judiciales, algunos de los cuales fueron declarados inadmisibles y otros (casi diez (10) años más tarde) aún se encuentran en trámite sin respuesta.

<sup>32</sup> Cuyo texto original se puede consultar en el portal oficial del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano en el enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/181181-1175-10915-2015-15-0992.HTML>

La decisión de la Corte IDH<sup>33</sup> declaró la responsabilidad del Estado Venezolano derivada del incumplimiento de una serie de obligaciones asumidas por Venezuela en torno a la protección de los derechos consagrados por la Convención (concretamente las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma) respecto de los derechos: a la libertad de expresión (artículos 13.1 y 13.3 de la Convención); a la no discriminación (artículo 1.1 de la Convención); al debido proceso administrativo (artículo 8.1 de la Convención), y; a la resolución de los procesos dentro de un plazo razonable (artículo 8.1 de la Convención).

En consecuencia, declarada la responsabilidad del Estado, la Corte IDH condenó al Estado Venezolano (entre otras cosas) a: (i) restablecer la concesión de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2 de televisión y devolver los bienes objeto de las medidas cautelares; (ii) proceder a tramitar un procedimiento –luego de acatada la primera reparación– para el otorgamiento de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2 de televisión; (iii) pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnizaciones por daño material e inmaterial, y reintegro de costas y gastos.

Frente a esta condena, que se produce en un proceso en el que –nuevamente y como había ocurrido en 2008 y en 2011– participó activamente la representación de la República Bolivariana de Venezuela, en fecha 09/09/2015, un grupo de abogados funcionarios de la Procuraduría General de la República, en representación de la República, ejercieron una acción a la que denominaron “*acción de control de convencionalidad*” –no prevista en el ordenamiento– con el fin de someter al control de la Sala Constitucional el fallo dictado por la Corte IDH.

Vale decir que los abogados de la Procuraduría General de la República fundan su petición en el artículo 335 de la Constitución (que es la norma constitucional que establece que el garante de la supremacía constitucional es “el Tribunal Supremo” y que las interpretaciones de la “Sala Constitucional” sobre las normas y principios constitucionales son vinculantes) y en los criterios vinculantes establecidos en las sentencias 1077 de 22/09/2000 y 1547 de 17/10/2011.

Nuevamente hay que señalar que la petición planteada por los representantes de la República no se correlaciona con el ejercicio de competencia alguna de las enumeradas en la Constitución y atribuidas a la Sala Constitucional, no obstante, la misma resulto admitida y resuelta en un (1) día, sin trámite de incidencia o audiencia alguna.

Hay que observar que esta vertiginosa resolución del asunto revela que no se cumplió con los trámites internos sobre recepción, distribución y discusión de las causas que se aplican al Tribunal Supremo según las previsiones contenidas en los artículos 99 al 105 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010<sup>34</sup>. Sin embargo la decisión aclara que esto

<sup>33</sup> Consultada en el portal oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el enlace: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_293\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf)

<sup>34</sup> Las normas en cuestión son del tenor siguiente:

*“Artículo 99. En los asuntos que sean sometidos al conocimiento del Tribunal Supremo de Justicia, el Presidente o Presidenta de la Sala respectiva, designará un Magistrado o Magistrada ponente, dentro de los tres días hábiles siguientes, computables desde el momento en que se hubiere dado entrada al asunto. Las ponencias serán asignadas en estricto orden cronológico de acuerdo con la fecha y hora de presentación de las respectivas actuaciones.”*

*“Artículo 100. El Presidente o Presidenta de cada Sala actuará como Magistrado o Magistrada ponente en aquellas causas que le correspondan, y en los asuntos que él o ella se reserve.”*

se debe a que el caso recibió el tratamiento propio de las causas que *no requieren de sustanciación* a que se refiere el artículo 145 del mismo texto legal<sup>35</sup> (asunto que en todo caso no explica porque esta causa se resolvió antes que otras que al igual que esta “no requieren de sustanciación” y que no obstante esperan decisión desde hace meses o años).

En todo caso, en fecha 10/11/2015 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia pronunció su sentencia N° 1175, declarando “inejecutable” la sentencia de la Corte IDH.

**3.2. La calificación de la acción, la identificación de la actuación objeto de la revisión que se propone y los fundamentos para la existencia de tal poder.** La sentencia es clara al reconocer cual es el acto que hace el objeto de su control: la sentencia de la Corte IDH. La decisión es igualmente consistente al identificar y calificar la acción propuesta. Efectivamente reconoce que los solicitantes plantean una acción de control de convencionalidad de la sentencia de la Corte IDH y acción que –por lo menos en esta ocasión– la Sala califica como una acción de control de constitucionalidad de la sentencia de la Corte IDH (que en todo caso engloba el control de la convencionalidad, por ser las normas de la Convención de rango constitucional).

---

*“Artículo 101. El Presidente o Presidenta de la Sala convocará a todos los Magistrados o Magistradas que constituyan la Sala respectiva, por lo menos, una vez a la semana, o cuantas veces sea necesario para la discusión y decisión de los asuntos y proyectos de sentencia que sean sometidos a su conocimiento; o para el suministro de información sobre el estado de los asuntos en que sean Ponentes o para adoptar las medidas que requieran la celeridad de los procesos y el normal y eficaz funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia.”*

*“Artículo 102. El Magistrado o Magistrada ponente deberá presentar, a los demás. Magistrados o Magistradas, un proyecto de sentencia para su consideración en Sala.”*

*“Artículo 103. Para que sean válidas las decisiones se requiere el voto de la mayoría absoluta de los miembros que conformen la Sala respectiva. En caso de empate, se suspenderá la deliberación y se convocará a una segunda reunión. Si el empate persiste, el voto del Presidente o Presidenta de la Sala respectiva, será considerado doble.*

*En caso de que el proyecto no cuente con la aprobación de la mayoría de los o las miembros de la Sala, la ponencia deberá reasignarse a otro Magistrado o Magistrada de la Sala correspondiente.”*

*“Artículo 104. El Magistrado que disienta de la decisión o de su motiva, anunciará su voto salvado o concurrente, según corresponda, que deberá consignar por escrito en el que fundamente las razones de su desacuerdo, dentro de los tres días de despacho siguientes a la aprobación del proyecto de sentencia. Este escrito deberá ser firmado por todos los Magistrados o Magistradas de la Sala respectiva y se agregará a la sentencia.”*

*“Artículo 105. La sentencia y el voto salvado o concurrente de los Magistrados o Magistradas se publicarán con la firma de todos los Magistrados o Magistradas que hubieren asistido a la sesión en la que se aprobó la sentencia, con inclusión de los que hubieren disentido.*

*Sin perjuicio de lo anterior, la decisión podrá publicarse, aunque no haya sido suscrita por todos los Magistrados o Magistradas que integren la Sala respectiva, si sus firmantes constituyen, por lo menos la mayoría absoluta de quienes la conforman, y entre los firmantes se encuentre la mayoría que esté conforme con ella.”*

<sup>35</sup> *“Artículo 145. En las causas en las que no se requiera sustanciación, la Sala decidirá en un lapso de treinta días de despacho contados a partir del día en que se dé cuenta del recibo de las actuaciones, salvo lo que preceptúan la Constitución y leyes especiales.*

*No requerirán sustanciación las causas a que se refieren los numerales 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, y 15 del artículo 25 de esta Ley. Queda a salvo la facultad de la Sala Constitucional de dictar autos para mejor proveer y fijar audiencia si lo estima pertinente.”*

Sobre estos dos asuntos la sentencia razona:

**“Acerca de la calificación jurídica de la presente solicitud como “acción de control de convencionalidad” realizada por los peticionantes, es preciso resaltar que en cualquier modalidad de control de constitucionalidad, podría ser necesario ejercer un control de convencionalidad cuando en el análisis de un caso estén presentes normas relativas a derechos humanos contenidos en una o varias convenciones internacionales válidamente suscritas y ratificadas por la República Bolivariana de Venezuela, que pudieran contradecir una disposición constitucional interna (...)**

*Al respecto, en sentencia número 1.547/2011 del 17 de noviembre, esta Sala estableció que en su condición de máximo y último intérprete de la Constitución, además de velar por su uniforme interpretación y aplicación, tiene la facultad, incluso de oficio, de “verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un ‘control de convencionalidad’ (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano)”. (...)*

**Por tal razón, con fundamento en el artículo 335 constitucional y el precedente establecido en la sentencia número 1.547/2011 del 17 de octubre, esta Sala se declara competente para conocer de la solicitud de control de constitucionalidad solicitada. Así se decide.”** (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1175 de fecha 10/09/2015) (Resaltado Nuestro)

La Sentencia además aclara los fundamentos normativos que justifican el ejercicio de la función que emprende, al conocer del recurso propuesto, y señala que son, de una parte el artículo 335 de la Constitución (norma que da a todo el Tribunal Supremo de Justicia venezolano la función de ser el máximo garante de la Constitución y que asigna a las interpretaciones que en materia constitucional haga la Sala Constitucional un carácter vinculante), y de otra parte el contenido de la sentencia N° 1175 de fecha 10/09/2015. Hay que observar que en esta ocasión la Sala no se refiere al supuesto vacío normativo dejado por la derogatoria sin reemplazo de la norma contenida en el numeral 23 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, ni a la interpretación con la que se llena ese supuesto vacío, como justificación del ejercicio de esta particular atribución. Tal vez la falta de señalamiento al supuesto vacío se deba a que la Sala lo considera llenado con los razonamientos del fallo N° 1547 del 17/10/2011, y ha entendido que esto se sobreentiende al citar como fundamento de esa competencia justamente a ese fallo.

La sentencia también se refiere a la naturaleza del control que ella misma ejerce, y allí incurre en algunas contradicciones. En efecto, por una parte, el fallo –además de afirmar que no está conociendo de un conflicto de normas legales– afirma que no está resolviendo sobre la nulidad de la Convención o de la Sentencia en concreto. Sin embargo, luego sostiene que se le ha pedido –y a ella le corresponde hacer– un control de la sentencia de la CIDH de cara a una “aparente antinomia” con la Constitución, es decir de cara a la denunciada violación de la Constitución. ¿Y así como puede no ser una acción de nulidad si de lo que se trata es de resolver sobre una demanda de inconstitucionalidad de un acto específico (una sentencia de la Corte IDH)? Los razonamientos de la Sala a este respecto son los siguientes:

**“(…) la pretensión del accionante no es la nulidad de la Convención Americana de Derechos Humanos ni del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de una acción por colisión de leyes, pues de lo que se trata es de una presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una sentencia dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional; es decir, que corresponde a esta Sala ejercer un control sobre la sentencia a ejecutar, ante una aparente antinomia entre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Convención Interamericana de Derechos, producto de la pretendida ejecución del fallo dictado el**

*22 de junio de 2015 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condenó a la República Bolivariana de Venezuela (...)*" (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1175 de fecha 10/09/2015) (Resaltado Nuestro)

Más adelante la sentencia hace, de nuevo, esa curiosa distinción, por la que afirma que al verificar la constitucionalidad del fallo de la Corte IDH no está revisando el fallo del tribunal internacional, sino que está verificando su conformidad con las normas y principios constitucionales venezolanos. Afirmación que, a nuestro modo de ver constituye un sinsentido, toda vez que al verificar la constitucionalidad del fallo (en definitiva al verificar su corrección en derecho) la Sala Constitucional ejerce sin dudas una función *revisora* del fallo, similar a la que ejerce en Venezuela el Juez de Casación sobre la sentencia de alzada<sup>36</sup> o la que ejerce el juez de alzada respecto de la decisión dictada en primera instancia (pues en Venezuela el Juez de apelación puede, además de proceder a un nuevo juzgamiento de la causa por fuerza del efecto devolutivo de la apelación, revisar el fallo apelado y declarar su nulidad por infracción de las normas legales<sup>37</sup>). Con lo que resulta evidentemente infundada –por no decir falsa– su afirmación.

No se entiende la razón por la que la Sala tiene ese recato. La realidad es evidente, y no se puede ocultar, la Sala Constitucional Venezolana ha asumido –sin fundamento constitucional concreto– la función de revisar la constitucionalidad (e incluso la convencionalidad) de las sentencias de la Corte IDH.

### **3.3. El resultado concreto del ejercicio de este poder y los argumentos con los que la Sala Constitucional controla –declara inejecutable por inconstitucional y anticonvencional– la decisión de la Corte IDH.**

La sentencia de la Sala Constitucional –como lo hizo antes en las dos ocasiones anteriores más arriba referidas– emprende, como un juez revisor de la corrección constitucional y convencional, el escrutinio de la decisión de la Corte Interamericana, y concluye–con independencia a lo correcto o no de sus razonamientos –que la decisión de la Corte IDH violenta

<sup>36</sup> El Código de Procedimiento Civil venezolano dispone textualmente: "*Artículo 313.- Se declarará con lugar el recurso de casación: (1°) Cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho de defensa; o cuando en la sentencia no se hubieren cumplido los requisitos del artículo 243, o cuando adoleciere de los vicios enumerados en el artículo 244; siempre que contra dichos quebrantamientos u omisiones se hayan agotado todos los recursos, o que la omisión o quebrantamiento lesionen el orden público. (2°) Cuando se haya incurrido en un error de interpretación acerca del contenido y alcance de una disposición expresa de la ley, o aplicado falsamente una norma jurídica; cuando se aplique una norma que no esté vigente, o se le niegue aplicación y vigencia a una que lo esté; o cuando se haya violado una máxima de experiencia. En los casos de este ordinal la infracción tiene que haber sido determinante de lo dispositivo en la sentencia.*"

<sup>37</sup> Al respecto el Código de Procedimiento Civil venezolano dispone textualmente: "*Artículo 209.- La nulidad de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de la instancia inferior, que se halle viciada por los defectos que indica el artículo 244, sólo puede hacerse valer mediante el recurso de apelación, de acuerdo con las reglas propias de este medio de impugnación. La declaratoria del vicio de la sentencia por el Tribunal que conozca en grado de la causa, no será motivo de reposición de ésta, y el Tribunal deberá resolver también sobre el fondo del litigio. Esta disposición no se aplica en los casos a que se refiere la última parte del artículo 246.*

*Parágrafo Único: Los Tribunales Superiores que declaren el vicio de la sentencia de los inferiores, apercibirán a éstos de la falta cometida y en casos de reincidencia, les impondrán una multa que no sea inferior a dos mil bolívares ni exceda de cinco mil.*"

el ordenamiento constitucional venezolano e incluso el propio contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que la lleva a declarar inejecutable –evidentemente por inconstitucional y anticonvencional la decisión de la Corte IDH.

La revisión que emprende la Sala Constitucional venezolana de la Sentencia de la Corte IDH comienza por señalar que la Corte IDH brindó tutela a unas supuestas violaciones de los derechos de una persona moral (esto es lo que afirma la Sala Constitucional, pero no parece ser lo que hace la sentencia de la Corte IDH), y que tal proceder es una violación de las previsions contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De cara a eso declara anticonvencional e inejecutable el fallo de la Corte IDH. La sentencia de la Sala Constitucional expresa esto del modo siguiente:

*“(...) En cuanto a la orden impartida por la Corte, en el sentido de reparar el supuesto daño a la empresa Radio Caracas Televisión, como si se tratara de una víctima de violación de los derechos humanos, esta Sala considera necesario advertir que (...)*

*(...) la garantía internacional de protección del goce y disfrute de los derechos humanos reconocidos en las convenciones, pactos y tratados es aplicable, sin distinción alguna, exclusivamente a las personas consideradas como ser humano o a un colectivo de éstas (tal como se advierte de la norma transcrita supra, así como del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) pero, **bajo ningún concepto, se puede extender a personas jurídicas, ni siquiera en forma indirecta.***

*(...) En la sentencia bajo control, se advierte que la situación es inversa, los ciudadanos Marcel Granier, Peter Botome y Jaime Nestares dirigieron su petición a la Comisión, no en interés propio, sino en interés de la empresa Radio Caracas Televisión C.A., ya que quedó comprobado que ni siquiera tenían cualidad de accionistas de esta, por cuanto se trataba de inversores indirectos (socios de las empresas que a su vez son socias de RCTV), a pesar de esa calificación a lo largo del texto del fallo; de allí que no se deduce cuál es la situación que pretendidamente vulnera los derechos de aquellos como seres humanos, pues todo se traduce a cuestionar el ejercicio del derecho que tiene el Estado de otorgar una concesión a una empresa, que en todo caso pudiera tener incidencia económica en las empresas de las que estos son accionistas, pero que en modo alguno restringe los derechos de los peticionantes a ejercer su libertad de expresión. (...)*

*(...) Así pues, este alto Tribunal observa cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos desvirtúa el contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos, al tratar de justificar la declaratoria de improcedencia de la excepción del Estado venezolano, con base a que la misma examina en este caso si la República vulneró los derechos humanos a una persona jurídica como lo es la empresa RCTV. (...)*

*(...) Por tanto, es absolutamente evidente que el presente fallo de la Corte Interamericana resulta inejecutable en derecho, por cuanto el mismo contraviene el artículo 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ya que se ordena la restitución de los derechos de la empresa Radio Caracas Televisión C.A., mediante el mantenimiento de una concesión del espectro radioeléctrico, correspondiente al canal 2 de televisión, lo cual atenta contra el derecho irrenunciable del Pueblo venezolano a la autodeterminación, a la soberanía y a la preeminencia de los derechos humanos. (...)*” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1175 de fecha 10/09/2015) (Resaltado Nuestro)

Seguidamente la Sala Constitucional venezolana revisa la decisión desestimatoria que la sentencia de la Corte IDH tomó en torno a la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos que opuso en el proceso el Estado venezolano, y allí nuevamente concluye que la decisión de la Corte IDH contraviene el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La sentencia de la Sala Constitucional expresa esto del modo siguiente:

*“(...) afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo siguiente:*

25.... el Tribunal constata que la excepción de agotamiento de los recursos internos fue presentada después de que fuera decidido el informe de admisibilidad, por lo que su interposición es extemporánea y por tanto se desestima la excepción.

*Es decir, que bajo el alegato formal y estrictamente procesal de la pretendida extemporaneidad y preclusividad de la presentación de la excepción sustancial referida, a la falta de jurisdicción de esa Corte por la falta de agotamiento de los recursos, conforme a lo previsto en el artículo 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el fallo la “desestimó” y, por ende, asumió la jurisdicción para conocer de ese asunto sobre el cual actualmente cursan procesos ante la jurisdicción interna de la República Bolivariana de Venezuela, que restringen la jurisdicción de la referida Corte.*

*(...) Al respecto, debe indicarse que en el caso que dio origen al fallo sobre el cual se ejerce el presente control de constitucionalidad, no se ha cumplido este requisito, pues actualmente continúan los trámites jurídicos de algunos recursos internos que se siguen ante la jurisdicción venezolana, referidos al caso de la no renovación de la concesión a RCTV, y, por tanto, es claro que en este caso no han sido agotados los recursos internos dispuestos al efecto por el ordenamiento jurídico interno.*

*Lo anteriormente expuesto comporta per se el hecho de que ha debido ser declarada procedente la excepción sustancial que fue opuesta por el Estado venezolano, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que respecta a la falta de agotamiento de los recursos internos, y, por ende, proceder a declarar, como debió hacerse en atención a la observancia de las normas del sistema interamericano, la inadmisibilidad de la demanda, y no proceder como lo hace la decisión de la Corte, a desestimar la excepción del Estado venezolano, bajo argumentos absolutamente contrarios a la normativa que debe regir su actuación, todavía más cuando de la propia decisión se evidencian los distintos procesos que, por el caso RCTV, siguen su curso en la jurisdicción venezolana en los actuales momentos.*

*(...) En razón de lo antes expuesto, queda demostrado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos violó el artículo 46 de la propia Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que tramitó la referida causa a pesar de que la petición formulada por las supuestas víctimas era inadmisibile por no haberse agotados los recursos en la jurisdicción interna.” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1175 de fecha 10/09/2015) (Resaltado Nuestro)*

A continuación, la Sala Constitucional venezolana emprende la revisión de los argumentos con los que la Corte IDH razona la existencia de una violación del derecho a la libertad de expresión y a la igualdad imputable al Estado venezolano, y al hacerlo afirma que –en contra de lo sostenido por el tribunal internacional– tales violaciones no se produjeron. De cara a eso, nuevamente declara el carácter anticonvencional del fallo que revisa. La sentencia de la Sala Constitucional expresa esto del modo siguiente:

*“(...) el propio fallo reconoce que jurídicamente el Estado venezolano no estaba obligado a renovar la concesión a RCTV (elemento nuclear de la acción ejercida contra la República para sustentar la pretendida violación a los derechos humanos de un grupo de personas); no obstante, la sentencia in commento continuó la estimación de la supuesta violación a la libertad de expresión, discriminación contra RCTV, vulneración de las garantías judiciales y de protección judicial, además de la presunta subversión al derecho a la propiedad, para concluir, sin embargo, que la República quebrantó derechos humanos de un grupo de propietarios y de personal de RCTV.*

*Tales circunstancias, además de contrariar realmente los propios derechos que pretenden tutelarse, soslayan otros tantos derechos humanos, como lo son el derecho a obtener decisiones congruentes y motivadas, el derecho al juez natural (competente, independiente e imparcial), el derecho al debido proceso y, en fin, el derecho a la tutela judicial efectiva, lo cuales se vinculan a las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, citado como fundamento de la decisión sub examine. (...)*

(...) luego de afirmar diferencias entre RCTV y otras estaciones de televisión, en relación con la audiencia, el tipo de frecuencias y otros rasgos característicos (omitiendo mencionarlos), ese Tribunal no encontró que estén presentes las condiciones para llevar a cabo el juicio de igualdad propuesto por la Comisión y los representantes; **sin embargo, constató que todas las licencias de estos canales fueron renovadas, salvo la de RCTV, razón por la cual entró a analizar si la decisión de reservarse el uso del espectro asignado inicialmente a RCTV y no la de otro canal pudo haber generado un trato discriminatorio en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, como si ello ni implicase un juicio relativo a la igualdad, presupuesto indispensable para determinar cualquier discriminación, revelando otra incongruencia del fallo, vulneradora, por tanto, de los derechos humanos a la defensa, al debido proceso y al acceso a la justicia.** (...)

(...) para colofón, **sin fundamento jurídico alguno se determinó que hubo un trato diferenciado hacia RCTV** (aun cuando advierte con anterioridad que no encontró que estén presentes las condiciones para llevar a cabo el juicio de igualdad planteado), **pero además se asentó que ante esa inmotivada comprobación de que el trato diferenciado hacia RCTV estaba basado en una de las categorías prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de reservarse el espectro no tenía una finalidad o efecto discriminatorio, obviando los alegatos y las pruebas del Estado venezolano que ni siquiera otorgó la concesión a otra sociedad de comercio, sino que se reservó la explotación de esa porción fundamental del espectro radioeléctrico.** (...)

(...) Ello como si cada vez que el Estado resolviese no renovar una concesión, tuviera que justificar los motivos por los que se reservaría el uso del espectro radioeléctrico asignado a RCTV y no el espectro utilizado por otros canales (a pesar de que luego señala algunas justificaciones del Estado), pero más allá, afirmando una supuesta discriminación por cuanto esa “Corte no cuenta con elementos que permitan concluir que efectivamente existieran condiciones técnicas particulares de RCTV que no tuvieran otros canales de televisión y que motivaran de la diferencia de trato”, ello sin evidenciar realmente el trato diferenciado, mucho menos injustificadamente diferenciado, más allá de no renovar una concesión que reconoció expirada, sin que existiera derecho a la renovación. Aunado a ello, atendiendo a una supuesta inversión de la carga de la prueba que resulta de la aplicación de una pretendida categoría prohibida de discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención, hubiera sido particularmente importante que el Estado sustentase el trato diferenciado en perjuicio de RCTV con pruebas técnicas, informes y dictámenes de expertos, con el fin de desvirtuar dicha presunción. (...)” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1175 de fecha 10/09/2015) (Resaltado Nuestro)

Seguidamente, la Sala Constitucional venezolana entra a revisar y cuestiona las apreciaciones que hace la Corte IDH en torno a las dilaciones indebidas en el trámite de los distintos procesos en los que participaron los accionistas, periodistas y directivos de RCTV, para renovar la concesión del canal o para recurrir de la negativa a dicha renovación. Ya a este punto la Sentencia comentada no hace mayores análisis y se conforma con señalar la “insuficiencia” de los fundamentos con los que la Corte IDH declara la existencia de tales dilaciones. La sentencia de la Sala Constitucional expresa esto del modo siguiente:

**“(...) esa Corte cuyo objetivo debería ser la realización de la justicia, sin analizar los procesos ni el sistema jurídico en general que soberanamente se ha dado el pueblo venezolano, concluyó, sin premisa alguna, que se han producido dilaciones excesivas en diversas etapas del proceso. En fin, sin demostrar los parámetros del plazo razonable ni las variables que influyen en el caso, concluyó las pretendidas dilaciones excesivas.** (...)

(...) **sin prueba alguna “notó” la Corte que el plazo de más de tres meses para resolver la medida cautelar vulneró el derecho al plazo razonable, en franca violación del derecho humano a obtener una decisión fundada y, en fin, al debido proceso.**” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1175 de fecha 10/09/2015) (Resaltado Nuestro)

Luego de esto la sentencia cesa en su análisis del fallo de la Corte IDH, y dedica unas finales consideraciones a justificar el ejercicio de esta particular competencia revisora de las sentencias de los órganos internacionales de justicia (y esa evidente forma de justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado venezolano).

Por último, la sentencia concluye declarando la inconstitucionalidad, inconvencionalidad y la consecuente desaplicación de la decisión revisada de la Corte IDH. El señalamiento de cierre lo hace textualmente así:

*“Sobre la base de las consideraciones expuestas, es deber de esta Sala declarar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó la decisión de fecha 22 de junio de 2015, sometida al presente control de constitucionalidad, en franca violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a otros instrumentos internacionales sobre la materia y a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; por tanto, que es inejecutable el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 22 de junio de 2015, en el caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, por constituir una grave afrenta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al propio sistema de protección internacional de los derechos humanos.”* (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1175 de fecha 10/09/2015) (Resaltado Nuestro)

Así, en definitiva, queda definido –por ahora– en Venezuela este particular medio de justicia constitucional o medio procesal constitucional, que consiste, por una parte, en el ejercicio de un *derecho de petición* (que hasta ahora ha ejercido la representación del Estado Venezolano, sin que nada se haya resuelto sobre la legitimación que es necesaria) por el que se pone en marcha un *poder* jurisdiccional que ejerce la Sala Constitucional de Venezuela (sin más fundamento normativo que su función común a las restantes Salas del Tribunal Supremo de Justicia de ser el máximo garante de la constitucionalidad y el carácter vinculante que sus decisiones –ahora si las de la Sala Constitucional– tienen en materia de interpretación de normas y principios constitucionales, a que se refiere el artículo 335 de la Constitución venezolana) que le permite revisar los fallos de tribunales y organismos internacionales, y especialmente los de la Corte IDH, en cuanto a su apego a las normas de la Constitución venezolana e incluso a las normas de los diversos pactos o tratados internacionales sobre derechos humanos (con rango constitucional) ratificados por Venezuela.

Ese poder de la Sala le permite no sólo declarar la existencia de la infracción jurídica (el desapego, violación, infracción o restricción constitucional o convencional) además le permite “declarar” la “inejecutabilidad” del fallo, decisión o laudo de que se trate.

#### IV. VISIÓN CRÍTICA EN TORNO A LA FACULTAD DE CONTROL DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS QUE HA ASUMIDO LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA VENEZOLANA

Se puede estar o no “de acuerdo” con esta “creación” de la Sala Constitucional de Venezuela, en la medida en que se compartan algunas opiniones en torno a la real eficacia de los mecanismos internacionales –y concretamente los regionales– de protección de los derechos humanos o en torno a la sospecha de que estos mecanismos internacionales puedan ser utilizados como forma de torpedear políticamente procesos nacionales de reforma de las instituciones.

Sin embargo, no se trata aquí de “simpatías” o de afinidades políticas. De lo que se trata –por lo menos de lo que se tratan estas notas– de determinar si este mecanismo es jurídicamente viable (tanto desde el punto de vista del derecho internacional como desde el punto de vista del Derechos Constitucional Venezolano).

Y a este punto, luego de haber leído las normas de la Constitución venezolana y luego de haber hecho un análisis más o menos exhaustivo de las justificaciones y fundamentos que le ha dado la Sala Constitucional a este medio de control internacional de convencionalidad y control de constitucionalidad de las sentencias de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, no podemos sino afirmar que **estamos ante una creación jurisprudencial inconstitucional y anticonvencional**, que en algún momento –y lamentablemente– habrá de acarrear la responsabilidad internacional del Estado venezolano (sin olvidar que, en derecho interno también ha constitucionalmente previstas responsabilidades del Estado por la violación de los derechos humanos y de los funcionarios que suscriban u ordenen tales actos<sup>38</sup>).

Y no es aventurado sostener la incorrección jurídica de este extraordinario medio de control de las sentencias de la Corte IDH creado jurisprudencialmente por la Sala Constitucional venezolana.

En el seno de la propia Sala Constitucional de Venezuela se han levantado las voces que alertan de esta situación. En efecto, vale señalar que en su Voto Salvado a la Sentencia N° 1939 de 18/12/2008 (que es la que estrenó en Venezuela este recurso de control de las sentencias de la Corte IDH), el magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, señaló:

*“(...) 5. EL DEBER DE CUMPLIMIENTO, POR PARTE DE ESTADO VENEZOLANO, DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 5 DE AGOSTO DE 2008.*

*El artículo 7 constitucional preceptúa que la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico; el artículo 23 de esa “norma suprema”, en el contexto del caso concreto, determina el rango constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; según el artículo 30, el Estado tiene la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, lo que incluye la reparación de daños y perjuicios y deberá adoptar las medidas legislativas y de otra naturaleza que hagan efectivas esas indemnizaciones; como corolario, el artículo*

<sup>38</sup> Efectivamente, la Constitución de la República de 1999 prescribe sobre estos particulares lo siguiente:

“Artículo 25.- **Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.**”

“Artículo 49.- El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: (...) 8. **Todos podrán solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, el juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.**”

“Artículo 139.- **El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley.**”

“Artículo 140.- **El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.**”

“Artículo 255.- (...) **Los jueces o juezas son personalmente responsables**, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.”

**31 eiusdem declara el derecho de toda persona, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones ante los órganos internacionales que hayan sido creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos, para lo cual, el Estado “adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.”**

*Por su parte, el artículo 25 del Texto Magno determina la nulidad de todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos que él garantiza, mientras que el 138 hace lo propio respecto de los actos de la “autoridad usurpada”. El artículo 156.32 se contrae a la atribución de competencia al Poder Público Nacional para que legisle en distintas materias (infiere el disidente, a falta de razonamiento alguno al respecto por parte del fallo anterior, que la Sala tomó en cuenta la que se refiere a la organización y funcionamiento de los órganos de ese poder público) y el Capítulo III del Título V de la Constitución se dedica a la regulación del Poder Judicial y del Sistema de Justicia.*

**5.1 En opinión de quien rinde este voto salvado, los preceptos 7 y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que fueron mencionados como fundamento de la decisión que se rechaza, por el contrario, junto con los artículos 30 y 31 eiusdem, imponían la ejecución del veredicto interamericano. El primero, en cuanto refuerza la ineludible imperatividad del resto de las normas constitucionales; el segundo, en cuanto da el rango y fuerza de tales normas al tratado que recogió los derechos humanos cuya violación determinó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de competencias y mediante procesos que la República aceptó a través de los medios internacionales idóneos; y los últimos –que la mayoría no recogió–, en tanto imponen al Estado la obligación de indemnización a las víctimas de violación a sus derechos humanos, precisamente la condición que se reconoció a quienes ejercieron el derecho que les atribuyó el artículo 31 de solicitar el amparo a tales derechos ante un organismo internacional que fue creado para tal fin y el deber de adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento con decisiones como la que obtuvieron éstos a su favor, todo lo contrario de lo que se hizo a través del acto jurisdiccional anterior.**

**5.2 En cambio, no aprecia el disidente la aplicabilidad al caso concreto de los artículos 25 y 138 constitucionales en virtud de que, en primer lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no hace parte del Poder Público venezolano y, como se razonará infra, no usurpó la autoridad de ningún órgano de dicho poder y no infringió ni la potestad legislativa a que se contrae el artículo 156.32 ni la organización del Poder Judicial que concibió el Capítulo III del Título V de la Constitución; por el contrario, se expresó acerca de la ausencia de algunas características que, a tenor de varias de las normas de ese capítulo, deberían presentar nuestro Poder Judicial y nuestro régimen disciplinario judicial (p.e., arts. 255 –ingreso por concurso a la carrera judicial– y 267 –jurisdicción disciplinaria judicial a cargo de tribunales disciplinarios y régimen disciplinario garantista y fundamentado en el Código de Ética del juez o jueza venezolanos).**

**5.3 La Sala no ofreció razonamiento alguno según el cual las normas interamericanas, de rango constitucional en el derecho interno, que fueron aplicadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contuviesen reglas menos favorables a las de la Constitución o las leyes venezolanas (Cfr. artículo 23 constitucional).**

(...)10. En criterio de quien rinde esta opinión, la solicitud de la República que encabeza estas actuaciones ha debido ser resuelta en el sentido de que, de conformidad con los artículos 23, 30 y 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado venezolano está en el deber de cumplir a cabalidad con la sentencia del 5 de agosto de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas disposiciones se compadecen en un todo con el Derecho Constitucional interno.

*Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente. (...) (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1939 de 18/12/2008. Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz) (Resaltado nuestro)*

Un amplio sector de la doctrina Venezolana (AYALA<sup>39</sup>, BREWER<sup>40</sup> y MEIER GARCÍA<sup>41</sup>) han expresado las razones por las que –conforme al Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz– este medio de control de las Sentencias Internacionales es un desafuero jurídico, tanto desde el punto de vista del Derecho Interno como desde el punto de vista del Derecho Internacional.

Toca ahora referirse a esos argumentos que sostienen la irregularidad jurídica de esta creación jurisprudencial, que abordaremos –siguiendo el esquema que plantea MEIER GARCÍA– en dos secciones, la primera que expresa las causas por la que este medio de justicia constitucional creado jurisprudencialmente resulta anticonvencional (1) y la segunda que expresa las razones por la que este medio de justicia constitucional creado jurisprudencialmente resulta inconstitucional (2).

### **1. La “Inconvencionalidad” del “Recurso de control de Constitucionalidad de las sentencias de la Corte IDH” creado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.**

En principio la existencia (y la creación) de un medio interno de control de las decisiones de la Corte IDH constituye, de modo general, una infracción al principio de derecho consuetudinario internacional del *pacta sunt servanda*, y de modo concreto supone una infracción de las previsiones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referidas a la obligación acatar y proteger los derechos consagrados en la Convención, a tomar medidas positivas (incluso de adaptación del ordenamiento interno) para asegurar la protección de los Derechos Consagrados por la Convención, al carácter definitivo e irrevisible de las decisiones de la Corte IDH, al carácter obligatorio de las decisiones de la CIDH (violación concreta de lo dispuesto en los artículos 1,2, 68 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Veamos ahora un poco más detenidamente lo enunciado.

El carácter obligatorio que tiene, para los Estados, los compromisos internacionales que ellos asumen y la responsabilidad que acarrea el incumplimiento de esos compromisos es un principio elemental de Derecho Internacional, sin el cual el Derecho Internacional no tendría sentido y las relaciones internacionales –distintas a aquellas que resultan de la imposición de la fuerza bélica– no serían posibles. A ese principio se le enuncia como el *pacta sunt servanda*.

<sup>39</sup> Ayala, Carlos. *La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Op. Cit., México 2010.

<sup>40</sup> Brewer-Carías, Allan. *El Juez Constitucional vs. La Justicia Internacional en materia de Derechos Humanos*. Op. Cit. Caracas 2009, p.p. 249-260; Brewer-Carías, Allan. *Del ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: Caso: Leopoldo López vs Venezuela*. Septiembre 2011. Op. Cit. Caracas 2012, pp. 227-250, Y Brewer-Carías, Allan. *La condena al Estado en el caso Granier y otros (RCTV) vs. Venezuela, por violación a la libertad de expresión y de diversas garantías judiciales. Y de cómo el Estado, ejerciendo una bizarra “acción de control de convencionalidad” ante su propio Tribunal Supremo, ha declarado inejecutable la sentencia en su contra*, Op. Cit., Caracas 2015.

<sup>41</sup> Meier, Eduardo. *La eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional*. Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2011-2012. Serie Estudios N° 105. Ediciones Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2014, pp. 164-201.

Se trata de un principio que, como se dijo un poco antes, forma parte del *IUS COGENS* o costumbre internacional, con independencia a que se haya sido recogido en un instrumento internacional.

El contenido de este principio lo enuncia la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del modo siguiente:

*“Observancia de los tratados.*

26. *“Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*

27. *El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”*

Como se observa este principio supone, de una parte, que los Estados deben cumplir de buena fe las obligaciones a las que se han contraído, y de otra, la imposibilidad de que se excepcionen, de ese cumplimiento, aduciendo su propio ordenamiento interno.

Valga decir que, además, en el Sistema Interamericano, la Jurisprudencia de la Corte IDH claramente ha establecido que nada en el ordenamiento interno puede válidamente excepcionar el cumplimiento de las obligaciones de respeto de los derechos humanos impuestas en la Convención Americana, ni siquiera las previsiones constitucionales del Estado de que se trate. Al respecto en la Sentencia de 05/02/2001, Caso “*La última Tentación de Cristo*”, la Corte IDH dejó claramente establecido lo siguiente:

*“72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.*

*(...) 85. La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.*

*(...) 87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*).*

*Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Esta-*

*do adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención. (...)*<sup>42</sup> (Sentencia de la Corte IDH de 05/02/2001 caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile o “La Última Tentación de Cristo”*) (Resaltado Nuestro)

Ahora bien, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé, en sus primeros dos artículos, la obligación general de todos los Estados de respetar los derechos consagrados por la Convención (artículo 1) y la obligación de adaptar su ordenamiento, tomando medidas legislativas o de cualquier otra índole (esto es, judiciales o administrativas) para adaptar su ordenamiento y hacer efectivos los derechos humanos (artículo 2). Textualmente dispone:

*“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos*

*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

*2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”*

*“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*

*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”*

Además, la Convención expresamente consagra tanto la obligación de los Estados signatarios de cumplir con las decisiones de la Corte IDH (artículo 68) como el carácter irrecurrible de las decisiones de la Corte (artículo 67.1). Efectivamente la Convención prevé:

*“Artículo 67*

*El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.”*

*“Artículo 68*

*1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*

*2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.”*

Así las cosas, cuando la Sala Constitucional venezolana –por vía jurisprudencial y sin texto constitucional alguno que le asigne tales competencias– crea un mecanismo para revisar (es decir, recurrir) las decisiones de la Corte Interamericana, reconociéndose a sí misma, además, la facultad de impedir el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH (cuando a su juicio violenten o excedan los límites constitucionales o convencionales), este órgano del Estado Venezolano está asumiendo competencias para excepcionarse al cumplimiento de obligaciones específicamente asumidas por vía de la Convención Americana sobre Derechos humanos.

<sup>42</sup> Consultada en el portal oficial de la Corte IDH en el enlace [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf)

En efecto, la Sala Constitucional dispone que se deje de acatar la Sentencia (en contra de lo previsto por el artículo 68 de la Convención), como resultado de un recurso ejercido contra esa Sentencia (en contra de lo previsto por el artículo 67 de la Convención), y en definitiva impide que se cumpla con la obligación de respeto a los derechos previstos en la Convención y con la obligación de tomar medidas para adaptar el ordenamiento a las previsiones de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención). Por el contrario, la Sala Constitucional aduce el derecho interno (y más que el derecho interno, aduce la “soberanía”) para exceptuarse al cumplimiento de sus obligaciones.

Así las cosas, el establecimiento de este mecanismo (y el mecanismo en sí mismo) por el que un órgano interno, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sin norma convencional, constitucional o legal que lo habilite expresamente para ello, asuma la revisión y el control de las decisiones de un organismo jurisdiccional internacional de protección de los Derechos Humanos (la Corte IDH), para controlar la corrección en derecho (Derecho de los Derechos Humanos, contenido en la Constitución o en instrumentos internacionales, pero en el ámbito interno venezolano siempre de rango constitucional) de sus decisiones, supone una contravención de las obligaciones asumidas por el estado venezolano con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y concretamente aquellas a que se refieren los artículos 1, 2, 67 y 68 de la Convención) asunto que expresa no sólo una violación de las normas convencionales sino además del principio de *IUS COGENS* de derecho internacional *pacta sunt servanda*.

Cuestión que sin dudas es susceptible de acarrear la responsabilidad internacional del Estado por infracción o violación de sus compromisos internacionales.

## **2. La “Inconstitucionalidad” del “Recurso de control de Constitucionalidad de las sentencias de la Corte IDH” creado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela<sup>43</sup>.**

Además de lo antes dicho, en el sentido de que el establecimiento de este mecanismo (y el mecanismo en sí mismo) de control interno de las decisiones de un órgano internacional de protección de los Derechos Humanos constituye una contravención de las obligaciones asumidas por el estado venezolano con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y una violación del principio de *IUS COGENS* de derecho internacional *pacta sunt servanda*, hay que señalar que ese mecanismo comporta serias violaciones al texto de la Constitución venezolana, como seguidamente se explica.

**2.1. Violación de la previsión constitucional que da rango constitucional y aplicación preferente, a los tratados sobre derechos humanos (artículo 23 de la Constitución venezolana de 1999) y de la disposición constitucional que establece el principio de supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución venezolana de 1999).** Ya se dijo antes en estas notas, que la Constitución venezolana de 1999 es enfática al asignar a “*los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela (...) jerarquía constitucional*” y carácter prevalente –dentro de las restantes nor-

<sup>43</sup> Sobre las “inconstitucionalidades de las sentencias del TSJ” en la creación de este mecanismo de control y en la aplicación del mismo, se puede consultar a: Ayala, Carlos. *La doctrina de la “in-ejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*. Op. Cit. México 2010, 146-157 y Meier, Eduardo. *La eficacia de las sentencias del a Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional*. Op. Cit. Caracas 2014, pp. 186-190.

mas de esa misma jerarquía— de los contenidos más favorables de esos tratados aún sobre lo previsto en la Constitución (la operación a la inversa debería funcionar de igual modo). La disposición constitucional textualmente dispone:

*“Artículo 23.- Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”* (Resaltado nuestro)

Así es indudable que cuando un tratado o convenio internacional sobre derechos humanos es ratificado por el Estado venezolano, es instrumento adquiere —por operatividad de la norma constitucional transcrita— rango constitucional, ello así, con todas las consecuencias de supremacía y rigidez que tal jerarquía les otorga.

Es oportuno señalar que la norma constitucional comentada asigna **la jerarquía constitucional al instrumento entero**, y no sólo a las disposiciones materiales sobre derechos humanos que contenga el instrumento. La Constitución pudo optar por señalar que la jerarquía constitucional se asignaba sólo a las normas sustanciales o materiales (aquellas que contengan regulación sobre derechos humanos), no obstante, eligió dar el rango constitucional al instrumento de manera integral (y así este rango abarca tanto a las normas materiales como a aquellas de contenido adjetivo o procesal, es decir, aquellas que establecen los mecanismos de protección y tutela de los derechos).

Esto así por razones elementales, el sistema de protección de los derechos, que no es un contenido material, es, no obstante esencial a la vigencia misma de los derechos, y de nada serviría dar solo a las normas sustanciales rango constitucional si no se extiende tal jerarquía (y la intangibilidad que a esa jerarquía acompaña) a aquellas que prevén los mecanismos o procesos para su protección (que en definitiva son los que garantizan su vigencia), pues en definitiva quedaría en manos de cada Estado la vigencia del pacto y en definitiva la de los derechos por el consagrados.

De este modo los tratados internacionales suscritos y ratificados por Venezuela que tienen por objeto la protección de derechos humanos (se incorporan) pasan a formar parte del “Bloque de la Constitucionalidad”<sup>44</sup> de manera íntegra (es decir, con todos sus contenidos).

Ahora bien, el caso es que la Sala Constitucional venezolana ha creado sin texto un medio por el que subvierte las disposiciones contenidas en los artículos 67 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (relativos al carácter definitivo de los fallos de la Corte IDH y su carácter obligatorio) pues con ese recurso hace que las decisiones de la Corte IDH no sean definitivas o irrecurribles (pues de hecho las hace recurribles) y las hace o las somete a la condición de aprobar el test de constitucionalidad (con lo que las hace no obligatorias).

Además, al aducir el ordenamiento interno para resistir el cumplimiento de las obligaciones que la Corte IDH traduce de la Convención, para declarar inejecutables las decisiones de la Corte IDH, en lugar de cumplir con sus obligaciones y ejecutar las medidas positivas necesarias para lograr la vigencia del compromiso asumido con los derechos humanos, subvierte el contenido de las obligaciones que le imponen al Estado venezolano los artículos 1 y 2 de la Convención.

<sup>44</sup> Ayala, Carlos. *La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*. Op. Cit. México 2010, pp. 94-95.

Y así, al resistir y contravenir estas disposiciones contenidas en un tratado sobre derechos humanos válidamente suscrito y ratificado por la República (que merced del artículo 23 de la Constitución posee rango constitucional) está desconociendo su carácter constitucional y en definitiva violando el principio de supremacía constitucional que claramente expresa el artículo 7 del texto constitucional del modo siguiente:

*“Artículo 7.- La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.”*

Asunto éste que acarrea las consecuencias a que se refiere expresamente el artículo 25 de la Constitución:

*“Artículo 25.- Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.”* (Resaltado nuestro)

**2.2. Violación de la previsión constitucional que consagra el derecho a la tutela efectiva de los derechos humanos (artículos 26 y 31 de la Constitución venezolana de 1999).** La Constitución venezolana tiene una doble aproximación al derecho de *acceso a la justicia* (triple si se considera que al amparo constitucional lo enuncia como una forma especializada de acceso para obtener una protección reforzada de los Derechos). De una parte, el artículo 26 le asegura a *“toda persona”* el *“acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos”* y luego el artículo 31, consagra expresamente el derecho de *“toda persona”* de *“dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales”* *“en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República”* para solicitar el *“amparo de sus derechos humanos”*. Pero el *acceso a la justicia* supone una finalidad práctica, la obtención de un pronunciamiento útil, conforme a derecho y que resuelva el problema concreto por el que se acude a la justicia, lo que se denomina *el derecho a una tutela efectiva*. Tanto el artículo 26 de modo general, como el artículo 31 para el caso específico del acceso al amparo internacional, se refieren al derecho a la tutela efectiva. En efecto, el artículo 26 de la Constitución aclara que el acceso a la justicia supone además el derecho a una tutela judicial efectiva, que en materia de acceso al *amparo internacional* supone la obligación del Estado de *“dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales”* (artículo 31). Las dos normas mencionadas textualmente disponen:

*“Artículo 26.- Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. (...)”*

*“Artículo 31.- Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.”*

*El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.”*

Ahora bien, el mecanismo por el que la Sala Constitucional asume el poder de declarar *“inejecutables”* las decisiones de la Corte IDH, y la decisión misma de declarar tal inejecutabilidad, si bien no impide el acceso a los órganos internacionales de tutela de los derechos humanos (cosa que si hace la decisión de denunciar la Convención), si resulta

abiertamente contraria a la efectividad de la tutela que brinda el amparo internacional y a la que se obliga constitucionalmente el Estado venezolano conforme a la parte final del artículo 31.

En efecto, negarse a cumplir, declarar inejecutable, aduciendo la propia constitución o la soberanía del Estado, y crear mecanismos para producir tales resultados, es todo lo contrario a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

Y así nos encontramos frente a una clara infracción al derecho **a la tutela efectiva** al que, de modo general se refiere el artículo 26 de la Constitución, y al que de modo especial y respecto del amparo internacional de los derechos humanos, se refiere el artículo 31, segundo párrafo, de la Constitución venezolana.

Esto, como en el caso anterior, supone la consecuencia a que se refiere el artículo 15 de la Constitución, es decir, la nulidad de la actuación (esto es, tanto de la creación del mecanismo como de las decisiones que, de modo concreto, declaran la inejecutabilidad de los fallos de la Corte IDH).

#### BALANCE GENERAL

Es sociológicamente interesante observar que detrás de los razonamientos de la Sala Constitucional venezolana para atribuirse el poder de, en definitiva, justificar que el Estado venezolano incumpla con las obligaciones internacionalmente asumidas de respeto a los derechos humanos, está el argumento de la “Soberanía Nacional”. Y lo es, pues detrás de la mayoría de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos (desde que los derechos humanos existen como categoría internacionalmente reconocida) se encuentran justamente argumentos relativos a la Soberanía o Seguridad Nacional.

En todo caso, aquello responde a una concepción aún arcaica del Estado, que no ha superado la visión propia de las *Monarquías Absolutas* en donde hay un “soberano” que impone su poder hacia adentro de las fronteras a todos sus “súbditos” y cuyo poder debe ser respetado, hacia afuera, por sus pares, soberanos como él, en un equilibrio que supone “la no intervención”.

Pero hoy tal visión es insostenible. La soberanía es un concepto decadente, que solo sirve –y solo servía– para avasallar e imponerse a los individuos, a los vasallos. Hoy el concepto de los Derechos Humanos se impone a las soberanías, hoy ni el Estado ni el Pueblo (el Constituyente o el Legislador) son tan soberanos como para violentar o desconocer los Derechos Humanos. Hoy la prevalencia de los derechos Humanos es superior a la soberanía del Estado, y por eso, no resulta sostenible oponer al cumplimiento de los derechos el móvil de la soberanía nacional.

Los derechos humanos han atravesado las fronteras nacionales y con eso han roto la antigua –arcaica– concepción de la soberanía nacional, hoy, gracias a eso, los individuos son sujetos del Derecho Internacional, o por lo menos de una especial forma del Derecho Internacional: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ese es un Derecho común a todos los individuos de la especie humana, que les pertenece por ser parte del género humano, y no está sujeto a reconocimiento o declaratoria por parte del Estado. Y si hoy aún no funciona perfectamente el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos se debe más a un asunto de coordinación y de política, que a un asunto de concepción o madurez ideológica.

La solución a estos problemas no es, como algunos aúpan –con sospechosa vehemencia– acabar con la Corte Interamericana o con la Comisión, debido a su poca producción y escasa eficacia, la solución es, sin dudas, apoyar a estas instituciones de protección de los Derechos Humanos (con un apoyo no sólo intelectual sino económico), para permitirles avanzar, lentamente, como deben ser las cosas en materia de derecho internacional, en la acertada dirección hacia la que el sistema nos lleva. Las críticas son necesarias, pero las críticas destructivas esconden –en nuestra opinión– intereses que deberían ser puestos a la luz.

Y en todo caso, regresando a Venezuela, sin dudas estas decisiones de la Sala Constitucional habrán de acarrear, en un futuro no muy lejano, nuevas declaraciones de responsabilidad del Estado venezolano por el incumplimiento de las obligaciones asumidas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además, esas decisiones, abiertamente inconstitucionales desde el punto de análisis de la Constitución venezolana de 1999, son nulas por operatividad de lo que postula el artículo 25 constitucional (ello así dejando al margen la responsabilidad interna en la que incurre el Estado y los funcionarios que ordenaron tales decisiones, frente a los que han resultado agraviados por tales medidas).

Así, es posible pensar en que, cuando regrese el sentido común y se rescate la neutralidad de las instituciones y la separación de poderes, decisiones como estas que comentamos no se produzcan más, e incluso, porque no, lleguemos a ver *recursos de revisión* que resuelvan sobre la inconstitucionalidad de estas sentencias y que sean resueltos por nuevos magistrados de la Sala Constitucional.

Al final del día los problemas de los venezolanos deben ser resueltos por los venezolanos, y esto, el respeto y la garantía de los derechos humanos en Venezuela es, sin dudas, un problema de los venezolanos.

No en vano la Constitución venezolana dispone que:

*“Artículo 333.- Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia”*

Seguramente se impondrá la coherencia, la cordura, la seriedad, el respeto a los compromisos asumidos y la fuerza de la institucionalidad. No hay que olvidar que este es el país del que partió la liberación de una parte importante de la América Latina, que es el país que estrenó las constituciones escritas en el subcontinente (y el tercero en el mundo), que es el país que, mientras en Suramérica se afianzaban las dictaduras de izquierda y derecha, llevaba adelante una democracia que perduró por casi medio siglo. Esas mismas fuerzas son las que le permitirán al país y a sus ciudadanos recuperar su senda y transitar, nuevamente, en el camino del respeto y la protección de los derechos humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

Autores Varios. Editor Juan José Caldera. *Venezuela y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Libro Homenaje al Dr. Alirio Abreu Burelli*. Ediciones Universidad Monteavila y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Caracas 2011.

AMAYA, Jorge A. *Control de Constitucionalidad*. 2<sup>da</sup> Edición actualizada y ampliada. Ediciones ASTREA, Buenos Aires 2015.

Ayala, Carlos. “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Público* N° 131 Julio-Septiembre 2012. EDJV, Caracas 2012, pp. 39-73.

\_\_\_\_\_, *Del Dialogo Jurisprudencial al Control de la Convencionalidad*. EDJV y Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Caracas 2012.

\_\_\_\_\_, “La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en la obra colectiva *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (Tomo II) Coordinada por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Mariela Morales Antoniazzi. Ediciones de la UNAM. México 2010, pp. 85-157. Disponible en Internet en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/7.pdf>

\_\_\_\_\_, “Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como instrumentos para la protección de los Derechos Humanos”. IIDH y EDJV, Caracas 1998.

Blanco-Uribe, Alberto. “La denuncia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Retiro de la Convención Americana de Derechos Humanos a la Luz de la Ética y del Derecho”, en *Revista de Derecho Público* N° 129, enero-marzo 2012, EDJV, Caracas 2011, pp. 7-25.

Brewer-Carías, Allan. La condena al Estado en el caso Granier y otros (RCTV) vs. Venezuela, Por violación a la libertad de expresión y de diversas garantías judiciales. Y de cómo el Estado, ejerciendo una bizarra “acción de control de convencionalidad” ante su propio Tribunal Supremo, ha declarado inejecutable la sentencia en su contra. (Caracas 2015) Disponible en Internet en: [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20condena%20al%20Estado%20en%20el%20caso%20CIDH%20Granier%20\(RCTV\)%20vs.%20Venezuela.%2014%20sep.%202015.pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20condena%20al%20Estado%20en%20el%20caso%20CIDH%20Granier%20(RCTV)%20vs.%20Venezuela.%2014%20sep.%202015.pdf).

\_\_\_\_\_, “Del ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: Cas: Leopoldo López vs Venezuela. Septiembre 2011”. *Revista de Derecho Público* N° 128, octubre diciembre 2011, EDJV, Caracas 2012, pp. 227-250.

\_\_\_\_\_, *La Constitución e 1999 y la enmienda constitucional N° 1 de 2009*. EDJV, Caracas 2011, pp. 377.

\_\_\_\_\_, “El Juez Constitucional Vs. La Justicia Internacional en materia de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Público* N° 116, octubre diciembre 2008, EDJV, Caracas 2009, p.p. 249-260.

Meier, Eduardo. *La eficacia de las sentencias del a Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional. Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2011-2012*. Serie Estudios N° 105. Ediciones Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas 2014.

Nikken, Pedro. *Código de Derechos Humanos. Compilación y estudio preliminar*. Colección Textos Legislativos N° 12, 2<sup>da</sup>. Edic. EDJV y UCV, Caracas 2008.

Monterisi, Ricardo. *Actuación y procedimiento ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Primera Edición. Librería Editora Platense, La Plata 2009.

Villalba, Pablo. “Ajustes de Convencionalidad: nuevas coordenadas”, en *El Control de Constitucionalidad en la Democracia*. Autores Varios. Coordinador Gozaini, Osvaldo. EDIAR, Buenos Aires 2015, pp. 181-234.

# *JOHN MARSHALL ¿Padre del control de constitucionalidad? Acerca de algunos precedentes que habrían inspirado su decisión en el caso “William Marbury versus James Madison”*

Ernesto Adrián Löffler\*  
Abogado

**Resumen:** *John Marshall es considerado por un amplio sector de la doctrina como el padre del control de constitucionalidad. En este artículo se individualizan y evalúan diversos antecedentes que, de algún modo, cuestionan la originalidad de las ideas del prestigioso juez de la Corte Norteamérica. Al tiempo que se pone en tela de juicio la paternidad de Marshall, en torno del judicial review, se reconoce la visión institucional y el rol que tuvo en el caso Marbury versus Madison. No sólo, para conferirle autoridad al instituto aquí tratado, sino también, para erigirlo en la herramienta jurídica más efectiva de defensa del orden constitucional.*

**Palabras clave:** *John Marshall. Control de constitucionalidad. Antecedentes. Orígenes.*

**Abstract:** *John Marshall is considered father of the judicial review by a large sector of the doctrine. In this article, several records, which question the originality in the ideas of the prestigious Court of the United States judge, are individualized and evaluated. While the paternity of Marshall in relation to the judicial review is called into question, the institutional vision and the role played in the Marbury versus Madison case is still acknowledged. Not only to confer authority to the institute hereof, but also to establish it as the most effective legal tool to defend the constitutional order.*

**Key words:** *John Marshall. Judicial Review. Records. Origins.*

## I. DEL PROPÓSITO DEL ENSAYO

El presente ensayo tiene como finalidad explorar ciertos antecedentes vinculados al control de constitucionalidad que habrían servido de inspiración al juez Marshall<sup>1</sup>, en el conocido precedente “*William Marbury versus James Madison*”.

---

\* Abogado Universidad Nacional de Buenos Aires. Especialización en Derecho Constitucional Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho y Magistratura Judicial Universidad Austral. Doctorando en Derecho Universidad Austral, Argentina. Juez de la Cámara de Apelaciones de Tierra del Fuego, Argentina.

<sup>1</sup> John Marshall (1755-1835), fue presidente de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, durante treinta y cuatro años. Fue elegido cuatro veces para presidir aquel alto tribunal, desde que en 1801 el presidente *John Adams* lo nombrara en el cargo hasta su muerte. Lo paradójico de este destacado magistrado es que accedió a la presidencia de la Corte de los Estados Unidos de Norte-

La intención es escudriñar cuán original fue la idea del entonces presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos. Para ello tendré en cuenta los avances de la doctrina y la jurisprudencia en torno del instituto, antes del dictado de la sentencia que lideró el prestigioso juez en 1803.

Mi tesis, a contrario *sensu* de la opinión de algunos especialistas del ámbito vernáculo como del extranjero, procurará demostrar que, tanto en el campo doctrinario como en el terreno jurisprudencial, existieron antes del voto de Marshall, criterios claros en torno a quién se le debía conferir la potestad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes dictadas por el Parlamento y los actos del Poder Ejecutivo. Entonces resulta válido preguntarnos sí: ¿El caso *Marbury vs. Madison* es el primer precedente donde se analizan la constitucionalidad de determinadas normas? O en cambio ¿Es el primero de los antecedentes donde se deja definido con claridad a qué órgano del poder le corresponde el control de constitucionalidad?

Como explicaré a lo largo de este trabajo, la doctrina no es pacífica en la respuesta a los interrogantes que planteara. Por ello, en este contexto, el objetivo que me propuse no resulta fácil de alcanzar. Por ejemplo, si tenemos en cuenta los inconvenientes que plantea Ramírez García cuando hace referencia a la “[...] constante disputa por las paternidades, que hoy se le regatean al juez Marshall, con o sin razón, pero desde luego con escasa eficacia. Así la ‘doctrina reciente ha tratado de despojar el halo mítico del (caso) *Marbury vs. Madison*’, informando sobre el mérito que juristas anteriores a Marshall habían tenido al afirmar el principio de que las leyes reconocen como fuente de su autoridad y, en consecuencia, como límite de su contenido a la Constitución”<sup>2</sup>.

Teniendo presente estas dificultades abordaré a continuación el estudio de los antecedentes escogidos para luego dar una conclusión que podrá o no coincidir con la opinión del profesor Ramírez García. Antes, a manera de introducción, procuraré describir en apretada síntesis la génesis de las ideas que luego analizaremos en el viejo y en el nuevo continente.

Finalmente, responderé al interrogante del título de este trabajo ¿Podemos considerar al juez Marshall como el padre del control de constitucionalidad?

---

américa sin haberse recibido de abogado. Su profesión militar, lo alejaba de la preparación que se le exige a un juez de su trayectoria. El profesor Bianchi, Alberto en su obra *Control de Constitucionalidad*, tomo I, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 80 refiere que sus estudios de derecho “eran casi nulos. En el invierno de 1779-1780, mientras aguardaba ser incorporado al ejército, asistió a unas conferencias de derecho durante unas seis semanas, intervalo en el cual, además, conoció a quién luego sería su esposa, lo que indica que tampoco todos sus pensamientos estaban dedicados a las ciencias jurídicas. Sin embargo, fue su experiencia militar, más que su paso por las aulas, lo que forjó su conciencia político-jurídica. Sirvió en la guerra de la independencia al lado de Washington y pudo comprobar allí la necesidad de consolidar un país fuerte, un gobierno central capaz de sobreponerse a sus estados miembros. De allí que toda su trayectoria como Presidente de la Corte haya estado destinada a consolidar el poder del tribunal y del gobierno federal [...] otros historiadores señalan que *Marshall* ejerció activamente la práctica de la abogacía en la ciudad de Richmond, Virginia, su estado natal, a partir de 1793, adquiriendo fama y prestigio. Luego en 1799, fue electo diputado por Virginia en el Congreso Federal, y finalmente fue nombrado Secretario de Estado del presidente *Adams* en 1800”.

<sup>2</sup> Ramírez García, Sergio. “Reseña de los ‘orígenes del control jurisdiccional’ de Manuel González Oropeza”, *Cuestiones Constitucionales*, julio-diciembre número 011, Universidad Autónoma de México, México, p. 283. <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/885/88501113.pdf>, acceso 22-X-2008.

## II. BREVE EXPLICACIÓN DEL ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS DE NOROCCIDENTAL AMÉRICA

Resulta oportuno tener presente que la lucha contra los absolutismos europeos arrojó resultados disímiles en las trece colonias de América del Norte respecto a lo que ocurriera en la Francia de Luis XVI. Así pues, la revolución de 1789, que consagró la “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano”, no dictó, en lo inmediato, una Constitución. Sus fines fueron distintos a los buscados en el nuevo continente. En Europa continental (Francia) se produjo una revolución burguesa que acabó con el poder del rey absolutista.

La primera Constitución francesa data de 1791 fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 3 de septiembre de aquel año y aceptada por Luis XVI. En apretada síntesis este texto se ocupó de la reforma del Estado francés que se convirtió en una monarquía constitucional. Esta Constitución establece que la soberanía reside en la nación y ya no en el rey, que se titula “rey de los franceses”. Se proclama la libertad de pensamiento y de prensa, y la libertad religiosa. Se suprime la nobleza y las distinciones hereditarias, y se establece el libre acceso a los oficios y funciones que hasta ahora se reservaban a la nobleza o se heredaban<sup>3</sup>. No obstante, se mantuvieron las desigualdades. En la nación posrevolucionaria sólo una reducida minoría ejerció el derecho al sufragio<sup>4</sup>. En Francia, el soberano era el Parlamento. Se impuso el predominio del legislativo sobre las restantes ramas del poder; la norma jurídica superior no era la constitución sino la ley toda vez que procedía del Parlamento. En estos ordenamientos, existía una marcada desconfianza hacia la figura del juez, sobre quien, incluso, pesaba la posibilidad de ser condenado por el delito de prevaricato si se apartaba de lo dispuesto por las leyes<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Véase Dufau, Pierre Armand, Duvergier, Jean Baptiste, Guadet, J. *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de L'Europe et des deux Amériques: avec des précis offrant l'histoire des libertés et des institutions politiques chez les nations modernes; et une table alphabétique raisonnée des matières*, tomo VI, París, 1832, pp. 132 ss.

<sup>4</sup> Véase Tulard, Jean, Fayard, Jean-François y Fierro, Alfred. *Histoire et dictionnaire de la Révolution française 1789-1799*, ediciones Robert Laffont, colección “Bouquins”, París, 1987, 1998, pp. 650-651. “El sistema de elección de los diputados de la Asamblea Legislativa era el siguiente: se clasificaba a los varones franceses (las mujeres quedaron excluidas de la ciudadanía) en “ciudadanos activos” (los que pagaban impuestos directos equivalentes a 3 días de trabajo, tuviesen más de 25 años y residieran desde hacía más de un año en su comarca) y “ciudadanos pasivos” (quienes no pagasen impuestos). Solo los “ciudadanos activos” elegían a los electores de su departamento. Dichos electores eran quienes escogían a los diputados provinciales para la asamblea. En 1791, Francia contaba con 4 298 360 ciudadanos activos que representaban 61 % de los hombres y 15 % de la población total. 3. A este tipo de elección se le llama censitaria (sólo pueden votar los más ricos) e indirecta, puesto que los diputados no son votados directamente por todos los que tienen derecho al voto, sino a través de sus representantes”.

<sup>5</sup> Afirma Vanossi que: “el pensamiento de los franceses en ese momento con respecto a los jueces se inspiraba sobre todo en el temor por el recuerdo que provocaron aquellos famosos *parlamentos judiciales* que aplicaron justicia durante el reinado de los Luises y que se excedían notoriamente en sus funciones. *Parlamentos* llamados así, no obstante que no dictaban leyes, sino que administraban justicia, y que provenían de la época de los estados generales. Es por eso que la Revolución Francesa, al romper el esquema de los estamentos, decide eliminar también la posibilidad de que los jueces se excedieran en esas funciones, y concibe la gestión de los jueces propiamente como Montesquieu la había expresado en *El espíritu de las leyes* [...] en ese orden de ideas las leyes [...] prohibían a los tribunales conocer y decidir de los actos administrativos” al igual que avanzar so-

Autores como Vanossi destacan que en la Europa continental fue Sieyès el primero en la historia del Derecho público en hablar de control de constitucionalidad como mecanismo necesario para resguardar la jerarquía suprema de los textos constitucionales rígidos. Contribuye con tres aportes a la evolución del constitucionalismo clásico, a saber: La doctrina del poder constituyente; la doctrina de la representación y su modelo de control de constitucionalidad de las leyes. En relación a este último aspecto, propuso la creación de un órgano permanente y autónomo que asumiera la función de armonizar y limitar a los poderes constituidos. En primer término, planteó la conformación de un *Jurado Constitucional* que no fue aceptado, luego en 1779 logró la creación de un *Senado Conservador* que se encargaría de la defensa a la constitución. Para ello se le confirieron facultades de anulación de las normas dictadas por los otros poderes en oposición a la *Ley Suprema* que le fueran remitidas a su consideración. “Esta función nos lleva a un doble comentario: 1) que la fecha de esta creación es anterior al nacimiento jurisprudencial de la ‘revisión judicial’ en los Estados Unidos de Norteamérica, que no estaba expresamente prevista en la constitución de 1787 (y que nació con la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Marbury v. Madison*, en 1803); 2) que el sistema ideado por Sieyès es –obviamente– la fuente remota del veto que hoy cumple la función de control de constitucionalidad en el régimen del ‘Consejo Constitucional’ que prevé la Ley Suprema de 1958”<sup>6</sup>.

Sostendrá Alexy<sup>7</sup> que la visión del legalismo se caracterizaba por:

1. Rechazar los valores o principios. Sólo defendía las normas puestas por el legislador;
2. Recurría a la subsunción en la aplicación del Derecho descartando la ponderación;
3. Reivindicaba la autonomía del legislador democrático dentro de la Constitución, en lugar de la omnipotencia judicial;
4. Sostenía la independencia del derecho ordinario, en vez de la omnipresencia de la Constitución.

En el Derecho continental europeo la evolución y difusión del control se produjo, salvo el caso de Suiza y como vimos en Francia, a partir del año 1920. No obstante, no me extenderé en su análisis dado que tal empresa excede el alcance de este trabajo<sup>8</sup>.

---

bre las leyes dictadas por el Poder Legislativo. **Los jueces nunca han tenido la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes o de examinar la constitucionalidad de un acto legislativo o administrativo “han sido, nada más ni nada menos, que los agentes del servicio público”** (Jorge Reinaldo A. Vanossi, *Teoría Constitucional*, segunda edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, tomo II, p. 77. Las negritas son de mi autoría).

<sup>6</sup> Vanossi, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional, ... op. cit.*, tomo I, pp. 26, 27.

<sup>7</sup> Citado por Vigo, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 37.

<sup>8</sup> A modo de resumen, recordemos que, durante el siglo XIX, en los sistemas políticos europeos, sólo se aceptó el control de constitucionalidad por el propio órgano legislativo o parlamento, pues era aquél quien investía la legitimidad de su representación democrática y expresaba la voluntad del pueblo, del soberano. Al hilo de lo dicho, ¿quién entonces mejor que el Parlamento para juzgar de la constitucionalidad, o no, de una ley?

Durante el siglo XX, uno de los acontecimientos institucionales más trascendentes fue la aparición y desarrollo del control jurisdiccional de constitucionalidad y de la pertinente justicia constitucional. Ello a través de órganos específicos como el Tribunal Constitucional, el Consejo Constitucional, el Tribunal Supremo Constitucional, etc.

En cambio, en Estados Unidos, la Constitución de Filadelfia de 1787 consagró, como regla, el concepto de soberanía constitucional. El texto inspirado por principios del iusnaturalismo ponía límites al poder constituido, seccionándolo en tres departamentos.

Si bien el texto constitucional no establecía quién debería ejercer el poder de declarar la inconstitucionalidad de las normas contrarias a ella; como explicaré, con anterioridad al que algunos consideran como el nacimiento formal del sistema a partir del fallo liderado por el *Chief Justice Marshall* de 1803, existieron antecedentes en las ideas expuestas por Hamilton en *El Federalista* e influencia mediata de un importante antecedente inglés. Me refiero al precedente “*Bonham*” de 1610 donde el *chief justice* del *common pleas*, sir Eduard Coke, desarrolló ideas semejantes a las que luego aparecen en Hamilton y Marshall<sup>9</sup>. Además de otros doctrinarios como Iredell, resulta interesante estudiar algunos pronunciamientos de tribunales estatales y tres de la propia Corte Suprema de Estados Unidos.

Parafraseando a Alexy, podemos decir que el modelo americano se caracterizó por: 1. Apoyarse en valores o principios para invalidar normas puestas por el legislador cuando resultaban contrarias a la constitución;

2. Recurrir a la ponderación para aplicar principios;

3. Reivindicar la omnipotencia del departamento Judicial, por encima de la autonomía del legislador democrático;

4. Sostener la omnipresencia de la Constitución, por encima del Derecho ordinario<sup>10</sup>.

---

Desde sus orígenes, en 1920, la historia nos muestra tres etapas diferenciadas cronológicamente y que podemos reseñar de la siguiente manera:

Primera Etapa: Si bien es cierto que la Constitución de Suiza de 1874 implícitamente contempla una suerte de control de constitucionalidad conforme se infiere de los artículos 113.3 y 114 bis. (véase Auret, Jean F. *Traté de droit constitutionnel suisse*, Ides et Calendes, Nueuchatel, 1967, vol. I, p. 94), no es menos cierto que este primer periodo se inicia casi cuarenta años después cuando, bajo la inspiración de Hans Kelsen en su proyecto austriaco de 1920, se conforman con el Tribunal Constitucional Checoslovaco (Constitución del 29 de febrero de 1920, sancionada bajo el régimen Republicano que va de 1918 a 1938) cuanto el Alto Tribunal Constitucional de Austria (Constitución del 1º de octubre de 1920, dictada bajo el régimen de la República de Austria 1918-1933). Una década después, en la España Republicana se constituye el Tribunal de Garantías Constitucionales –Constitución de 1931, dictada bajo el Régimen de la II Republica Española 1931 a 1939 –(véase Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 1043 y ss).

Segunda Etapa: Tras la segunda postguerra mundial y el nuevo movimiento constitucionalista, se sancionan las nuevas constituciones en diversos países: 1) El Tribunal Constitucional Italiano de la Constitución de 1948; 2) El Tribunal Constitucional Alemán de la Ley Federal de Bonn de 1949; 3) El Consejo Constitucional Francés de la Constitución de 1958 de particulares connotaciones.

Tercera Etapa: Luego de una década, nuevos Tribunales Constitucionales surgen debido a la sanción de las siguientes Constituciones trascendentales: 1) El Tribunal Constitucional Portugués, fruto de la Constitución de 1976 con las modificaciones de 1982; 2) El Tribunal Constitucional Español de la Constitución de 1978.

<sup>9</sup> No obstante, cabe tener presente que la doctora Ángela Figueruelo planteaba en sus clases de postgrado de derecho constitucional en la Universidad de Salamanca –junio de 2008–, la existencia de varios precedentes anteriores al de Marshall de fines del siglo XVIII.

<sup>10</sup> Sostendrá Vanossi que “en el momento de en el cual se produce la emancipación de las trece colonias, no existía una idea definida sobre el problema del poder judicial. Desde luego que conoc-

### III. DE LOS ANTECEDENTES PREVIOS A 1803

#### 1. *El caso Bonham*

La idea de Constitución como Ley Suprema, desde luego en lo formal, es originaria de los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, este principio, encuentra sus raíces en el *common law* británico al ser considerado como Ley Fundamental.

Antes del siglo XVII, el *common law*, como norma no legislada, tenía primacía por sobre las leyes formales al concebirse como reglas particulares o de excepción al derecho consuetudinario establecido con anterioridad. Precisamente, esta tesis de supremacía del derecho consuetudinario sobre las leyes formales, fue desarrollada por Edward Coke, en el famoso caso *Bonham* en 1610.

El doctor *Thomas Bonham* era un médico egresado de la Universidad de Cambridge que se dispuso a ejercer la profesión en Londres sin la autorización del Colegio de Médicos. Conforme relata Bianchi<sup>11</sup>, *Bonham* fue citado por el Presidente del Colegio y los Censores quienes, luego de encontrarlo deficiente en sus aptitudes, le impusieron una multa de 100 chelines y la prohibición de ejercer la profesión bajo pena de prisión. El médico continuó ejecutando sus artes y resultó nuevamente emplazado ante las autoridades del Colegio de Médicos de Londres en octubre de 1606. Esta vez no acudió a la cita y por ello se lo condenó con una nueva multa de 10 libras. Además, se lo detuvo en prisión. Luego, fue nuevamente emplazado por el Colegio y se negó a ser reexaminado, alegando que al ser médico de Cambridge el Colegio de Londres carecía de jurisdicción sobre él. Su actitud le valió ser condenado nuevamente y enviado a la cárcel. *Bonham* demandó a la institución médica londinense por encarcelamiento ilegítimo. En su defensa, los accionados invocaron un reglamento dictado bajo el reino de Enrique VIII, el cual facultaba al Real Colegio de Londres a ejercer el poder de policía sobre quienes practicaban la medicina y la autoridad para imponer multas. Éstas se dividían en partes iguales entre el Rey y el Colegio de Médicos. El caso, comenta Bianchi, “provocó una larga disputa entre los mismos jueces del *Common Pleas*, y mientras uno de ellos, Walmesley defendía ardientemente la causa del Colegio, Coke lo hizo a favor del doctor Bonham, concurriendo con él los jueces Warburton y Daniel. De los varios argumentos que Coke empleó en la sentencia, uno de ellos es el que más trascendencia tuvo para el control de constitucionalidad. De acuerdo con los estatutos vigentes, el Colegio percibía la mitad de las multas cobradas; **ello, a juicio de Coke, convertía al Colegio en juez y parte**

---

ían al poder judicial como tribunales y tenían poder judicial, que eran los magistrados y cortes locales de las trece colonias. Además, después de la independencia, la teoría y la práctica del control de constitucionalidad por los jueces era conocida, y puede afirmarse que al llegar a la reunión de Filadelfia existía conciencia sobre las bondades del sistema. En el orden local John Marshall había defendido su viabilidad en la Convención de su Estado y, para más ninguno de los Estados opuso reservas en cuanto al control de las leyes al proceder a la ratificación de la Convención de Filadelfia. Puede decirse que era un valor entendido. Es por eso que cuando en el preámbulo de la constitución de Filadelfia hablan de la *justicia* dicen “constituir la justicia”, en el sentido de constituir un poder judicial nacional y federal, porque ya tenían el local. En cambio, nosotros [en argentina] decimos “afianzar la justicia” porque utilizamos en nuestro preámbulo la palabra *justicia* con un sentido totalmente distinto: no es la justicia simplemente como tribunal o como simple administración de justicia, tal como está en el preámbulo norteamericano, sino la *justicia* como valor, como fin”. Conforme Jorge Reinaldo A. Vanossi, *Teoría Constitucional...*, *ob. cit.* p. 79/80.

<sup>11</sup> Véase Bianchi, Alberto. *Control de Constitucionalidad ...*, *op. cit.*, p. 67.

**de la situación, lo que era contrario al *common law*, ya que de acuerdo a los principios de éste, nadie puede ser juez de su propio caso**<sup>12</sup>.

Sostuvo entonces Coke:

“Aparece en nuestros libros que en muchos casos, el *common law* controla los actos del Parlamento y a veces, los juzga totalmente nulos: pues, cuando un acto del Parlamento va en contra del sentido común y la razón, o es incompatible o imposible de aplicar, el *common law*, lo controlará y juzgará como nulo”<sup>13</sup>.

A pesar de la importancia que en materia de control de constitucionalidad tuvo el caso *Bonham*, no trascendió en el Reino Unido de la manera como en efecto lo hizo en las colonias británicas del “nuevo mundo”. Al respecto sostuvo Cappelletti que “aun cuando la Gloriosa Revolución de 1688 marcó, en Inglaterra, el triunfo de la supremacía legislativa, las colonias americanas, sin embargo habían heredado las ideas de Coke, con respecto tanto a la subordinación de la Corona y del Parlamento a la ley suprema, como un poder judicial acostumbrado a interpretar y, a veces, a ignorar los actos legislativos que violaran principios superiores”<sup>14</sup>. Continuaba subrayando que “[e]n Inglaterra, el resultado consistió en despojar a los jueces de cualquier facultad de control sobre la validez de la legislación, a pesar de los primeros éxitos de la doctrina de Lord Coke”<sup>15</sup>.

A su turno, González Rivas, al destacar la importancia del caso *Bonham*, señalaba que el magistrado introdujo la idea de un derecho fundamental que “gozaba de supremacía sobre los actos del rey y las Leyes del Parlamento, y de estos principios, dos iban a prosperar en Inglaterra: el de limitación de las autoridades ejecutivas por la superioridad de la Ley y el de que los jueces hicieran valer tal supremacía”<sup>16</sup>.

Como síntesis de la influencia que el precedente *Bonham* ejerció en el territorio americano, se debe tener presente lo expuesto por el profesor Ekmekdjian cuando afirma que “ya

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 67, el destacado es de mi autoría.

<sup>13</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “La Justicia Constitucional”, [http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional\\_05.html](http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional_05.html), acceso 15-III-2009. Véase la cita y su comentario en Charles Howard McIlwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, Yale 1919, p. 286-301 y las críticas a las opiniones de Lord Coke en L. B. Boudin, *Government by Judiciary*, N.Y., 1932, Vol. 1, p. 485-517.

<sup>14</sup> Cappelletti, Mario. *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971, p. 38/39, citado por Allan R. Brewer-Carías “La Justicia Constitucional”, [http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional\\_05.html](http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional_05.html), acceso 15-III-2009. Sin embargo, a pesar del fracaso en el Reino Unido de la doctrina sentada por Coke, el propio Jeremy Bentham, en su difundida obra *A Fragment on Government*, cap. IV, 31 sostuvo que “la consecuencia de que una ley sea nula, es que el pueblo debe actuar como si ella no existiera [...] ¿A quién corresponde los castigos con que se habrán de sancionar tales actos? A los jueces. En la práctica esto significa que se confiere a los jueces un poder de control sobre los actos de la legislatura”.

<sup>15</sup> Refiere Bianchi, A. en, *Control de Constitucionalidad ...*, *op. cit.*, p. 68, que la doctrina de Coke, tuvo inicialmente una importante recepción. “Su sucesor en el *Common Pleas*, Sir Henry Hobart, la empleo en “*Day v. Savadge*”, sosteniendo allí que una ley en la cual se permitía a un hombre juzgar su propia causa es nula y contraria a la equidad natural.

<sup>16</sup> González Rivas, Juan José. “La justicia constitucional: derecho comparado y español”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985, p. 33.

**en 1657 los tribunales de Boston aplicaban la jurisprudencia del caso ‘Bonham’, para invalidar leyes locales consideradas inconstitucionales”<sup>17</sup>.**

2. *Precedentes anteriores a la sanción de la Constitución de Filadelfia de 1787*

En sintonía con el fenómeno que describiera en el acápite anterior el constitucionalista venezolano Brewer Carias, sostiene que las colonias del nuevo mundo acogen abiertamente la doctrina del caso *Bonham*, en tanto van a defender la subordinación de la Corona y el Parlamento británico a una ley suprema, “consignada en gran medida en un documento singular que, después de la Declaración de la Independencia, se convirtió en una Constitución adoptada por cada uno de los nuevos Estados. Por esa razón, después de 1776, en algunos Estados, particularmente en Pensylvania y Vermont, se fue insistiendo en la idea de que las leyes estatales no podían ser incompatibles con sus leyes fundamentales. **De ahí que los Tribunales de New Jersey, en 1780, ya hubiesen empezado a aplicar la idea de control judicial de constitucionalidad**”<sup>18</sup>.

Reforzando la idea, Bianchi afirma que los norteamericanos, antes de independizarse de Gran Bretaña, aplicaron los principios del *judicial review* perfilados por Coke<sup>19</sup>. Asimismo, enuncia una serie de casos donde por distintos motivos se invalidaron normas al resultar contrarias al derecho fundamental. Expone, en su reconocida obra que “[a]sí, ya en el siglo XVII, en “Giddings v. Browne”, el *Justice* Sydmonds de Boston, Massachussets, dispuso que una ley positiva no podía estar en contra de la ley natural o fundamental<sup>20</sup>. Esto fue repetido por James Otis, en el caso “Paxton”, en 1761 y fue aplicado también por la Suprema Corte de Rhode Island [...] en 1786 [...]”<sup>21</sup>.

El profesor Sagüés en su obra de derecho procesal constitucional confirma la existencia del último de los antecedentes, al sostener que: “En el campo del derecho estadual (provincial), la Corte Suprema de Rhode Island, en el caso ‘Trevett v. Weeden’ (1786), había declarado a una ley local repugnante e inconstitucional”<sup>22</sup>.

Pablo Ramella señala que al debatirse en la Convención de Filadelfia los alcances de la Constitución de los Estados de la Unión, se tuvieron en cuenta los precedentes de los distintos tribunales estatales “citándose especialmente el de Josich Philips (1778) motivado por un *bill of attainder* dictado por la Legislatura de Virginia contra su persona. Cuando estaba reunida la Convención se estableció por la Corte de North Carolina, en el

<sup>17</sup> Ekmekdjian, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Depalma, tomo III, Buenos Aires, 2004, p. 286, el destacado es mío.

<sup>18</sup> Brewer-Carias, Allan R. “La Justicia Constitucional”, [http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional\\_05.htm](http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional_05.htm), acceso 15-III-2009. Documento preparado para el “Encuentro sobre Derecho Iberoamericano (Derecho Público), Fundación BBV, Toledo, diciembre 1994, p. 5. Véase Wagner, W. J. *The Federal States and their Judiciary*, The Hague, 1959, ps. 87/88, el énfasis es propio.

<sup>19</sup> Véase Bianchi A. en, *Control de Constitucionalidad ...*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>20</sup> En este caso, “la ciudad había decidido promover un fondo de 100 libras para la construcción de una casa para Mr. Cobbet, uno de los ministros. Browne, un ciudadano, se negó a pagar su cuota. La sentencia lo absolvió en la convicción de que una ley positiva no podía obligarlo a pagar.

<sup>21</sup> Bianchi, Alberto. *Control de Constitucionalidad ...*, *op. cit.*, tomo I, p. 71.

<sup>22</sup> Sagüés, Néstor Pedro. *Recurso Extraordinario*, cuarta edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, tomo I, Buenos Aires, 2002, p. 133.

caso ‘Bayard v. Singleton’, **que ninguna ley en ningún sentido podría derogar o alterar la Constitución**”<sup>23</sup>.

En rigor, Ramella se remite a una obra de González Calderón quien, en su *Curso de Derecho Constitucional*, explica que antes de la sanción de la Constitución Norteamericana muchas cortes supremas de los distintos Estados de la Unión se rehusaron a aplicar leyes ordinarias al considerarlas contrarias a sus textos constitucionales locales conforme los casos que habrían recopilado los profesores Haines y Thayer<sup>24</sup>.

No obstante, el punto de vista desarrollado hasta aquí, debemos advertir que no toda la doctrina compartía la idea de que en este período el Poder Judicial podía invocar la primacía de la Constitución para invalidar actos o leyes de los otros departamentos del Estado. Es que, por un principio de igualdad, se impedía que alguna de las ramas del poder se considerara superior a las otras. José Francisco García recuerda una tesis que contaba con numerosos adeptos. De este modo, para el período en estudio, el hecho de que las Cortes estatales, “pudieran juzgar acciones de otras ramas, implicaba una intromisión en asuntos ajenos que no le correspondían [...] Sin embargo, no todos estaban en desacuerdo con algún tipo de mecanismo de tutela judicial sobre la Constitución [...] Si la Constitución era la ley suprema, los actos legislativos en contrario eran *ultra vires* y nulos”<sup>25</sup>.

Una de las mejores argumentaciones anteriores a la sanción de la Constitución de Filadelfia, en torno a la facultad de la judicatura de declarar la nulidad de una norma o un acto del ejecutivo contrario al texto de la Constitución, fue presentado por J. Iredell un año antes de la sanción de aquella<sup>26</sup>. De manera categórica sostuvo que: “Por esta razón, un acto de la Asamblea, inconsistente con la Constitución, es nulo, y no puede ser obedecido, sin desobedecer a su vez a la ley superior, la cual hemos jurado servir, previa e irrevocablemente. Los jueces, por tanto, deben hacerse cargo en su labor, de que cada acto de la Asamblea que ellos manden a obedecer, sea garantizado por la Constitución, porque de lo contrario, no estarán actuando conforme a derecho. Esto no implica la usurpación o un poder discrecional, sino una conclusión inevitable del rol al que están llamados por la Constitución los jueces, para servir al pueblo y no a la asamblea”<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Ramella, Pablo A. *Derecho Constitucional*, segunda edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 207/208, el destacado es mío.

<sup>24</sup> Véase González Calderón, Juan A. *Curso de derecho constitucional*, cuarta edición, Editorial Guillermo Kraft Limitada, Buenos Aires, 1963, p. 106.

<sup>25</sup> García, José Francisco. “El control de constitucionalidad en el *Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 número 3, p. 491/514, Santiago, 2003, p. 502.

<sup>26</sup> Comenta José Francisco García que “Iredell por esos tiempos era un abogado que representaba a un cliente cuya propiedad había sido confiscada sin un jurado que lo declarara, en caso pendiente ante la Corte de Carolina del Norte. Escribiendo bajo el pseudónimo de “Un elector”, Iredell publicó un ensayo para periódico en donde argumentó a favor de la autoridad judicial de declarar una ley inconstitucional nula. Al respecto ver *Bayard v. Singleton* (1787), *ibidem*, nota al pie número 50, p. 503.

<sup>27</sup> Iredell, J. “Un elector: al público” (1787) en *The Founders Constitution*, University of Chicago Press en <http://www.press-pubs.uchicago.edu/founders>, acceso 15-III-2009.

### 3. Principales notas en *El Federalista* sobre control de constitucionalidad

Con anterioridad al dictado del precedente *Marbury v. Madison* (1803), los autores del *Federalista* habían estructurado un modelo de declaración de inaplicabilidad de las leyes federales, cuando éstas fuesen contrarias a la Constitución. Este mecanismo se sustentaba en la idea de que la Constitución no era una simple ley. Todo lo contrario, era una norma de rango superior que sólo podía ser modificada a través de un procedimiento especial y distinto al que regulaba el proceso de formación y sanción de las leyes ordinarias.

Hamilton se referirá fundamentalmente en el punto número 78 de *El Federalista* respecto a las funciones constitucionales del departamento jurisdiccional ligadas a la defensa de la supremacía de la ley fundamental. Al respecto expresó:

“Aunque confío en que los partidarios de la Constitución que ha sido propuesta no estarán nunca de acuerdo con sus adversarios en poner en duda el principio fundamental del gobierno republicano que admite el derecho del pueblo a modificar o abolir la Constitución establecida en cualquier momento en que lo considere contradictorio con su felicidad, no debe inferirse de tal principio que los representantes del pueblo puedan violar justificadamente algunas de las previsiones de la Constitución, en cualquier momento en que una mayoría de sus electores de forma momentánea considerasen sus inclinaciones incompatibles con la Constitución existente; o que los tribunales deban convalidarse en la obligación de aceptar las infracciones cometidas por tal causa, de la misma forma que no lo estarían si las mismas procedieran de las intrigas del cuerpo representativo. Hasta que el pueblo por medio de alguna ley solemne y competente haya anulado o cambiado la forma de gobierno establecida, estará vinculado a la misma, tanto colectivamente, como desde el punto de vista individual; y ninguna presunción, ni incluso ningún conocimiento de los sentimientos del pueblo, puede justificar a sus representantes para apartarse de la Constitución, antes de haber aprobado tal ley”<sup>28</sup>.

La pregunta que desde luego nos hacemos es: ¿De qué manera Hamilton entiende que se debe garantizar el respeto irrestricto a la Constitución? La respuesta que brinda la encontramos igualmente en el N° 78 de *El Federalista*:

“Las limitaciones de esta clase no pueden preservarse en la práctica por otra vía que la de los tribunales de justicia, cuyo deber será declarar nulas todas las leyes contrarias al sentido manifiesto de la Constitución. Sin ello todas las reservas que se realicen respecto a determinados derechos o privilegios serían letra muerta”<sup>29</sup>.

Pensamos con Hamilton que de las distintas ramas en que se separa el poder el órgano jurisdiccional, por la naturaleza de sus funciones, es el menos peligroso de los tres (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) respecto de los derechos políticos de la Constitución, al tener una capacidad sumamente inferior para restringirlos o perjudicarlos. De ahí se sostuvo que el Judicial es el departamento del poder que no tiene ni la espada ni la bolsa. Advertía Hamilton<sup>30</sup> que:

<sup>28</sup> Hamilton, Alexander, Madison, Santiago y Jay, John. *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, N° 78, p. 333/334.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 331.

<sup>30</sup> Hamilton, Alexander en *El Federalista* sostenía que “El Judicial [...], no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro: no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee ni fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos [...] Aun cuando en ocasiones sean los tribunales de justicia los que oprimen a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas [...] mientras [...]

“[...] no es solo como vía para prevenir las infracciones de la Constitución como la independencia judicial puede constituir una salvaguardia contra los efectos de los malos humores que pueden producirse ocasionalmente en la sociedad. En algunos casos, estos no se extienden más allá de perjudicar en sus derechos a determinadas clases de ciudadanos particulares, por medio de leyes injustas y parciales. También aquí la firmeza de la magistratura tiene una gran importancia para mitigar la severidad y limitar los efectos de tales leyes”<sup>31</sup>.

A Hamilton, se le presentó una cuestión que no podemos catalogar de menor. Debía justificar que el poder constituyente estaba por encima del poder constituido y que los jueces no tenían la potestad, sino la obligación de disponer la nulidad de una ley contraria a la Constitución:

“No hay proposición que dependa de principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario al tenor del mandato bajo el cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida. Negar esto sería tanto como afirmar que el diputado es superior al mandante; que el ciervo es superior al amo; que los representantes del pueblo son superiores al propio pueblo; y que los hombres que actúan en virtud del apoderamiento pueden hacer solo lo que este no permite, sino incluso lo que prohíbe [...] No es admisible la suposición de que la Constitución haya tenido la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad por la de sus constituyentes. Es más racional suponer que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras, de mantener a aquella dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y particularmente de la incumbencia de los tribunales. Una constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la de sus mandatarios”<sup>32</sup>.

Desde luego, en las conclusiones volveremos sobre esta obra que sin duda se erigió como fuente de inspiración para el juez Marshall antes del dictado de la sentencia en el caso *Marbury versus Madison*. Lo importante es haber recorrido y transcrito los principales pasajes de *El Federalista* que se refieren expresa y directamente a los alcances del control de constitucionalidad. A la conveniencia de poner en cabeza del departamento judicial la delicada misión de ejercer la custodia de la Constitución.

---

se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del ejecutivo”, *Ibidem*, p. 330/331. Una idea que me ha gustado reiterar –que hasta ahora no la he visto desarrollada por ningún autor–, es que, a pesar de que, al órgano jurisdiccional, como sostuvieran algunos, **no cuenta ni con la espada ni con la bolsa**, dispone **del reloj a su favor**, en tanto, resulta recomendable evitar la designación de jueces *a tempore* –como ocurre en la Provincia de Salta, con los siete ministros el Superior Tribunal de Justicia–. Esta necesidad de equilibrar las desventajas de un poder que *a priori* aparece como el más débil, también fue advertida por Alexander Hamilton, en *El Federalista*. Al respecto opinaba que “no puede esperarse [imparcialidad] de jueces que estén en posesión de sus cargos en virtud de designaciones temporales [...] habría peligro de una complacencia indebida frente al poder que los designa”, *Ibidem*, p. 335. Está formula también la encontramos en el N° 9 de *El Federalista*, al sugerirse la idea de constituir un poder judicial “**integrado por jueces que conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta**”, *Ibidem*, p. 32.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 334.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 332.

4. *Casos posteriores a la sanción de la Constitución de Filadelfia y anteriores al voto ponente del juez Marshall de 1803*

Pese, a los distintos antecedentes jurisprudenciales que cité, anteriores a la Constitución de Filadelfia; a pesar, de los criterios claros que surgen de los pasajes transcritos de *El Federalista*; pese, a los debates y votaciones que se verifican en la convención constituyente de 1787<sup>33</sup>, los tres casos que logré individualizar, en los cuales se trata la cuestión vinculada a la potestad del Poder judicial de ejercer el control de constitucionalidad, carecen, en principio, de la extensión, de la claridad y de la autoridad con que Marshall destacó los perfiles de la *judicial review*.

Uno de los antecedentes que menciona la doctrina, es el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso “USA v. Todd” del año 1794. En estos autos, la máxima instancia jurisdiccional invalidó una norma federal “concerniente a tareas extrajudiciales impuestas a una corte de circuito”<sup>34</sup>.

Existe un interesante precedente de la propia Corte Norteamericana que se tradujo íntegramente. Me refiero al caso “Hylton v. The United States”. En un pasaje de aquel pronunciamiento se dijo:

En el año de 1796 se sometió a la decisión de la Suprema Corte, la cuestión relativa a la facultad del Congreso para imponer contribuciones.

<sup>33</sup> Nos enseñaba Sánchez Viamonte que “[l]a claridad de la Constitución argentina en esta materia (art. 31), no presenta ninguna dificultad a la jurisprudencia ni tampoco a la doctrina constitucional. La Constitución de los Estados Unidos, que carece de una disposición semejante a nuestro art. 31 a cerca de la supremacía constitucional, tuvo que ser interpretada por la Corte Suprema de aquel país [...]” –Viamonte, Carlos Sánchez. *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Kapeluz S.A., Buenos Aires 1956, p. 93–. Es que, en U.S. la cuestión vinculada a la revisión judicial de las normas dictadas por el poder legislativo, no tuvo una discusión trascendente, ni fue objeto de una regulación expresa en el texto de la Constitución. No obstante, surgen en torno del debate a cerca de la conveniencia o no de crear un Consejo de Revisión de la legislación ordinaria, intervenciones de los constituyentes que en cierto modo tocan el problema del control de constitucionalidad de las leyes. Así en el debate del 21 de julio el convencional Wilson reconocía como conveniente atribuir a los jueces la potestad de ejercer la revisión. En tal sentido dijo que “la judicatura debe tener una oportunidad de protestar ante las usurpaciones contra el pueblo, así como también contra sí mismos. Se ha dicho que los jueces, como expositores de la ley tendrían la oportunidad de defender sus derechos constitucionales. Había peso en este argumento; pero este poder de los jueces no alcanzó a llegar tan lejos. Las leyes pueden ser injustas, pueden ser absurdas, peligrosas, destructivas; y aun no ser por ello inconstitucionales como para justificar el que los jueces rechacen su aplicación. Dejemos que participen del poder revisor y tendrán la oportunidad de tomar noticia de estas características de la ley, y de reducir los efectos perniciosos de estos productos de los defectos de la legislatura, mediante el propio peso de sus opiniones”. Luther Martín, en contra de la creación del mencionado Consejo, sostuvo que “las materias relativas a la constitucionalista de las leyes responden a los jueces como consecuencia del ejercicio de sus funciones judiciales. En esa función tienen la posibilidad de oponerse a ellas. Unirlos al Poder Ejecutivo en la función de revisión es concederles una doble posibilidad de oposición” –véase José Francisco García, “El control ..., *op. cit.*, p. 505/506–. El mismo autor indica que resulta difícil sacar una conclusión de los debates de la convención de Filadelfia, en torno al tópico aquí tratado. Lo cierto es que “dado que la moción de Wilson fue consecuentemente derrotada, y ninguna otra fue presentada en torno al rol de los jueces en esta materia, es difícil concluir que la Convención misma estuviera interesada en establecer el sistema de revisión judicial” –*Ibidem*–.

<sup>34</sup> Sagüés, Néstor Pedro. *Recurso Extraordinario...*, *op. cit.*, p. 133.

El 5 de junio de 1794 el Congreso estableció un impuesto sobre carruajes, y se suscitó la cuestión de si era una contribución directa según el espíritu de la Constitución. En caso de no serlo, sería conforme a la Constitución, porque esta dispone que los cargos, impuestos y derechos de importación, serán uniformes en todo el territorio de los Estados Unidos; mas no lo serían en caso de ser directa, pues la misma Constitución prevé que esta clase de contribuciones debe imponerse en cada Estado, teniendo presente sus respectivos censos.

Los magistrados que formaban parte del Tribunal de Circuito de Virginia se dividieron en sus opiniones; pero se apeló á la Suprema Corte, y ésta resolvió que el tributo no era directo, según el espíritu y texto de la Constitución, y que por lo mismo no era contraria a ella la ley que la impuso.

Se consideró que la cuestión era de suma importancia y fue muy debatida. El Congreso, se decía, tiene la facultad general e ilimitada de imponer y recaudar contribuciones (1; Art. 2, sec. 1; Art. 3, sec. 1 y 2).

Parece que esta distribución, tan hermosa y sencilla del poder, es demasiado clara para que pueda tergiversarse, y muy sagrada para que se viole. El juramento que se otorga de guardar la Carta Magna, por su propia fuerza y significado comprende necesariamente el deber de defender esa división de poderes, así como la jurisdicción para conocer de los casos que dimanán de la Constitución, la cual abraza la cuestión, de si el Congreso puede erigir un banco nacional.

Las palabras necesarias y convenientes que usa la Constitución, no deben limitarse a los medios indispensables para el ejercicio de una facultad expresa, sino que comprenden todos los que el Congreso creyere adecuados, útiles y conducentes al fin perseguido mediante el ejercicio de dicha facultad<sup>35</sup>.

Respecto del citado antecedente, podemos decir que, si bien el actor reclamó la declaración de inconstitucionalidad del gravamen dado su carácter de impuesto directo, la Corte, como paso previo a lo peticionado, no le reconoció tal calidad al defender la tesis de que se trataba de un impuesto indirecto y por lo tanto el Congreso Federal tenía la facultad de imponerlo con los requisitos establecidos por la Constitución para todo el territorio de la Unión. Entonces, en este contexto, la Corte consideró innecesario avanzar en el análisis de la inconstitucionalidad, en especial, respecto de las atribuciones del Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de una norma sancionada por los otros dos poderes del Estado Federal. No obstante, al igual que lo hizo Marshall en el caso *Marbury v. Madison*, a través de un *obiter dictum*, sostuvo *Chase* al final de su ponencia: **“Ya que no pienso que el impuesto sobre los carruajes sea un impuesto directo, es innecesario para mí, en este momento, determinar si esta Corte, posee de manera constitucional el poder de declarar una ley del Congreso nula, sobre la base de ser contraria y estar en violación de la Constitución; pero si la Corte posee tal poder, soy libre de declarar, que no lo voy a ejercer salvo en un caso muy claro”**.

Por último, existe otro caso fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos el mismo año que el anterior (1796), en el cual se declarara la inconstitucionalidad de una ley local por ser contraria a un tratado internacional. Me refiero al caso *“Ware v. Hylton”*<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> 3 Dallas Bep. 171 –1796–.

<sup>36</sup> 3 U.S. (3 Dallas) 199 –1796–.

## IV. WILLIAM MARBURY VERSUS JAMES MADISON

En el caso judicial *Marbury versus Madison*, la Corte de Estados Unidos consagró ya de manera expresa la doctrina de la supremacía de la Constitución y en su consecuencia la potestad del Poder Judicial de ejercer el control de constitucionalidad.

Con relación al primero de los aspectos se expresaba en los siguientes términos:

“La Constitución es, o bien una ley suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien esta al nivel de las leyes ordinarias, y como todas las otras leyes, pudo ser modificada cuando a la legislatura plazca modificarla. Si la primer parte de la alternativa es cierta, una ley contraria a la Constitución no es una ley; si la última parte es la verdadera, las constituciones escritas son tentativas absurdas por parte del pueblo de limitar un poder que, por su naturaleza misma, no puede ser limitado [...] Ciertamente, todos aquellos que han elaborado las constituciones escritas, las contemplaron como formando la ley fundamental y suprema de la nación, y consecuente, la teoría de cada uno en tal gobierno debe decidir ese caso de conformidad con la ley, sin tener en cuenta la Constitución, o de acuerdo con la Constitución sin tener en cuenta la ley; el tribunal debe determinar cuál de estas dos normas en conflicto es aplicable al caso. Esa es la esencia verdadera de la obligación de los jueces”<sup>37</sup>.

Vinculado a la potestad del Poder Judicial de ejercer el control de constitucionalidad sostuvo Marshall:

“La competencia y obligación del órgano judicial es esencialmente la de declarar lo que es la ley. Los que aplican las normas a los casos particulares, deben necesariamente, exponer e interpretar esa norma. Si dos normas entran en conflicto entre sí, los tribunales deben decidir cual es el campo de aplicación de cada una. Y así, si una ley se opone a la Constitución, si ambas, la ley y la constitución, son aplicables a un caso particular, por lo que el tribunal debe decidir ese caso de conformidad con la ley, sin tener en cuenta la Constitución, o de acuerdo con la Constitución sin tener en cuenta la ley; el tribunal debe determinar cuál de estas dos normas en conflicto es aplicable al caso. Esa es la esencia verdadera de la obligación de los jueces”<sup>38</sup>.

La profesora Gelli destaca el voto de Marshall por cuatro motivos:

En primer lugar, porque crea un control que tiene a la Corte Suprema como intérprete final sobre las otras ramas del poder estatal. En segundo lugar, porque la Corte elaboró las bases de ese control apoyándose en el principio de supremacía constitucional, confiriendo al Poder Judicial la atribución de ejercer dicho control respecto de aspectos que versaran sobre la Constitución Norteamericana. En tercer lugar, porque la más alta instancia jurisdiccional fijó los límites de su propio poder de declarar la inconstitucionalidad de las normas a través de lo que se denominó doctrina de las cuestiones políticas no judiciales. Culmina exponiendo que la Corte declaró una inconstitucionalidad de oficio que nadie le había solicitado y lo hizo en materia de competencia, pero llamativamente para declinarla. De ahí que algunos autores opinen que todo el voto de Marshall es un *obiter dictum*<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Viamonte, Carlos Sánchez. *Manual de Derecho Constitucional...*, op. cit. p. 93.

<sup>38</sup> Del voto del *Chief justice* Marshall, *William Marbury versus James Madison*, traducido al español en [www.der.uva.es/constitucional/verdugo](http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo), acceso 15-III-2009.

<sup>39</sup> Véase Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina*, comentada y concordada, tercera edición ampliada y actualizada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 365/366.

## V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión efectuaré seis glosas con el propósito de responder cada uno de los interrogantes formulados en el exordio de este trabajo.

1. A la luz de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales que individualicé, es evidente que existieron ideas anteriores a las plasmadas por Marshall en el célebre caso de 1803 (*Marbury v. Madison*).

2. Conforme surge de alguno de aquéllos (“Bonham”, de 1610; “Giddings v. Browne”; “Paxton”, de 1761; “Josich Philips”, de 1778; “Trevett v. Weeden”, de 1786; “Bayard v. Singleton”; “USA v. Todd” del año 1794; “Ware v. Hylton”, de 1796; del texto de *El Federalista*, conforme N° 9, N° 78 y N° 82; el artículo de Iredell: “Un elector: al público” -1787- en *The Founders Constitution*; podríamos agregar con Bianchi los debates de la Convención de Filadelfia de 1787, los cuales si bien no resultan “absolutamente esclarecedores sobre este punto revelan la intención de crear un cuerpo u órgano encargado del control de los actos de la Legislatura y el Ejecutivo”<sup>40</sup> y finalmente la propuesta de Sieyès en lo que fuera la Constitución francesa de 1779), se reconocía por un lado la supremacía del derecho fundamental o de las constituciones, por encima del derecho ordinario. Por el otro, la facultad de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad –salvo en el caso francés donde se rechazó la primera propuesta de Sieyès de creación de un *Jurado Constitucional* como órgano de control permanente y neutral, y se erigió luego un *Senado Conservador*, al cual se le otorgó la misión de defender la constitución–.

3. Respecto a este último aspecto, es decir, la potestad de la judicatura de ejercer la revisión de la legislación ordinaria en orden a su adecuación con el texto de la Constitución, debo reconocer que no existía unanimidad de criterios. Fundamentalmente, porque la Constitución de Filadelfia de 1787 no mencionó de manera expresa el control de constitucionalidad como una de las facultades del departamento Judicial en general “y, en especial del supremo tribunal federal de ese país”<sup>41</sup>.

4. Del análisis detenido del voto de Marshall, surgen puntos de contacto con las ideas que Hamilton desarrolló en *El Federalista*. Básicamente, aquéllas que consagran el principio de supremacía constitucional y las que ponen en cabeza del Poder Judicial el ejercicio del control de constitucionalidad.

5. Si bien es cierto, que, la existencia de los antecedentes doctrinarios y judiciales, podrían quitarle a Marshall cierta cuota de originalidad, hay que destacar, que su decisión le otorga un fuerte halo de institucionalidad al *judicial review*. Máxime, cuando en algunos casos, como vimos, se insinuaba tímidamente la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma (el ejemplo lo advertimos en el voto de Chase en “Hylton v. The United States” 3 Dallas Bep. 171). Con posterioridad al voto de Marshall, ya no se duda que la interpretación del derecho por parte de la judicatura es decisiva y obliga tanto a los demás departamentos del Gobierno, como al conjunto de la sociedad. Tanto el Congreso –depositario del poder legislativo–, como el presidente –depositario del poder ejecutivo–, están obligados a obedecer la interpretación que de la Constitución efectúe el Poder Judicial en el ámbito de su competencia.

<sup>40</sup> Bianchi, Alberto en, *Control de Constitucionalidad ...*, op. cit., tomo I, p. 74.

<sup>41</sup> Ekmekdjian, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho...*, tomo III, p. 305.

6. Teniendo en cuenta el contexto político-institucional en el que Marshall emite su voto en *Marbury v. Madison*, es importante destacar el prudente equilibrio que caracterizó el comportamiento del juez de la corte al decidir una cuestión tan delicada sin distorsionar el sistema de frenos y contrapesos que erigió la Constitución de Filadelfia. Su reflexivo pero audaz desenvolvimiento demostró, como nunca antes había ocurrido, la importancia que tiene para el funcionamiento armónico de las ramas del poder, que un magistrado posea el perfil adecuado para el cargo que ocupó Marshall.

Destacaban en su haber dos idoneidades que los doctores Alfonso Santiago y Silvia Stanga señalan como esenciales en todo ciudadano que aspire a ocupar un lugar en un órgano como la Corte Suprema de un Estado. Esencialmente, se ve en Marshall, una adecuada visión institucional<sup>42</sup> y una “delicada sensibilidad jurídico política para ejercer con lucidez la función de gobierno y control político debidos [...]”<sup>43</sup>. A diferencia del resto de los jueces que, con antelación, resolvieron inconstitucionalidades advierto en el juez Marshall los rasgos de un verdadero estadista.

La respuesta que corresponde formular a los dos interrogantes que introduce al inicio del ensayo es categórica: No es el caso proyectado por el *Chief* Marshall el primero donde se analiza la constitucionalidad de una ley o, dicho con otro giro, donde se anula una norma por ser contraria a otra disposición de mayor jerarquía. Y tampoco es el primer antecedente donde se atribuye a un determinado poder del Estado la facultad de revisar los preceptos sospechados de contrariar a la constitución u otra norma de mayor rango. Siguiendo a Solá, el gran aporte que hace Marshall a través de su voto en el caso analizado fue “*considerar a la Constitución como parte del derecho, lo que establece un vínculo directo entre el constitucionalismo como movimiento político y la competencia judicial para resolver las cuestiones constitucionales*”<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Alfonso Santiago (h.) - Silvana M. Stanga, “El perfil de un buen juez para la Corte”, Diario La Nación, edición del 2 de noviembre de 2006, en [http://www.lanacion.com.ar/02/11/06/do\\_447493.asp=20](http://www.lanacion.com.ar/02/11/06/do_447493.asp=20), acceso 21-V-2009. Al respecto sostenían los autores que “El Poder Judicial constituye un tercio del poder del Estado y buena parte de su competencia es controlar que el desempeño de los otros poderes se ajuste a la ley y a la Constitución, pero sin obstaculizar su debido funcionamiento. Esto requiere de la prudencia propia de los estadistas, que no se adquiere con el mero conocimiento jurídico. Se sostiene que una buena Corte renueva oportunamente el pacto político fundacional que supone la Constitución, evitando reformas inoportunas y manteniéndola permanentemente actualizada”.

<sup>43</sup> *Ibidem*. Continúan la idea refiriendo que: “Es esa sensibilidad la que les permitirá ejercer con acierto el control de razonabilidad de los actos estatales, situar al tribunal en la posición institucional adecuada a cada circunstancia, mantener una real independencia de criterio, interpretar dinámicamente el texto de la Constitución, ponderar las consecuencias sociales de sus decisiones, resolver con acierto las dialécticas constitucionales y, en definitiva, dar pleno sentido al significado político del control de constitucionalidad y a la misión institucional de poder moderador que tiene asignada la Corte Suprema. Como señala la propia jurisprudencia del tribunal [corte argentina], es conveniente que sus integrantes tengan una adecuada sensibilidad jurídico-política, de la que no es dado prescindir cuando el análisis recae sobre las bases mismas de la organización del Estado democrático”.

<sup>44</sup> Solá, Juan Vicente. *Tratado de derecho constitucional*, tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 41. Explica que la Constitución norteamericana no otorgó de manera explícita la facultad al Poder Judicial para ejercer control de constitucionalidad, que sí reclama Marshall en su tan comentado voto en el caso “Marbury”. El silencio, en tal sentido, habilitó el debate acerca de la legitimidad de la obra del juez americano. Por otro lado, en la Convención Constituyente de Filadelfia

La supremacía de la Constitución tiene naturalmente un sentido fáctico, que se identifica con la constitución material e implica que es el fundamento y pilar del ordenamiento político-jurídico del Estado. Además, posee otro vinculado a la constitución formal que, revestida de superlegalidad, hace que las normas y actos de los operadores públicos y privados se ajusten a ella. La tesis de la fuerza normativa de la Constitución da cuenta de estas nociones y perfecciona la doctrina de la supremacía, al sostener que la Carta Magna tiene “fuerza normativa jurídica de aplicabilidad, exigibilidad y obligatoriedad”<sup>45</sup>.

La supremacía constitucional determina una situación jerárquica entre distintos preceptos que conforman un ordenamiento jurídico que habilitan la declaración de inconstitucionalidad cuando se rompe ese orden por un acto o disposición contraria a la Superley. Así, el texto constitucional, viene a configurarse como una norma de reconocimiento o norma esencial del sistema que sirve para definir la validez o invalidez de las normas que conforman ese sistema. De ahí que deba garantizarse a la Constitución su supremacía y estabilidad, ya sea en tanto regla de fondo o de procedimiento, anulando consecuentemente las disposiciones y actos que le sean contrarios. Nace así, por consiguiente, la justicia y la jurisdicción constitucional, como reflejo de que no existe la soberanía del legislador dentro del moderno Estado Norteamericano. El legislador estará siempre subordinado a la Carta Fundamental. En prieto resumen, digo que “*la doctrina de la supremacía* trae como lógica consecuencia *la doctrina del control de constitucionalidad*, como mecanismo que, confrontando normas y actos con la Constitución, verifica si están o no de acuerdo y, en caso de no estarlo los declara inconstitucionales, enervando su eficacia por falta de validez”<sup>46</sup>.

Como corolario de este tópico estimo que no resulta apropiado considerar a John Marshall como el creador de la doctrina de la supremacía constitucional y del control judicial de constitucionalidad. No obstante ello, a mi juicio, fue quien supo primero defender la supremacía de la constitución e imponer el control de constitucionalidad en cabeza de todo el poder judicial, convirtiéndolo en el instrumento más eficaz para la defensa de la constitucionalidad<sup>47</sup>.

---

se manejaron otras variables, como, por ejemplo, la creación de un “Consejo de Revisión” que se integraría por los jueces de la Corte Suprema y el Presidente, quienes en conjunto resolverían sobre la validez de los vetos de las leyes ordinarias dictadas por el Congreso. Claro está que, en esta ingeniería, se consideraría al veto como un modo de evitar la entrada en vigencia de las normas contrarias a la Constitución. “Esta propuesta fue rechazada con argumentos que apoyan la legitimidad del control judicial y del debate puede decirse que los constituyentes en Filadelfia consideraban que la concesión de la competencia a los jueces debía incluir la necesaria para que en la decisión de casos se dejaran de lado y no se aplicaran las leyes federales y estatales que fueran consideradas inconstitucionales”.

<sup>45</sup> Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 54.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 55, las cursivas son propias.

<sup>47</sup> La obra de Marshall, cobra mayor consideración si se tiene en cuenta, como señala Acosta Sánchez, que existen estudios de investigadores y constitucionalistas ingleses y norteamericana que llegan a la conclusión de que el fallo del juez Coke no puede ser considerado como precedente del *judicial review* en la práctica británica pues los jueces reconocían el rango superior de *statute* sancionado por el Parlamento y “la universal obediencia debida al mismo” (Sánchez, José Acosta. *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 93). Amaya en idéntico sentido dice que “en definitiva, si Coke reconocía la soberanía del Parlamento, como él declaró expresamente, su doctrina no puede situarse en las raíces del control judi-

A mi juicio, no fue su creador sino quien luego de su nacimiento, supo corregirlo y perfilarlo como el instrumento más eficaz para la defensa de la constitucionalidad. Ése, y no otro, es el significado del término con el que se lo califica. De algún modo se piensa que expresa el verdadero peso que tuvo la obra del prestigioso juez Marshall.

#### BIBLIOGRAFÍA

Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 22.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007.

Amaya, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012.

Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, segunda edición actualizada, reestructurada y aumentada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.

Brewer-Carías, Allan R. “La Justicia Constitucional”, documento preparado para el “Encuentro sobre Derecho Iberoamericano (Derecho Público)”, Fundación BBV, Toledo, diciembre 1994.

Cappelletti, M., *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971.

Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. III, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2004.

Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

García, José Francisco, “El control de constitucionalidad en el Federalista y los fundamentos de una sociedad libre”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 número 3.

Gelli, María Angélica, *Constitución de La Nación Argentina, comentada y concordada*, Tercera Edición Ampliada y Actualizada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.

González Calderón, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, cuarta edición, Editorial Guillermo Kraft Limitada, Buenos Aires, 1963.

Hamilton, Alexander, Madison, Santiago y Jay, John, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

Iredell, J., “Un elector: al público” (1787) en *The Founders Constitution*, University of Chicago Press en <http://www.press-pubs.uchicago.edu/founders>. Acceso 15-III-2009.

Lozano, Luis F., *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, reimpresión, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, septiembre de 2007.

---

cial de la ley, puesto que la esencia de dicho control es la limitación del legislador” (Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad...*, ob. cit., p. 69).

Prieto Sanchis, Luis, *Sobre principios y norma*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

Quiroga Lavie, Humberto, *Derecho Constitucional, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires 1978.

Ramella, Pablo A., *Derecho Constitucional*, segunda edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

Ramírez García, Sergio, “Reseña de los ‘orígenes del control jurisdiccional’ de Manuel González Oropeza”, *Cuestiones Constitucionales*, julio-diciembre número 011, Universidad Autónoma de México, México.

Santiago (h.), Alfonso - Stanga, Silvana M. “El perfil de un buen juez para la Corte”, *Diario La Nación*, edición del 2 de noviembre de 2006, en [http://www.lanacion.com.ar/02/11/06/do\\_447493.asp=20](http://www.lanacion.com.ar/02/11/06/do_447493.asp=20), acceso 21-V-2009.

Sagüés, María Sofía, “Dinámica Política del Control de Constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América”, en prensa en la obra *Interpretación Constitucional*, coordinada por Ricardo Velásquez, Perú.

Sagüés, Néstor Pedro, *Recurso Extraordinario*, cuarta edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002.

Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, t. I, Editorial Kapeluz S.A., Buenos Aires 1956.

Solá, Juan Vicente, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009.

Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría Constitucional*, segunda edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.

Vigo Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006.



## Comentarios Monográficos

### NOTAS PARA UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL REFERENDO REVOCATORIO EN VENEZUELA

Carlos García Soto

*Profesor de Historia del Derecho en la Universidad Monteávila y de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela*

**Resumen:** *Se analiza la figura del referendo revocatorio en Venezuela desde una perspectiva histórica.*

**Palabras Clave:** *Referendo revocatorio. Perspectiva histórica.*

**Abstract:** *It analyzes the figure of the referendum recall in Venezuela from a historical perspective.*

**Key words:** *Referendum recall. Historical perspective.*

#### INTRODUCCIÓN

En tanto derecho político (artículo 72 de la Constitución), en Venezuela el referendo revocatorio constituye un importante medio de participación ciudadana (artículos 62 y 70 de la Constitución).

A través de ese derecho político los ciudadanos pueden manifestar su decisión de dar por terminado un mandato otorgado previamente a un funcionario electo popularmente. Se trata, por ello, de un derecho de importancia fundamental en una sociedad democrática.

El objeto de estas notas es identificar los rasgos fundamentales del referendo revocatorio en Venezuela, desde una perspectiva histórica.

#### I. NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS REFERENDOS REVOCATORIOS EN LA HISTORIA DE VENEZUELA<sup>1</sup>

La figura del referendo revocatorio, como mecanismo para que el electorado decida dejar sin efecto el mandato previamente otorgado por elección a un funcionario, no es propiamente una novedad en la historia de Venezuela. Intentemos rastrear los antecedentes del referendo revocatorio previsto en la Constitución de 1999 en la historia de Venezuela<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Seguimos lo expuesto en García Soto, Carlos. “Los referendos revocatorios en la historia de Venezuela”, en *Prodavinci*, 3 de julio de 2016.

<sup>2</sup> Véase Corao, Carlos Ayala. *El referendo revocatorio. Una herramienta ciudadana para la democracia*, *Los Libros de El Nacional*, Caracas, 2004, pp. 31-42 y Ricardo Antela, *La revocatoria del mandato (Régimen jurídico del Referéndum Revocatorio en Venezuela)*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Metropolitana, Caracas, 2011, pp. 37-43.

1. *La revocatoria de mandato a Vicente de Emparan: el referendo revocatorio en los inicios de la Independencia de Venezuela*

El primer referendo revocatorio en Venezuela sería de alguna manera pintoresco, pero fundamental como evento político, como pocos en la historia del país<sup>3</sup>: el 19 de abril de 1810 el Cabildo de Caracas cuestiona la autoridad del Capitán General Vicente de Emparan. Éste, en medio de la confusión, y luego de recibir diversas recriminaciones, pregunta, desde la ventana del Ayuntamiento, a las personas congregadas en la Plaza Mayor (hoy Plaza Bolívar de Caracas) si querían que él siguiera mandando. Las personas allí congregadas, alentadas por el sacerdote José Cortés de Madariaga, contestaron que no. Entonces vendrá la célebre frase de Emparan: “Pues yo tampoco quiero mando”. Vicente de Emparan, hasta entonces Capitán General de Venezuela, renuncia y viaja a España.

2. *La revocatoria del mandato en la primera Constitución de Venezuela*

En la primera Constitución de Venezuela, la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811*, se va a reconocer por primera vez expresamente el derecho de los ciudadanos a revocar el mandato de gobernantes. Con lo cual, es válido afirmar cómo esta figura se encuentra en los mismos orígenes de nuestra vida republicana.

Así, en el artículo 209 se reconoce la posibilidad de revocar a los Delegados al Congreso:

“El Pueblo de cada Provincia tendrá facultad para revocar la nominación de sus Delegados en el Congreso o algunos de ellos en cualquier tiempo del año y para enviar otros en lugar de los primeros, por el que a éstos el tiempo de la revocación”.

Por su parte, el artículo 210 va a regular en términos generales cómo se realizará esa revocatoria, si bien la regulación específica se encomendaba a las Constituciones Provinciales:

“El medio de inquirir y saber la voluntad general de los Pueblos, sobre estas revocaciones, será del resorte exclusivo y peculiar de las Legislaturas provinciales, según lo que para ello establecieren sus respectivas Constituciones”.

3. *El plebiscito promovido por el General Marcos Pérez Jiménez*

Pero pasarán muchos años hasta que en Venezuela se plantee un escenario de revocatoria de un mandato presidencial.

Si bien no se trató de un referendo revocatorio en sentido estricto, en la práctica terminó implicando, de alguna manera, la “revocación” de un mandato.

En efecto, cuando faltaban algunos meses para la finalización del período de Gobierno para el cual había sido electo en 1953, el General Marcos Pérez Jiménez se plantea la conveniencia de convocar un plebiscito.

<sup>3</sup> Véase, entre muchos otros, Brewer-Carías, Allan R. *Las Constituciones de Venezuela*, tomo I (Estudio preliminar y textos constitucionales de 1810 a 1864), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, pp. 531-534; García Soto, Carlos. “Pues yo tampoco quiero mando”: el 19 de abril y la legitimidad política”, en *Prodavinci*, 19 de abril de 2016; Garrido Rovira, Juan. *De la Monarquía de España a la República de Venezuela*, Universidad Monteávila, Caracas, 2008, pp. 206-214; Garrido Rovira, Juan. *La Revolución de 1810*, Universidad Monteávila, Caracas, 2010, *passim*, y Vaamonde, Gustavo. “Causas del 19 de abril de 1810 en Caracas, en *Venezuela y sus orígenes republicanos: 19 de abril de 1810-5 de julio de 1811*, Universidad Monteávila-Fundación Bancaribe para la Ciencias y la Cultura, Caracas, 2011, pp. 139-146.

El objeto de esa iniciativa era convocar al electorado para que se pronunciara sobre su permanencia o no en el poder, como una forma de evitar el término de su mandato, fijado para el 19 de abril de 1958, y sobre el cual no le estaba permitida una reelección.

El plebiscito, celebrado el 15 de diciembre de 1957, arrojaría una votación supuestamente favorable a la permanencia en el poder del General, si bien en el ambiente se entendía que tal resultado era fraudulento. Lo cual no hizo sino colaborar en el colapso político de su régimen en enero de 1958<sup>4</sup>.

#### 4. *El referendo revocatorio a Alcaldes previsto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal*

La primera Ley que va a reconocer la figura de la revocatoria del mandato será la *Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989* (Gaceta Oficial N° 4.109 extraordinario de 15 de junio de 1989)<sup>5</sup>. En el artículo 69 de esa Ley se va a señalar:

“El Alcalde quedará suspendido en el ejercicio del cargo cuando el Concejo o Cabildo, por decisión expresa y motivada y con el voto de las tres cuartas (3/4) partes de sus integrantes, impruebe la Memoria y Cuenta de su gestión anual. En este mismo acto, el Concejo o Cabildo convocará a un referéndum que se realizará en un plazo máximo de treinta (30) días, para que el cuerpo electoral local se pronuncie sobre la revocatoria o no del mandato del Alcalde. Durante la suspensión, las funciones atribuidas al Alcalde serán ejercidas por el Concejal que designe la Cámara. Si el electorado se pronuncia por la revocatoria del mandato, se aplicará lo previsto en el artículo 54 de esta Ley sobre la falta absoluta; caso contrario, el Alcalde reasumirá sus funciones”.

#### 5. *El referendo revocatorio a jueces de paz*

La *Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos de Paz* (Gaceta Oficial N° 4.634 extraordinario del 22 de septiembre de 1993) va a reconocer la posibilidad a los vecinos de ejercer el control sobre los jueces de paz. El artículo 32 de esa Ley advertía que

“El Juez de Paz podrá ser controlado a través de los vecinos de la respectiva Parroquia o Circunscripción Intraparroquial, utilizando el referendo revocatorio con iniciativa popular del veinte por ciento (20%) de su población”.

La misma previsión se va a mantener en el artículo 32 de la *Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos de Paz* (Gaceta Oficial N° 4.741 extraordinario del 30 de junio de 1994).

Mientras que en la *Ley Orgánica de la Justicia de Paz* (Gaceta Oficial N° 4.817 extraordinario del 21 de diciembre de 1994) se va a aumentar al 25 % el porcentaje de electores que debían votar a favor de la revocatoria (artículo 26). Además, en el artículo 27 se van a señalar las causales por las cuales procede la revocatoria: (i) observar una conducta censurable que comprometa la dignidad de su cargo; (ii) irrespetar los derechos de los miembros de la comunidad o los derechos humanos, y (iii) observar conductas contrarias a la Ley.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, Hernández Muñoz, Eladio. *Transición en Democracia (Venezuela, 1935-1999)*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, pp. 172-187.

<sup>5</sup> Véase Giraud Torres, Armando A. “Contribución al estudio del referendo en el Derecho venezolano”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 91, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, pp. 68-82.

#### 6. *El referendo revocatorio en la Constitución de 1999*

El referendo revocatorio será reconocido en el artículo 72 de la *Constitución de 1999* como un derecho político que puede ejercer la ciudadanía sobre todos los cargos de elección popular. Así lo dirá expresamente esa norma: “todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables”. Como advirtió además en ese sentido la Sentencia N° 1139/2002 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: “la revocación del mandato no es producto de la arbitrariedad, sino una consecuencia lógica que se deriva del principio de soberanía popular, pues, por ser el pueblo soberano puede ejercer el poder con la finalidad de dejar sin efecto el mandato de sus representantes elegidos popularmente, que han dejado de merecerles confianza, por haberse desempeñado en el ejercicio de sus funciones de forma inconveniente o contraria a los intereses populares o del Estado en general, quienes quedan entonces sometidos a la decisión del cuerpo electoral”.

La figura del referendo revocatorio previsto en el artículo 72 de la *Constitución de 1999* tiene sus antecedentes en el *Proyecto de Reforma General de la Constitución de 1992* y en el mismo *Proyecto de Constitución* que fue presentado el 5 de agosto de 1999 por el entonces Presidente Hugo Chávez Frías a la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), como se verá de inmediato.

## II. EL ORIGEN DE LA REGULACIÓN DEL REFERENDO REVOCATORIO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999<sup>6</sup>

En efecto, en el *Proyecto de Constitución* que fue presentado el 5 de agosto de 1999 por Hugo Chávez Frías a la ANC, titulado *Ideas fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, planteaba al país la necesidad de que los ciudadanos contaran con un mecanismo de democracia directa para revocar el mandato de los funcionarios de elección popular.

Si bien la figura del referendo revocatorio se había incluido en el *Proyecto de Reforma General de la Constitución* que se discutió en una *Comisión Bicameral Especial del Congreso* en 1992, su inclusión en la Constitución de 1999 sería una sugerencia del entonces Presidente Chávez.

De hecho, la propuesta de regulación del referendo, en tanto derecho político, era más favorable al ejercicio de ese derecho político de los ciudadanos que la regulación que luego quedó decidida en el artículo 72 de la Constitución, hoy vigente.

En efecto, la regulación del referendo revocatorio en el *Proyecto de Constitución* presentado por Hugo Chávez tenía ciertas diferencias con la regulación actual: (i) la iniciativa popular para solicitar el referendo se fijaba en el 10 % de los electores, en vez del 20 % finalmente aprobado a través del artículo 72 de la Constitución vigente; (ii) no se exigía que un 25% de los electores acudiera a sufragar en el referendo, como sí se exige en el artículo 72 de la Constitución de 1999; (iii) la mayoría exigida para revocar el mandato era una mayoría simple, del 50 % de los sufragantes, en vez de la exigencia del artículo 72 de la Constitución, según la cual el número de votos a favor de la revocatoria debe ser igual o superior al número de votos por el cual se eligió al funcionario, y (iv) expresamente se prohibía al funcionario revocado optar por el mismo cargo hasta que transcurrieran dos períodos constitucionales siguientes a la fecha de su revocatoria.

<sup>6</sup> Seguimos lo expuesto en García Soto, Carlos. “¿Cuál es el origen de la regulación sobre el Referendo Revocatorio en la Constitución de 1999?”, en *Prodavinci*, 20 de agosto de 2016.

Tal regulación se establecía en estos artículos del Proyecto:

“Artículo. Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario, un número no menor del diez por ciento de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral, podrá solicitar la convocatoria de un referéndum para evaluar su gestión. Cuando la mayoría de los sufragantes hubiera votado negativamente, se considerará revocado su mandato, y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en las leyes.

Artículo. El funcionario cuyo mandato fuere revocado, sólo podrá optar al mismo cargo una vez transcurridos dos períodos consecutivos a la fecha de su revocatoria”.

Cuando el 5 de agosto de 1999 hace la presentación del *Proyecto de Constitución* a la ANC, el entonces Presidente Hugo Chávez hará referencia a la necesidad de este tipo de mecanismos en la nueva Constitución:

“El protagonismo popular es un concepto bolivariano, democrático y eminentemente revolucionario, y se acerca a los mecanismos de una democracia que hoy no puede ser, lo entendemos, exacta y absolutamente directa, pero sí tiene que ser protagónica, tenemos que darle al pueblo diversos mecanismos como los plebiscitos, los referenda, las asambleas populares, las consultas populares, las iniciativas de leyes, todos esos instrumentos deben quedar, en mi criterio, propongo, legisladores, insertados en la nueva Carta Fundamental para que sea vinculante la participación y para que no sea, sencillamente, un participar por participar, sino un instrumento de construcción, de protagonismo y de democracia verdadera, de participación efectiva, vital para construir un país, un rumbo, un proyecto”.

En todo caso, la materia del referendo revocatorio fue trabajada en la *Comisión de Régimen Político de la ANC*, que era una de las Comisiones que entre el 2 de septiembre y el 18 de octubre de 1999 prepararían los borradores de las distintas secciones de la Constitución.

En esa Comisión se preparó una primera versión de la regulación sobre el referendo revocatorio, que difería en diversos aspectos de la regulación propuesta por el Presidente Chávez. Concretamente la redacción del entonces artículo 76 implicaba que (i) el porcentaje de electores que podían solicitar el referendo fuera del 15 %, y no del 10 % de los electores como había sugerido el Presidente Chávez; (ii) se incluía la exigencia de que el número de electores que sufragaran a favor de la revocatoria del mandato fuera superior al número de votos que eligieron al funcionario (vigente en el actual artículo 72 de la Constitución), y (iii) se incluía la exigencia vigente en el artículo 72 de la *Constitución de 1999* según la cual durante el período para el que fue electo el funcionario no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.

Ese borrador de regulación luego sería trabajado por la plenaria de la ANC en la sesión ordinaria del 25 de octubre de 1999. Hubo varias intervenciones de constituyentes sobre el borrador preparado en la *Comisión de Régimen Político*, en las cuales se discutieron aspectos de la regulación, como, por ejemplo, la inconveniencia de la exigencia de que para la revocación del mandato debieran concurrir a la votación un número de electores superior al de los electores que eligieron al funcionario, así como el porcentaje de electores que debía exigirse para solicitar el referendo, entre otros.

Luego de esa discusión entre varios constituyentes sobre la redacción que había que dar a la norma, se decidió designar una comisión para redactar la propuesta final, sobre la base de lo discutido ese día. Es decir, la redacción final de la norma no fue discutida públicamente en la plenaria de la ANC

Esa comisión cuya designación fue ordenada, suponemos, fue la encargada de dar la redacción final a la regulación sobre el referendo revocatorio.

En todo caso, la redacción final se la regulación sobre el referendo revocatorio sería la del actual artículo 72 de la Constitución.

Una regulación constitucional, en todo caso, que es más restrictiva que la sugerida inicialmente por el Presidente Chávez en su *Proyecto de Constitución*, como se señaló.

### III. EL ORIGEN DE LA REGULACIÓN DEL REFERENDO REVOCATORIO EN LAS NORMAS DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL<sup>7</sup>

#### 1. *El referendo revocatorio como materia de la reserva legal*

En la medida en la que el referendo revocatorio es, ante todo, un derecho político (artículo 72 de la Constitución) en el ámbito de la participación ciudadana (artículos 62 y 70 de la Constitución), su ejercicio debería ser regulado por una Ley dictada por la Asamblea Nacional (artículo 156. 32 de la Constitución)<sup>8</sup>.

Sin embargo, desde que la figura del referendo revocatorio fuera prevista en la *Constitución de 1999*, no se ha dictado una Ley que regule este mecanismo de participación ciudadana. En ausencia de esa Ley, el Consejo Nacional Electoral (CNE) se encargó de regular la figura del referendo revocatorio, sin apoyarse para ello en las normas de la *Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*, entonces vigente<sup>9</sup>.

Para ello, el CNE ha realizado una interpretación amplia del numeral 29 del artículo 33 de la *Ley Orgánica del Poder Electoral*, que le faculta para “reglamentar las leyes electorales y de referendos”, y del numeral 1 del artículo 293 de la Constitución, y desde 2003 ha dictado normas para regular los referendos revocatorios. Esa interpretación amplia por parte del CNE, incluso, ha sido tangencialmente avalada por la Sentencia N° 2341-2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Incluso, la propia Sala Constitucional entendió en su Sentencia N° 566-2004 que esas normas dictadas por el CNE supuestamente tendrían un carácter legal.

#### 2. *Los antecedentes: las Normas sobre referendos de 2003*

Pues bien, las primeras normas que dictaría el CNE sobre esta materia serían las *Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular* (Gaceta Electoral N° 181 de 20 de noviembre de 2003). Esas *Normas* fueron dictadas para regular el proceso de referendo revocatorio al entonces Presidente Hugo Chávez, de 2004, al cual se hará referencia más adelante.

Además de esas *Normas* de carácter general, fueron dictadas diversas normas, instructivos y otros instrumentos para regular aspectos particulares de ese proceso de referendo revocatorio.

<sup>7</sup> Seguimos lo expuesto en “¿Cuál es el origen de las normas del CNE sobre el Referendo Revocatorio?”, en *Prodavinci*, 13 de septiembre de 2016.

<sup>8</sup> *Cfr.* Hernández G., José Ignacio. “8 violaciones del CNE a la Constitución en el trámite del revocatorio”, en *Prodavinci*, 13 de mayo de 2016.

<sup>9</sup> *Cfr.* Ricardo Antela, *La revocatoria del mandato (Régimen jurídico del Referéndum Revocatorio en Venezuela)*, cit., pp. 61-72.

### 3. *Las normas sobre referendos de 2007*

En 2007 serían dictadas dos normas en materia de referendos que van a derogar las distintas *Normas* dictadas en 2003, y que son las normas fundamentales para la regulación de cualquier referendo revocatorio que se promueva.

Por una parte, las Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular (Resolución N° 070906-2770, Gaceta Electoral N° 405 del 18 de diciembre de 2007).

Por otra parte, las *Normas para Regular los Referendos Revocatorios* (Resolución N° 070327-341, Gaceta Electoral N° 369 del 13 de abril de 2007), que habrían sido derogadas por la *Ley Orgánica de Procesos Electorales* (Gaceta Oficial N° 5.928 extraordinario de 12 de agosto de 2009)<sup>10</sup>.

## IV. NOTAS SOBRE EL REFERENDO REVOCATORIO PRESIDENCIAL DE 2004<sup>11</sup>

En la historia de los referendos revocatorios en Venezuela, destaca el referendo celebrado para intentar revocar el mandato del entonces Presidente Hugo Chávez, el 15 de agosto de 2004. El camino que llevó a ese referendo tiene importantes lecciones para hoy, cuando, doce años después, muchos venezolanos aspiran a que se celebre otro referendo revocatorio presidencial.

### 1. *El referendo revocatorio de 2004 y su significado para la historia política contemporánea*

Si se quiere, el referendo revocatorio de 2004 fue el fin de una parte de la historia política contemporánea. Concretamente, supuso el fin de una etapa de fuerte conflictividad que comenzó hacia finales de 2001, cuando el entonces Presidente Chávez dictó 49 Decretos-Leyes que fueron rechazados por buena parte de la sociedad venezolana. En el camino, sucedieron los eventos de abril de 2002 y el “paro cívico nacional” de finales de 2002 y principios de 2003<sup>12</sup>.

Ese referendo fue un punto de inflexión en la política contemporánea del país, en la medida en la que supuso una relegitimación política para el entonces Presidente. Sobre esa base, entre otras, se apoyó la profundización del proyecto político durante los años siguientes. Los eventos políticos ocurridos antes, durante y después de ese referendo configuraron en gran medida la dinámica política, social y económica del país.

Para la oposición al entonces Presidente Chávez, el resultado del referendo revocatorio fue un revés muy significativo. Lo que parecía una vía segura para el cambio del rumbo político del país, fue instrumentalizado por el oficialismo como una ocasión para recuperar su popularidad, mejorar su imagen ante la comunidad internacional, y también para minar el piso político de la oposición.

<sup>10</sup> Véase Matheus, Juan Miguel. (Coordinador), *Ley Orgánica de Procesos Electorales*, Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Estudios de Derecho Público, Caracas, 2010.

<sup>11</sup> Seguimos lo expuesto en García Soto, Carlos. “¿Cómo fue el Referendo Revocatorio Presidencial de 2004? [1 de 3]”, en *Prodavinci*, 27 de septiembre de 2016; “¿Cómo fue el Referendo Revocatorio Presidencial de 2004? [2 de 3]”, en *Prodavinci*, 28 de septiembre de 2016, y “¿Cómo fue el Referendo Revocatorio Presidencial de 2004? [3 de 3]”, en *Prodavinci*, 29 de septiembre de 2016.

<sup>12</sup> Véase sobre tales sucesos Brewer-Carías, Allan R. *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Los Libros de El Nacional, Caracas, 2002, passim.

La clave alrededor de la cual giró esa estrategia del oficialismo fue “moldear” hábilmente el desarrollo institucional del proceso revocatorio, para convertirlo en la victoria política que terminó resultando. No se olvide que, incluso, el oficialismo logró canalizar la discusión política, precisamente, a la realización del referendo revocatorio, lo cual implicó que la oposición se concentrara única y exclusivamente en la celebración de ese referendo, que luego terminó como un fracaso político<sup>13</sup>.

### 2. *El referendo revocatorio y la observación internacional*

Durante todo el proceso del referendo revocatorio de 2004, la comunidad internacional estuvo al tanto de los acontecimientos. Particularmente atentos estuvieron la OEA, a través de su Secretario General, César Gaviria, y el Centro Carter. También influenciaría sobre la celebración del proceso el denominado “Grupo de Amigos”: conjunto de países que se comprometieron a apoyar en la solución electoral del conflicto venezolano. De hecho, de alguna manera, el referendo revocatorio se celebra en parte por la presión ejercida por estos actores.

Sin embargo, la presencia de factores de la comunidad internacional no es una condición suficiente para un desarrollo más o menos democrático de un proceso de referendo revocatorio. De hecho, el informe que rindió Gaviria al dar por concluida la misión de la OEA y el Centro Carter luego de celebrado ese referendo de 2004, refleja con cierta amargura su relativa impotencia para los frenar abusos institucionales. En efecto, como recoge Miguel Ángel Martínez Meucci, la opinión de Gaviria sobre el sistema electoral venezolano alertaría sobre el “excesivo espacio para diferentes interpretaciones de las normas (por lo que debería) reestructurarse en su totalidad de forma que provea agilidad, rapidez y transparencia y confiabilidad. Ello implicaría simplificar en la mayor medida posible los procedimientos, manteniendo las garantías que permitan un proceso transparente, verificable e incluyente”<sup>14</sup>.

En su *Informe Integral: Observación del Referendo Revocatorio Presidencial en Venezuela*, el Centro Carter hace un balance general sobre lo observado en el proceso de referendo revocatorio de 2004:

“El referendo revocatorio presidencial fue un evento electoral novedoso para Venezuela. Tal como lo describiremos a continuación, el proceso se vio afectado por irregularidades, demoras, politización e intimidación. De cualquier manera, consideramos que es importante distinguir entre irregularidades y acciones fraudulentas que pueden cambiar el resultado de un proceso. La conclusión del Centro Carter es que el resultado oficial refleja la voluntad del electorado venezolano expresado el 15 de agosto del 2004”.

### 3. *El antecedente inmediato: el referendo consultivo*

Antes de plantearse ante la opinión pública la posibilidad de realizar un referendo revocatorio, las fuerzas que se oponían al gobierno del Presidente Chávez habían formulado la iniciativa de un “referéndum consultivo”, previsto en el artículo 71 de la Constitución, cuyo objeto era consultar a los ciudadanos si estaban o no “de acuerdo con solicitar al Presidente de la República Ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías la renuncia voluntaria a su cargo”.

<sup>13</sup> Sobre todo, este proceso, véase Martínez Meucci, Miguel Ángel. *Apaciguamiento: el Referéndum Revocatorio y la consolidación de la Revolución Bolivariana*, Editorial Alfa, Caracas, 2012, *passim*.

<sup>14</sup> *Apaciguamiento: el Referéndum Revocatorio y la consolidación de la Revolución Bolivariana*, cit., p. 294.

La solicitud de ese referendo consultivo había sido aprobada por el CNE a través de la *Resolución N° 021203-457* del 3 de diciembre de 2002, y debía celebrarse el 2 de febrero de 2003.

Sin embargo, un grupo de Diputados impugnó esa Resolución ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, junto con algunos actos dictados por el CNE en noviembre de 2002. Como resultado de esa impugnación, fue dictada la Sentencia N° 3 de 22 de enero de 2003, caso *Dario Vivas y otros*, en la cual la Sala Electoral decidió, entre otros aspectos, suspender los efectos de la Resolución N° 021203-457 del 3 de diciembre de 2002, que había aprobado la solicitud del referendo consultivo.

Es decir, la Sala Electoral decidió suspender la celebración del referendo consultivo que el CNE había aprobado, para que los ciudadanos se pronunciaran sobre si deseaban o no la renuncia del entonces Presidente Chávez.

4. *El referendo revocatorio como uno de los acuerdos entre el oficialismo y la Coordinadora Democrática*

Descartada la opción del referendo consultivo como consecuencia de la Sentencia de la Sala Electoral que lo suspendió, se planteó entonces entre las fuerzas opositoras la figura del referendo revocatorio, prevista en el artículo 72 de la Constitución.

En efecto, el 29 de mayo de 2003, casi tres meses después de la fecha en la que se debió haber realizado el referendo consultivo, se suscribe el “Acuerdo entre la representación del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y los Factores Políticos y Sociales que lo apoyan y la Coordinadora Democrática y las Organizaciones Políticas y de la Sociedad Civil que la conforman”, que daría fin a las actividades de la “Mesa de Negociación y Acuerdos”. En el numeral 12 de ese “Acuerdo” se dirá:

“12.- Las partes, en cumplimiento del objetivo establecido en la Síntesis Operativa para buscar acuerdos con el fin de contribuir a la solución de la crisis del país por la vía electoral, coincidimos en que dicha solución se logra con la aplicación del Artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el que se prevé la eventual celebración de referendos revocatorios del mandato de todos los cargos y magistraturas de elección popular que han arribado a la mitad del período para el cual fueron elegidos (Gobernadores, Alcaldes, Legisladores Regionales y Diputados a la Asamblea Nacional), o arribarán a dicha mitad en el transcurso de este año, como es el caso del Presidente de la República conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del 13 de febrero del 2003. Tales referendos, incluyendo los ya solicitados y los que se solicitaren en adelante, serán posibles si son formalmente requeridos por el número exigido de electores y se aprueban por el nuevo Consejo Nacional Electoral, una vez que se establezca que se han cumplido los requisitos constitucionales y legales”.

A pesar de ese compromiso, como se verá en estas notas, el referendo revocatorio del Presidente de la República no se celebraría sino el 15 de agosto del año siguiente, es decir, más de catorce meses después.

En ese sentido, es clave anotar la explicación que daría el mismo Presidente Chávez, reseñada por Miguel Ángel Martínez Meucci<sup>15</sup>:

---

<sup>15</sup> *Apaciguamiento: el Referéndum Revocatorio y la consolidación de la Revolución Bolivariana*, cit., p. 175.

“Ustedes deben recordar que, producto del golpe y todo el desgaste aquel, la ingobernabilidad que llegó a un grado alto, la crisis económica, nuestros propios errores, hubo un momento en el cual nosotros estuvimos parejitos, o cuidado si por debajo. Hay una encuestadora internacional recomendada por un amigo que vino a mitad de 2003, pasó como dos meses aquí y fueron a Palacio y me dieron la noticia bomba: ‘Presidente, si el referéndum fuera ahorita usted lo perdería’. Yo recuerdo que aquella noche para mí fue una bomba aquello, porque ustedes saben que mucha gente no le dice a uno las cosas, sino que se las matiza. Eso es malo. ‘No, estamos bien, estamos sobrados’. Entonces fue cuando empezamos a trabajar con las misiones, diseñamos aquí la primera y empecé a pedirle apoyo a Fidel”.

#### 5. *El nombramiento del CNE por el Tribunal Supremo de Justicia*

Para el momento en el cual se plantea la figura del referendo revocatorio, sin embargo, estaba pendiente el nombramiento de los rectores del CNE que debía ser realizado por la Asamblea Nacional. Nombramiento que, desde luego, se consideraba fundamental para la celebración del referendo revocatorio.

Pero, si bien correspondía que la Asamblea Nacional realizara el nombramiento de rectores del CNE, en el Parlamento no se lograba la mayoría calificada necesaria para realizar el nombramiento. Ante esa situación, la Sala Constitucional, a través de la Sentencia N° 2.073 de 4 de agosto de 2004, caso *Hermann Escarrá y otros*, decidió declarar que había “omisión” por parte de la Asamblea Nacional en cuanto al nombramiento, y procedió a darle un plazo de diez (10) días para que realizara el nombramiento. Según esa Sentencia, si la AN no cumplía con la designación en un lapso de diez (10) días, la Sala Constitucional procedería a designar los rectores, los cuales también podrían ser revocados por la propia Sala.

Entre otros aspectos, esa misma Sentencia “autorizó” al CNE para dictar la regulación sobre el referendo revocatorio, en ausencia de una Ley sobre Referendos.

La Asamblea Nacional no realizó el nombramiento de los rectores del CNE, al no lograrse el correspondiente consenso para obtener la mayoría calificada requerida. En consecuencia, y dando cumplimiento a lo señalado en la Sentencia N° 2.073, la Sala Constitucional procedió a dictar la Sentencia N° 2.341 de 25 de agosto de 2003, caso *Hermann Escarrá y otros II*, por medio de la cual realizaría el nombramiento de los cinco rectores del CNE. Es decir, el nombramiento de los rectores del CNE bajo el cual se celebró el referendo no tuvo su origen en la Asamblea Nacional, sino en la Sala Constitucional.

#### 6. *La iniciativa del referendo revocatorio*

##### A. *“El Firmazo”*

Debido a que el entonces Presidente Chávez había sido “relegitimado” en las elecciones de 19 de agosto de 2000, se entendía que la mitad del período presidencial se cumplía el 19 de agosto de 2003. Con lo cual, a partir del 20 de agosto de 2003 se podía solicitar el referendo revocatorio.

Sin embargo, no había claridad con respecto al momento a partir del cual podían recogerse las firmas para la solicitud.

El 2 de febrero de 2003, es decir, varios meses antes del cumplimiento de la mitad del período presidencial, se había celebrado una jornada de recolección de firmas para solicitar el referendo revocatorio, que entonces se denominó como “El Firmazo”, en el cual se recogió un total de 3.236.320 firmas. Con ese evento de recolección de firmas, la oposición dio final al “paro cívico nacional” que estaba en marcha desde diciembre de 2012.

Tales firmas fueron consignadas el 20 de agosto de 2003 ante el CNE, es decir, justo al cumplirse los primeros tres años de mandato del entonces Presidente Chávez, contados a partir de su “relegitimación” en las elecciones de 19 de agosto de 2000.

B. *La Resolución del CNE que cuestionó las firmas recogidas en “El Firmazo”*

Sin embargo, mediante *Resolución N° 030912-461* de fecha 12 de septiembre de 2003, el CNE cuestionó la validez de las firmas recogidas a través de “El Firmazo”, al considerar que las firmas que respaldaban la solicitud de referendo revocatorio “fueron suscritas de manera extemporánea por anticipada, esto es, antes de que naciera la titularidad del derecho del referendo revocatorio”.

Es decir, el CNE consideró que las firmas recogidas a través de “El Firmazo” no eran válidas, puesto que se habían recogido antes de que se cumplieran los tres primeros años del período constitucional del Presidente Chávez.

C. *“El Reafirmazo”*

Luego de esa Resolución que declaró inválidas las firmas recogidas en “El Firmazo”, fue dictada la *Resolución N° 031015-529* de 15 de octubre de 2003, mediante la cual el CNE estableció las fechas de 28 de noviembre a 1 de diciembre de 2003 para que, de nuevo, se recogieran las firmas que avalaran la solicitud del referendo revocatorio.

Las fuerzas de oposición convocarían entonces a un nuevo proceso de recolección de firmas, llamado “El Reafirmazo”, durante esas fechas del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2003. En ese evento se recogió un total de 3.086.013 solicitudes, que fueron presentadas al CNE el 19 de diciembre de 2003.

El CNE procedió a la revisión de tales firmas, a partir del 13 de enero de 2004, es decir, casi un mes después de la fecha en la que las firmas fueron presentadas.

D. *El caso de las “firmas planas”*

Durante esos meses fueron dictadas distintas regulaciones por parte del CNE sobre el referendo revocatorio. Entre tales regulaciones, por ejemplo, destacó el controversial *Instructivo sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la Misma Persona*, del 24 de febrero de 2004.

Una vez que las firmas recogidas en “El Reafirmazo” fueron consignadas en el CNE el 19 de diciembre de 2003, se planteó en la opinión pública la discusión sobre los criterios para considerar como válidas esas firmas y planillas consignadas. Como resultado de ello, el 3 de marzo de 2004, a través de la *Resolución N° 040302-131*, el CNE (i) declaró inválidas 39.060 planillas de firmas y (ii) cuestionó 876.017 solicitudes, al considerar que esas solicitudes no debían ser tomadas en cuenta porque habrían sido recogidas en planillas cuyos datos habían sido llenados, presuntamente, por una misma persona. Fue el caso célebre de las “planillas planas”.

En consecuencia, quienes habían firmado en esas “planillas planas” debían volver a un centro de votación a “reparar” su firma, es decir, a manifestar, de nuevo, que sí estaba de acuerdo con solicitar un referendo revocatorio para el presidente de la República. Fue la llamada “fase de reparos”.

Lo cuestionable de esa decisión, entre otras razones, fue que se utilizó ese Instructivo de 24 de febrero de 2004 para cuestionar la validez de unas firmas que habían sido recogidas tres meses antes.

### 7. *La “Guerra de las Salas” del Tribunal Supremo de Justicia*

El caso de las “planillas planas” dio lugar a un conflicto de carácter judicial entre el CNE, la Sala Electoral y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que para la época fue conocido como la “Guerra de las Salas”<sup>16</sup>.

En efecto, la Resolución por la cual se cuestionaron las “planillas planas” fue impugnada por la entonces Coordinadora Democrática ante la Sala Electoral, la cual dictó la decisión N° 24 de 15 de marzo de 2004, por medio de la cual esa Sala decidió suspender los efectos del Instructivo a partir del cual el CNE había cuestionado la validez de la “planillas planas”. Es decir, la Sala Electoral decidió que la Resolución sobre las “planillas planas” no debía aplicarse.

En consecuencia, conforme a esa Sentencia de la Sala Electoral, se ordenaba al CNE que el proceso de “reparos” se realizara de forma tal que sólo fuera necesario que los interesados pudieran “retirar” su firma, sin exigir por ello a los ciudadanos que habían firmado en las planillas de caligrafía similar que fuera expresamente a reafirmar su disposición de solicitar el referendo revocatorio. De tal manera, según la Sala Electoral, no era necesario que todos los firmantes que habían suscrito las “planillas planas” fuera a ratificar su firma, sino que sólo sería necesario que acudieran a la fase de reparos quienes consideraban que su firma debía ser “retirada” de las solicitudes de referendo revocatorio.

Sin embargo, esa Sentencia de la Sala Electoral fue objeto de revisión por la Sala Constitucional, que en la Sentencia N° 442 de 23 de marzo de 2004, declaró nula y sin efectos la Sentencia N° 24 de la Sala Electoral. Con lo cual, la Sala Constitucional declaraba nula por inconstitucional la Sentencia de la Sala Electoral, y daba respaldo jurídico a la decisión del CNE sobre las “planillas planas”.

Pero, a su vez, la Sala Electoral respondería a la Sentencia de la Sala Constitucional. Y dictaría para ello la Sentencia N° 37 de 12 de abril de 2004, en la que va a ratificar lo que había decidido en su Sentencia N° 24. En paralelo, la Sala Electoral planteó ante la “Sala Plena” un “conflicto de competencia”.

Finalmente, la Sala Constitucional, a través de la Sentencia N° 628 de 23 de abril de 2004, descartaría que hubiera un “conflicto de competencia”.

En realidad, la “Guerra de las Salas” fue un conflicto judicial inútil, porque prevaleció la decisión del CNE, avalada por la Sala Constitucional: todas las personas que habían firmado en las “planillas planas” debían acudir a un centro de votación para “ratificar” o “retirar” su firma.

En todo caso, esa “fase de reparos”, en la cual cada elector que hubiera suscrito las “planillas planas” debía “ratificar” o “retirar” su firma, se realizaría los días 28 al 31 de mayo de 2004. El resultado del proceso de “reparos” fue que se alcanzó el número de firmas necesarias para solicitar el referendo.

---

<sup>16</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*, Editorial Aequitas, Caracas, 2004. pp. 13-58; García Soto, Carlos. “Entre los votos y las balas: las salidas constitucionales a la crisis venezolana”, en *Derecho y Sociedad Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, N° 4, Universidad Monteávila, Caracas, 2003, y Márquez L., Carmen María. “Reformas relativas al régimen de referendos”, en Alarón Deza, Benigno y Casal, Jesús María (Coordinadores), *Proyecto Integridad Electoral Venezuela: las reformas impostergables*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, pp. 120-122.

#### 8. *La celebración del referendo revocatorio*

Una vez recogidas las firmas suficientes, y apenas unos días después de la “fase de reparos”, el 3 de junio de 2004 CNE fijó la celebración del referendo revocatorio para el 15 de agosto de 2004.

Que el CNE haya fijado la fecha de celebración del referendo revocatorio el 15 de agosto, implicaba que el referendo se celebraría cuatro días antes del cumplimiento del cuarto año del periodo del entonces Presidente Chávez, y más de ocho meses después de la recolección de las firmas en “El Reafirmazo”. Lo que, a su vez, significaba que, si el Presidente Chávez era revocado, debían convocarse elecciones para elegir un nuevo Presidente que completara el resto del periodo constitucional.

Sin embargo, el resultado del referendo fue que la votación a favor del “No” alcanzó 5.800.629 votos (59,0958 por ciento), mientras que el “Sí” alcanzó 3.989.008 (40,6393 por ciento).

Ello implicó que se alcanzó un número de votos superior al número de votos alcanzado por el Presidente Chávez en la elección de 5 de julio de 2000 (3.757.773 votos, lo cual era uno de los requisitos previstos en el artículo 72 de la Constitución para la revocatoria del mandato.

Sin embargo, aun cuando se alcanzó un número de votos superior al que había alcanzado el Presidente Chávez en su elección, el número de votos a favor del “no” superó el número de votos a favor del “sí”. Si bien este requisito no estaba previsto en el artículo 72 de la Constitución, había sido incluido como un requisito en las *Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular* (Gaceta Electoral N° 181 de 20 de noviembre de 2003).

Este criterio incluso sería apoyado por la propia Sala Constitucional en la Sentencia N° 2750 de 21 de octubre de 2003, en la que advirtió que “se trata de una especie de relegitimación del funcionario y en ese proceso democrático de mayorías, incluso, si en el referendo obtuviese más votos la opción de su permanencia, debería seguir en él, aunque voten en su contra el número suficiente de personas para revocarle el mandato”.

En todo caso, que no se haya revocado el mandato del Presidente, fue interpretado por el oficialismo como una relegitimación del mandato dado al Presidente Chávez, que además implicó una fractura en la oposición, de la cual no se empezaría a recuperar sino al menos dos años después. Como lo afirmaría el entonces Presidente Chávez, reseñado por Miguel Ángel Martínez Meucci:

“Realmente hemos entrado en una nueva etapa del proceso revolucionario, y que nadie se asuste cuando hablamos de proceso revolucionario. Es una revolución absolutamente necesaria, que siempre ha querido ser pacífica y es su signo la paz. Es una revolución democrática que ha respetado, respeta y respetará los derechos de todos y de todas, pero es una revolución, y tiene que ser cada día más auténtica esta revolución, más profunda. Hemos entrado en un nuevo ciclo a partir del 15 de agosto”<sup>17</sup>.

\*\*\*

---

<sup>17</sup> *Apaciguamiento: el Referéndum Revocatorio y la consolidación de la Revolución Bolivariana*, cit., p. 292.

Para el momento en el que se escriben estas líneas, se plantea de nuevo ante el país la posibilidad de celebrar un referendo revocatorio presidencial. En ese sentido, hemos querido reflejar en estas notas el itinerario histórico de la figura del referendo revocatorio en Venezuela, haciendo un particular énfasis en la cronología del referendo revocatorio de 2004, del que cabe extraer importantes lecciones.

Creemos que ver la figura del referendo revocatorio en perspectiva es un instrumento útil para su análisis y comprensión. Y también para su ejercicio como un derecho político fundamental.

# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, LOS DERECHOS POLÍTICOS Y LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA<sup>1</sup>

Gabriel Sira Santana<sup>2</sup>  
*Abogado*

**Resumen:** *La colaboración repasa las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que versan sobre los derechos políticos (artículo 23 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos) y cómo estas son desconocidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, violentando el llamado control de convencionalidad.*

**Abstract:** *This paper reviews the decisions from the Inter-American Court of Human Rights about political rights (Article 23 of the American Convention on Human Rights) and how they have been unknown by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, violating the so-called conventionality control.*

**Palabras Clave:** *Control de convencionalidad, derechos políticos, Sala Constitucional.*

**Key words:** *Conventionality control, political rights, Constitutional Chamber.*

El control de convencionalidad<sup>3</sup> es entendido –en su connotación nacional– como la labor que realizan quienes ejercen el Poder Público en los Estados Parte de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos<sup>4</sup> (en lo sucesivo, CADH), para aplicar sus disposiciones según las interpretaciones que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, Corte IDH), con el objetivo de lograr la mejor protección posible de estos derechos<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Ponencia impartida en el VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Congreso Derecho Administrativo de la Universidad Monteávila, el 11-11-2016.

<sup>2</sup> Abogado *Summa Cum Laude* por la Universidad Central de Venezuela, en la que cursa especialización en Derecho Administrativo. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP).

<sup>3</sup> Término acuñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 26-09-2006 (caso: *Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 154, párrafo 124. Disponible en <https://goo.gl/G70Uqd>.

<sup>4</sup> Adoptada en San José de Costa Rica el 22-11-1969 y suscrita por Venezuela en esa misma fecha, con ratificación del 23-06-1977.

<sup>5</sup> Véase, en general, Jinesta, Ernesto. “Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales”. *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garante de los derechos humanos reconocidos en la Constitución*. Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2013, pp. 261-282 y Ayala Corao, Carlos. “*Hacia el control de convencionalidad*”.

Basados en esta concepción, que precisaremos más adelante, de seguida efectuaremos una revisión de los criterios que ha fijado la Corte IDH en casos contenciosos que guardan relación, específicamente, con los derechos políticos –y que podrían dar cabida al ejercicio del control de convencionalidad por parte de los Estados Parte de la CADH, según veremos– consultando, con posterioridad, lo que ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo, SC/TSJ) respecto a estas decisiones de la Corte IDH.

## I. LA JUSTICIA CONVENCIONAL COMO PUNTO DE PARTIDA

Como bien expone Hernández-Mendible<sup>6</sup>, la “esencia de las obligaciones” de los Estados signatarios de la CADH parte de dos nociones fundamentales: primeramente, el respetar y garantizar los derechos y libertades que reconoce la Convención y, en segundo lugar, el adoptar las medidas necesarias para que lo anterior no quede *solo en el papel*. Es decir, que los Estados tendrán el deber de suprimir las normas y prácticas que sean contrarias a la Convención y consagrar otras que se encuentren en armonía con esta, y sean efectivas<sup>7</sup>.

Estas obligaciones, que resultan comunes a todo el Poder Público en su connotación vertical y horizontal, por lo que se verán materializadas en actuaciones de diferente naturaleza según la distribución constitucional de competencias de cada Estado<sup>8</sup>, se refuerzan, en criterio de Ayala Corao, con la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos a través de la tutela efectiva<sup>9</sup>; idea que comparte la CADH al prever, como “uno de los pilares básicos (...) del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática”<sup>10</sup>, que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso (...) ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (artículo 25.1).

Así las cosas, si a lo anterior sumamos que el artículo 33 de la CADH dispone que “[s]on competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los

---

*La justicia constitucional en el Estado social de Derecho*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2012, pp. 27-99. Este último autor define el control como “una consecuencia de la obligación internacional –y en varios casos también reforzada constitucionalmente–, de respetar, garantizar y proteger los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos, en este caso la CADH, conforme a las interpretaciones contenidas en la jurisprudencia de la Corte IDH”.

<sup>6</sup> Hernández-Mendible, Víctor. *El derecho y la justicia convencional interamericana como garantes para la sostenibilidad de la paz*. Consultado en original.

<sup>7</sup> Así se desprende, inclusive, de los artículos 1.1 y 2 de la CADH según los cuales, “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”, y “los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, respectivamente.

<sup>8</sup> Por ejemplo, podemos señalar el deber del Poder Legislativo de no sancionar y de derogar las leyes que coliden con la CADH y las interpretaciones de la Corte IDH, y del Poder Judicial de desapplicarlas las primeras en caso que el Legislativo obvie tal obligación.

<sup>9</sup> Ayala C., Carlos. *Hacia el control de convencionalidad...* *op. cit.*, p. 30.

<sup>10</sup> Véanse, por ejemplo, las sentencias del 27-11-1998 (caso: *Castillo Páez v. Perú. Reparaciones y costas*), serie C, N° 43, párrafo 106 y del 12-11-1997 (caso: *Suárez Rosero v. Ecuador. Fondo*), serie C, N° 35, párrafo 65. Disponibles en <https://goo.gl/A8vbQM> y <https://goo.gl/huZMR4>, respectivamente.

compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención” la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH, podremos constatar, entonces, la existencia de un control de convencionalidad *interno* –que corresponde a los órganos del Estado Parte– y un control de convencionalidad *externo*, que incumbe a los “medios de protección” que prevé la CADH; siendo el control interno catalogado también como *directo* y el externo como *subsidiario* o *complementario*, visto que, como señala la Corte IDH<sup>11</sup>, solo si en un caso determinado el primero no sancionó la vulneración de los derechos y libertades que prevé la CADH, es que el afectado podrá acudir al segundo<sup>12</sup>.

Es decir que, en caso de graves violaciones a los derechos humanos, el *control de convencionalidad externo* se activará, únicamente, si a nivel interno no se alcanzó la tutela efectiva de estos derechos e intereses<sup>13</sup> o, en palabras de Hernández-Mendible, cuando el *control de convencionalidad interno* “es incapaz de otorgar respuesta satisfactoria y efectiva –preventiva, investigativa, identificadora, sancionatoria, restablecedora y reparadora– a las personas que son potenciales víctimas o han sido víctimas de violación de los derechos humanos”, ya que “[I]o que subyace (...) es el derecho de las víctimas y sus familiares a la reparación y la obligación del Estado de erradicar la impunidad de los hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, mediante la determinación de la responsabilidad tanto del Estado, como de los agentes responsables”<sup>14</sup>; atendiendo –agregaría Ayala Corao– a los “estándares mínimos (...) definidos y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH”<sup>15</sup>.

De este modo, el control de convencionalidad, que “[t]iene por meta afianzar la supremacía de las convenciones y tratados de derechos humanos”<sup>16</sup>, operará como un límite al ejercicio del poder por parte de los Estados signatarios de la CADH (que, recordamos, forma parte del bloque de constitucionalidad<sup>17</sup>), siendo relevante destacar que las decisiones de la

<sup>11</sup> Sentencia del 06-12-2001 (caso: *Las Palmeras v. Colombia. Fondo*), serie C, N° 90, párrafo 33. Disponible en <https://goo.gl/C3ResD>.

<sup>12</sup> Según el artículo 44 de la CADH, “[c]ualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”, lo que debe leerse en concordancia con el encabezado del artículo 31 de la Constitución de la República conforme al cual, “[t]oda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos”.

<sup>13</sup> El derecho a la tutela efectiva se encuentra previsto, a nivel nacional, en el artículo 25 de la Constitución de la República.

<sup>14</sup> Hernández-Mendible, V. *El derecho y la justicia... op. cit.*

<sup>15</sup> Ayala C., Carlos. *Hacia el control de convencionalidad... op. cit.*, p. 38.

<sup>16</sup> Sagüés, Néstor Pedro. “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La ‘Constitución convencionalizada’”. *La justicia constitucional en el Estado social de Derecho*. Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, p. 391.

<sup>17</sup> Véase, en general, Ayala Corao, Carlos. “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”. *Derecho internacional de los derechos humanos*. México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 37-90. El autor expone que el tratado, como cualquier otro en materia de derechos humanos ratificado por Venezuela, tiene jerarquía constitucional por mandato del artículo 23 de la Constitución de la República, lo que genera la prevalencia de sus disposiciones cuando sean más favorables y la aplicación de su texto *in totum*, abarcando los derechos y órganos de protección que prevé.

Corte IDH –en realidad– solo serán vinculantes para las partes involucradas en el asunto resuelto (artículo 68.1 de la CADH<sup>18</sup>) por lo que, para al resto de los Estados, ellas servirán de referencia –significativa, claro está– a tomarse en cuenta para el *diálogo jurisprudencial*<sup>19</sup>, dependiendo su valor final del derecho consuetudinario procesal constitucional<sup>20</sup> a pesar de que la Corte IDH propugne que la norma convencional interpretada:

(...) en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana<sup>21</sup>.

Precisado lo que se entenderá por el control de convencionalidad a los efectos de esta colaboración, pasamos de seguida a conocer los criterios que ha sostenido la Corte IDH en materia de derechos políticos –al pronunciarse sobre el artículo 23 de la CADH– que habrían de ser *seguidos* luego por los Estados Parte.

## II. LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LA CADH Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

Según el artículo 23 de la CADH, todos los ciudadanos gozan de los siguientes “derechos y oportunidades” (numeral 1), pudiendo la ley regularlos “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal” (numeral 2):

- a. Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
- b. Votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.
- c. Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

En este sentido, al ser el ejercicio de los derechos políticos “un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás

<sup>18</sup> El artículo precisa que “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

<sup>19</sup> Véase Ayala C., Carlos. *Hacia el control de convencionalidad... op. cit.*, pp. 71-99.

<sup>20</sup> Véase Sagüés, N. P.: *Empalmes entre el control de... op. cit.*, pp. 392-393. El autor indica que el éxito de este control está atado al mérito intrínseco de las sentencias que emita la Corte IDH y la voluntad de seguimiento de los tribunales y salas constitucionales de los Estados Parte.

<sup>21</sup> Resolución del 20-03-2013 (caso: *Gelman v. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia*), párrafo 69. Disponible en <https://goo.gl/2UJO7K>. La Corte distingue este del caso en que el Estado es parte y, por ende, al tener la sentencia internacional carácter de cosa juzgada, es deber de sus órganos e instituciones garantizar que se materialice la decisión.

derechos humanos previstos en la Convención<sup>22</sup> –ya que propician “el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político”<sup>23</sup>– ellos solo podrán restringirse<sup>24</sup> cuando se cumplan los principios de (1) *Legalidad*, al preverse los supuestos de hecho y consecuencias jurídicas en una ley en sentido formal y material; (2) *Finalidad*, al coincidir la causa que se invoque para justificar la restricción con el interés general, el bien común, la seguridad y los derechos de los demás, según los artículos 30 y 32.2 de la Convención; (3) *Necesidad*, al satisfacerse con la limitación el interés público; y (4) *Proporcionalidad*, al tender a la menor intervención posible del derecho protegido ajustándose esta al objetivo legítimo perseguido<sup>25</sup>; siendo relevante recordar que cualquier limitación habrá de interpretarse de forma restrictiva<sup>26</sup> y no podrá atentar contra el núcleo esencial del derecho<sup>27</sup>, pues ella no afectará solamente al sujeto sobre el que recaiga la medida sino a la comunidad que él representa pudiendo vulnerarse – por vía de consecuencia– el derecho de esta última a participar y dirigir funciones públicas en entidades estatales a través de sus representantes<sup>28</sup>.

De este modo, y atendiendo a lo precisado al inicio de esta ponencia sobre las decisiones de la Corte IDH como *referencia* o *cosa juzgada*, según el rol del Estado en el asunto decidido, consideramos acertado dividir los criterios jurisprudenciales de este medio de protección internacional, relacionados con los derechos políticos, en dos grupos. A saber: los casos en los que Venezuela no fue parte y los casos en los que sí participó con tal carácter.

#### 1. *Los criterios de la Corte IDH en casos ajenos a Venezuela*

En materia de derechos políticos, los casos más importantes de la Corte IDH –tomando como referencia la frecuencia con la que suelen ser citados– son *Yatama v. Nicaragua* y *Castañeda Gutman v. México*.

En el *primero* de ellos<sup>29</sup>, la Corte IDH señaló, entre otros, que los Estados deben generar las condiciones y mecanismos óptimos para que estos derechos “puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación” (párrafo 195), recordando que, si bien los derechos en cuestión “no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones” (párrafo 206), estas últimas no pueden convertirse en un “impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria dicha participación, privando a tales derechos de su contenido esencial” (párrafo 204).

<sup>22</sup> Sentencia del 29-05-2014 (caso: *Norín Catrimán y otros v. Chile. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 279, párrafo 383. Disponible en <https://goo.gl/huC3Zz>.

<sup>23</sup> Sentencia del 25-05-2010 (caso: *Chitay Nech y Otros v. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, excepciones y costas*), serie C, N° 212, párrafo 107. Disponible en <https://goo.gl/NTpSpD>.

<sup>24</sup> Entendiendo por tal restricción, según la Corte IDH, las “condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos” –tales como edades mínimas y vínculos con el lugar donde se ejerce el derecho– “[s]iempre que no sean desproporcionad[as] o irrazonables”. Sentencia del 20-11-2014 (caso: *Argüelles y otros v. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, excepciones y costas*), serie C, N° 288, párrafo 222. Disponible en <https://goo.gl/UmL7Gf>.

<sup>25</sup> *Ibid.*, párrafos 225 a 227.

<sup>26</sup> Sentencia del 05-10-2015 (caso: *López Lone v. Honduras. Excepciones preliminares, fondo, excepciones y costas*), serie C, N° 302, párrafo 172. Disponible en <https://goo.gl/umbVrO>.

<sup>27</sup> Tal es así que según el artículo 27.2 de la CADH estos derechos se encuentran dentro de los que no pueden suspenderse siquiera en los estados de excepción.

<sup>28</sup> Caso: *Norín Catrimán y otros v. Chile, op. cit.*, párrafo 384.

<sup>29</sup> Sentencia del 23-06-2005 (caso: *Yatama v. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 127. Disponible en <https://goo.gl/FdRr79>.

En este orden de ideas, continúa la Corte IDH, la obligación de garantizar los derechos políticos no se satisface “con la sola expedición de normativa que [los] reconozca formalmente”, sino que se requerirá que “el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales” (párrafo 201), atendiendo para ello a *estándares mínimos* que aseguren “la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo” (párrafo 207), con indicaciones precisas y sin ambigüedades de los requisitos y procedimientos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral (párrafos 206 y 212)<sup>30</sup>.

De este modo, la Corte IDH concluyó que:

- a. *La participación política*: prevista en el artículo 23.1.A de la CADH, incluye “diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados [sic], con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa” (párrafo 196).
- b. *Los derechos al voto y a ser elegido*: consagrados en el artículo 23.1.B *ejusdem*, son “la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política” (párrafo 197) ya que, a través del primero, los ciudadanos hacen efectiva esta participación como uno de los “elementos esenciales para la existencia de la democracia” (párrafo 198) y, mediante el segundo, ellos “pued[e]n postularse como candidatos en condiciones de igualdad y (...) ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello” (párrafo 199).
- c. *El acceso a la función pública*: regulado en el artículo 23.1.C *ejusdem*, comprende la protección de una “forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas”, que abarca tanto a “la función pública por elección popular como por nombramiento o designación” (párrafo 200).

Finalmente, la Corte indicó que “[l]as decisiones que emiten los órganos internos en materia electoral pueden afectar el goce de los derechos políticos. Por lo tanto, en dicho ámbito también se deben observar las garantías mínimas consagradas en el artículo 8.1 de la Convención, en cuanto sean aplicables al procedimiento respectivo”<sup>31</sup> (párrafo 150).

<sup>30</sup> Sobre la vaguedad en el uso del lenguaje y cómo esta favorece la aplicación arbitraria del Derecho en perjuicio de los derechos de los particulares, autores como Delgado han apuntado que esta situación “convierte la certeza del derecho en una fantasía” ya que “no le deja saber a los ciudadanos qué es exactamente lo que las normas ordenan o prohíben ni cuáles son los límites precisos de sus derechos subjetivos”, transformándose el ordenamiento en “una abigarrada masa de artículos susceptibles de servir de fundamento para cualquier decisión”. Véase Delgado, V. *La reconstrucción del derecho venezolano*. Editorial Galipán, Caracas 2012.

<sup>31</sup> El artículo 8.1 de la CADH hace referencia al debido proceso, precisando que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (...)”.

Por lo que respecta al *segundo* de los casos traídos a colación<sup>32</sup>, en él la Corte IDH arguyó que “[l]os ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos [*sic*] o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos” (párrafo 147) y que “la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos”, sino se limita a “determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos”, tomando en cuenta “las características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y (...) los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular)” (párrafo 149), “de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos” (párrafo 166).

Adicionalmente, la Corte IDH estableció que es obligación de los Estados el “diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos”, visto que “la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos” –como lo son los “aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y la adopción de medidas de diverso carácter”– pues, sin ellas, “los derechos a votar y a ser votado, simplemente, no podrían ser ejercidos” (párrafos 157 y 159).

Ahora bien, aun cuando los dos casos citados son los más relevantes en materia de derechos políticos, sería errado sostener que no existen otros criterios de interés asentados por la Corte IDH en asuntos diferentes. En este sentido, y a modo meramente enunciativo<sup>33</sup>, la Corte indicó:

- a. *En relación con otros derechos*: los derechos políticos están íntimamente relacionados con la nacionalidad –pues su privación de modo arbitrario impide su ejercicio<sup>34</sup>– y la asociación, reunión y expresión que, en conjunto, “hacen posible el juego democrático” en situaciones de normalidad y de ruptura institucional ya que, en este último caso, permiten manifestar “contra la actuación de los poderes estatales contraria al orden constitucional”, lo que hace imperativo que todos estos derechos gocen de la “máxima protección posible”<sup>35</sup>.

Ello lo reafirma la Corte al precisar que la defensa de la democracia “constituye una específica concretización del derecho a participar en los asuntos públicos y comprende a su vez el ejercicio conjunto de otros derechos”<sup>36</sup>, y que “las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es

<sup>32</sup> Sentencia del 06-08-2008 (caso: *Castañeda Gutman v. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 184. Disponible en <https://goo.gl/X9PWDO>.

<sup>33</sup> Otros criterios pueden consultarse, además de en el archivo de la Corte IDH disponible en su página web ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)), en Dalla Via, Alberto Ricardo. “Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista Justicia Electoral*. Cuarta etapa. Vol. 1. N° 8. México D.F. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011, pp. 15-79.

<sup>34</sup> Sentencia del 30-05-1999 (caso: *Castillo Petrucci v. Perú. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 52, párrafo 100. Disponible en <https://goo.gl/Jmitqj>.

<sup>35</sup> Caso: *López Lone v. Honduras, op. cit.*, párrafo 160.

<sup>36</sup> Sentencia del 10-10-2013 (caso *Luna López v. Honduras. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 269, párrafo 164. Disponible en <https://goo.gl/6VVEKH>.

posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad”, debiendo su participación, en consecuencia, “ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”<sup>37</sup>.

- b. *En relación con la permanencia en el cargo*: según la Corte, cuando un sujeto es destituido “por medio de un procedimiento que no estaba establecido legalmente y que no respetó las garantías de competencia, independencia e imparcialidad”, se quebranta “el derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad”<sup>38</sup>. Esta situación se agrava si el sujeto es un juez ya que “se vulnera el derecho a la independencia judicial (...) en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público”<sup>39</sup>.
- c. *En relación con las minorías*: la representación de grupos en situaciones de desigualdad –con énfasis en los indígenas– es un “prerrequisito necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades (...) dentro de un Estado plural y democrático”<sup>40</sup>, motivo por el cual debe garantizarse su participación “de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones”<sup>41</sup>.

## 2. *Los criterios de la Corte IDH en casos de Venezuela*

Basados en lo dicho al inicio de esta colaboración, los criterios anteriores serían aplicables a Venezuela de forma *indirecta*, visto que el país no era parte del conflicto y, por lo tanto, las decisiones no le eran oponibles con valor de cosa juzgada, aun cuando en aplicación del principio de buena fe que rige al Derecho Internacional Público ellas habrían de ser tomadas en cuenta a nivel interno<sup>42</sup>.

Sin embargo, esta situación cambia en los casos *Apitz Barbera y otros*, *Reverón Trujillo*, *Chocrón Chocrón*, y *López Mendoza* pues, en todos ellos, Venezuela era parte involucrada y, como tal, las decisiones de la Corte IDH eran vinculantes, a pesar de lo que luego se dijese a nivel interno.

En este sentido, en los primeros tres casos –que giraron sobre la idea de la independencia judicial y los jueces temporales– la Corte IDH se pronunció sobre el acceso a la función pública (artículo 23.1.C de la CADH), indicando que la Convención “no establece el derecho a acceder a un cargo público” sino a hacerlo en “condiciones generales de igualdad” –debiendo “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución”

<sup>37</sup> Sentencia del 26-05-2013 (caso: *Cepeda Vargas v. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 213, párrafo 173. Disponible en <https://goo.gl/k2qySm>.

<sup>38</sup> Caso: *López Lone v. Honduras, op. cit.*, párrafo 238.

<sup>39</sup> Sentencia del 28-08-2013 (caso: *Camba Campos y otros v. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 268, párrafo 199. Disponible en <https://goo.gl/1PL0o0>.

<sup>40</sup> Caso: *Chitay Nech y Otros v. Guatemala, op. cit.*, párrafo 113.

<sup>41</sup> Sentencia del 25-11-2015 (caso: *Pueblo Kaliña v. Surinam. Fondo, reparaciones y costas*). Serie C, N° 309, párrafo 203. Disponible en <https://goo.gl/Erl7Mb>.

<sup>42</sup> Véase C. Ayala C.: *Hacia el control de convencionalidad... op. cit.*, pp. 40-42.

ción [ser] razonables y objetivos”<sup>43</sup>—, que el artículo “constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede”<sup>44</sup>, y que “la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en el cargo garantizan la libertad frente a toda injerencia o presión política”<sup>45</sup>.

Por su parte, en el último de los casos nombrados<sup>46</sup> —que versó sobre la inhabilitación política de Leopoldo López por parte de la Contraloría General de la República— la Corte IDH señaló en el párrafo 107 de su decisión que:

El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. 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.

De este modo, al estar “plenamente probado que [al ciudadano] se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido” (párrafo 108), la Corte IDH determinó que “el Estado violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana” (párrafo 109)<sup>47</sup>.

Finalmente, como parte de la garantía de no repetición, la Corte IDH estipuló en el párrafo 225 de su decisión que “el Estado deberá, en un plazo razonable, adecuar el artículo 105 de la LOCGRSNCF de acuerdo a lo señalado en los párrafos 199, 205 y 206 de esta Sentencia”<sup>48</sup>, destacando en el párrafo 226 que:

<sup>43</sup> Sentencia del 05-08-2008 (caso: *Apitz Barbera y otros v. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 182, párrafo 206. Disponible en <https://goo.gl/rFQrt9>.

<sup>44</sup> Sentencia del 30-06-2009 (caso: *Reverón Trujillo v. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 197, párrafo 138. Disponible en <https://goo.gl/UiQS8a>.

<sup>45</sup> Sentencia del 01-07-2011 (caso: *Chocrón Chocrón v. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 227, párrafo 135. Disponible en <https://goo.gl/UiQS8a>. Se destaca que la Corte IDH precisó que el Estado venezolano, además de “adecuar su legislación” a los estándares de la CADH en cuanto a la no libre remoción de jueces provisorios, debía ejercer sus funciones “adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso” y “[c]on base en el control de convencionalidad, se debe disponer el conocimiento de los hechos que supongan dejar sin efecto nombramientos, remover o destituir jueces temporales o provisorios a la autoridad competente, en el marco de un proceso en el que la persona involucrada pueda ejercer su derecho defensa [sic], se cumpla con la obligación de motivar la decisión y pueda acceder a un recurso efectivo, garantizando la permanencia debida en el cargo” (párrafo 172).

<sup>46</sup> Sentencia del 01-09-2011 (caso: *López Mendoza v. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 233. Disponible en <https://goo.gl/K7PVhH>.

<sup>47</sup> En voto concurrente razonado, el Juez García-Sayan apuntó que lo relevante es que la sanción sea impuesta por una autoridad judicial, independientemente que sea o no penal, y que ella sea proporcional y previsible (párrafos 16 y 17). Lo que tampoco ocurrió en este caso por ser la sanción accesoria (inhabilitación) más gravosa que la principal (multa).

<sup>48</sup> Entiéndase por LOCGRSNCF la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23-

Sin perjuicio de ello, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Todo lo cual llevó a la Corte IDH a concluir que “independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (...), con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso” (párrafo 228).

### III. EL ACTUAR DE LA SC/TSJ EN RELACIÓN CON LOS CRITERIOS SOSTENIDOS POR LA CORTE IDH, EN CUANTO A LOS DERECHOS POLÍTICOS

Hemos visto cómo la Corte IDH –actuando como último y verdadero intérprete de la CADH– ha fijado determinados criterios a favor de los derechos políticos en diferentes causas, algunas de las cuales Venezuela fue parte.

Con base en estas decisiones, por ejemplo, los derechos políticos tienen una connotación personal y social; su limitación debe satisfacer los principios de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad; los Estados están obligados a regular y garantizar con claridad las condiciones que permitan su ejercicio efectivo sin discriminación y tomando en cuenta a las minorías y la oposición; la participación política permite intervenir en la designación de quienes dirigirán los asuntos públicos, pudiendo quienes obtengan los votos necesarios ocupar cargos públicos; y toda decisión de órganos internos que pueda afectar los derechos políticos –con especial mención a la permanencia en el cargo– debe darse en el marco del debido proceso y garantizándose la imparcialidad e independencia de quien decide.

En este sentido, y partiendo del concepto de control de convencionalidad con el que iniciamos esta colaboración, el Poder Público venezolano –con inclusión del Poder Judicial, en el que se encuentra inserta la SC/TSJ– habría de ejercer sus funciones dentro de estas líneas. Más aún, si el criterio fue emitido en un caso en el que el Estado venezolano fue parte.

Muestra de esta aseveración, aunque antes de la existencia de la SC/TSJ, es el fallo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 14-10-1997 en la que, al declararse la inconstitucionalidad de la Ley de Vagos y Maleantes, se hizo alusión a que “instituciones defensoras de los derechos humanos” habían “exhortado al gobierno venezolano a adoptar e imple-

---

12-2010. Los párrafos indicados hacen referencia al amplísimo plazo dentro del cual se pueden imponer las sanciones accesorias en contra de la seguridad jurídica y la previsibilidad de la sanción.

mentar una serie de recomendaciones, a los efectos de reducir las violaciones a los derechos humanos, derivadas de la aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes”<sup>49</sup>.

Sin embargo, al consultar la jurisprudencia de la SC/TSJ no encontramos ninguna decisión en términos semejantes al precedente citado pues, si bien esta llegó a dar aplicación inmediata y directa a la CADH por considerarla más favorable –mayoritariamente, en cuanto al principio de doble instancia<sup>50</sup>– la misma es renuente a aplicar los criterios de la Corte IDH, independientemente de si Venezuela fue o no parte del caso respectivo, pues, en su criterio<sup>51</sup>, el artículo 23 de la Constitución de la República<sup>52</sup> “[s]e refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos”, por lo 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”, sin que tal competencia pueda “quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país”.

Bajo este argumento, la Sala precisó que “[a] las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución”, ya que “[l]a Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno”<sup>53</sup>.

No obstante lo anterior, debemos acotar que este rechazo no es *absoluto* ya que, ante supuestos como las leyes de amnistía, la SC/TSJ recientemente acudió a la jurisprudencia de la Corte IDH para declarar que “[e]n el caso de las amnistías, resulta esclarecedor el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contenido en la sentencia del 24 de febrero de 2011 (caso: ‘*Gelman vs. Uruguay*’)” que “es cónsono con anteriores pronunciamientos en la materia, como se advierte de la lectura de los fallos en los casos: *Barrios Altos vs. Perú del 2001*; *La Cantuta vs. Perú del 2006*; *Almonacid Arellano vs. Chile, del 2006*; y *Gomes Lund vs. Brasil, del 2010*”<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> Véase Ayala C., Carlos. *La jerarquía constitucional de los... op. cit.*, p. 68.

<sup>50</sup> Véanse los fallos N° 87 del 14-03-2000 (caso: *ELECENRO y otro*) y 328 del 09-03-2001 (caso: *Giovanni Selvaggio*), disponibles en <https://goo.gl/smh8fp> y <https://goo.gl/dihW84>, respectivamente. Luego se produjo un cambio de criterio que limitó la doble instancia a las causas penales, pudiendo el legislador determinar su procedencia en el resto, según quedó asentado en el fallo N° 2667 del 25-10-2002 (caso: *Eluzai Andarcia*). Disponible en <https://goo.gl/LRp4Iv>.

<sup>51</sup> Fallo N° 1942 del 15-07-2003 (caso: *Rafael Chavero*), ratificado –entre otros– en 264 del 11-04-2016 (caso: *Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional*). Disponibles en <https://goo.gl/JJjnNJ> y <https://goo.gl/2Jqb5D>, respectivamente.

<sup>52</sup> Según él, “[l]os 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 en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

<sup>53</sup> Fallo 1942/2003, ya citado.

<sup>54</sup> Véase fallo N° 264/2016, ya citado. Curiosamente, más adelante, la SC/TSJ *recordó* que las decisiones de la Corte IDH son inejecutables, violan la soberanía nacional y que “si bien Venezuela ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) y (...) reconoció expresamente las

Pronunciamientos similares podemos encontrar en materia de desaparición forzada de personas<sup>55</sup> y el derecho a la vida<sup>56</sup> a pesar de que, cuando el precedente de la Corte IDH es traído a colación por una de las partes, la postura de la SC/TSJ varía entre aseverar que “[p]or supuesto, esta Sala tomará en consideración los criterios de la Comisión y de la Corte, consciente de su importancia dentro del marco de respeto de los derechos humanos en el continente latinoamericano”<sup>57</sup>, y que “el solicitante reseñó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de que no tiene carácter vinculante en la República”<sup>58</sup>.

1. *En relación con el artículo 23 de la CADH*

Volviendo a la materia que nos ocupa (fallos de la SC/TSJ en relación con los derechos políticos según la CADH y la Corte IDH), podemos precisar que las únicas citas *in extenso* del artículo 23 de la CADH en la jurisprudencia de la SC/TSJ responden a diferentes votos salvados de Pedro Rondón Haaz, en los que el Magistrado fijó su posición sobre la inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>59</sup>, que manifestó originalmente en el voto salvado del fallo N° 1265 del 05-08-2008, por medio del cual la Sala declaró sin lugar la demanda de nulidad intentada contra dicho artículo<sup>60</sup>.

En este sentido, en el voto salvado indicado –que se reitera en, al menos, otras cuatro ocasiones<sup>61</sup>– el Magistrado precisó que “la suspensión del ejercicio de los derechos políticos

---

competencias de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia, la denuncia produjo efecto el 10 de septiembre de 2013, por lo que, a partir de allí, el Estado venezolano está desligado de las obligaciones contenidas en esta Convención”.

<sup>55</sup> En el fallo N° 1674 del 09-11-2011 (caso: *Juan Tabares y otros*) la SC/TSJ cita los casos de la Corte IDH de Gómez Palomino v. Perú, Velásquez Rodríguez v. Honduras y Heliodoro Pulgar v. Panamá. Ello fue reiterado en el fallo N° 818 del 18-10-2016 (caso: *Mery Gómez y otros*). Disponibles en <https://goo.gl/Nyhn8c> y <https://goo.gl/tjyPle>, respectivamente.

<sup>56</sup> En el fallo N° 864 del 21-06-2012 (caso: *Juan Tabares y otros*) la Sala cita el caso de *Baldeón García v. Perú* conocido por la Corte IDH. Disponible en <https://goo.gl/U3ShWg>.

<sup>57</sup> Fallo N° 1411 del 27-07-2004 (caso: *José Calvo Otero*). Disponible en <https://goo.gl/8PwRA2>.

<sup>58</sup> Fallo N° 1834 del 19-12-2013 (caso: *Martín Sucre*). Disponible en <https://goo.gl/1XTT8W>.

<sup>59</sup> Publicada en Gaceta Oficial N° 37.347 del 17-12-2001. Reformada según N° 6.013 Extraordinario del 23-12-2010.

<sup>60</sup> Entre otros argumentos, la Sala indicó que la CADH “en relación a los derechos políticos, [en] el artículo 23.2, admite la ‘reglamentación’ de los mismos mediante ley” pero “no alude a restricción en el ejercicio”, por lo que “es posible (...) restringir derechos y libertades, siempre que sea mediante ley, en atención a razones de interés general, seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común”. Adicionalmente, la SC/TSJ destacó que “en el supuesto negado de que exista una antinomia entre el artículo 23.2 y la Constitución de la República (...), la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática. En efecto, el artículo 23 constitucional exige para la aplicación preferente del tratado, pacto o convención relativos a derechos humanos, que éstos contengan normas más favorables a las de la Constitución”, concluyendo la Sala que “[I]o previsto en el artículo 23.2 no puede ser invocado aisladamente, con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional, contra las competencias y atribuciones de un Poder Público Nacional”. Disponible en <https://goo.gl/N7RPSu>.

<sup>61</sup> Fallos N° 1266 del 06-08-2008 (caso: *Nidia Gutiérrez de Atencio*), 1738 del 12-11-2008 (caso: *María Hernández*), 1920 del 02-12-2008 (caso: *Gloria González*) y 1063 del 03-11-2010 (caso: *Contraloría General de la República*). Disponibles en <https://goo.gl/TfEth4>, <https://goo.gl/Ovwxae>, <https://goo.gl/sZTM7h> y <https://goo.gl/3w82pq>, respectivamente.

sólo procede mediante sentencia judicial firme”, debiendo esta “entenderse necesariamente como sentencia condenatoria que recaiga en proceso penal, según lo preceptúa la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma de jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución de 1999”, al determinar la CADH “cuáles son esas condiciones de aptitud que puede regular el legislador en relación con el derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular. Así, se lee del artículo 23 de esa Convención”.

No obstante lo anterior, tenemos conocimiento de dos menciones puntuales al artículo 23 de la CADH por la SC/TSJ: la *primera*, cuando aseveró que “las restricciones al derecho de participación política, derecho consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República (...), así como en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben ser expresas, y figurar en la Carta Magna o en leyes en sentido formal”<sup>62</sup>, y, la *segunda*, al señalar 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 (...) como un proceso en el cual se establece una comunicación permanente entre (...) representantes y sus representados” estando el “proceso de profundización de la cultura democrática (...) reforzado en sus propósitos por el marco jurídico internacional, suscrito y ratificado por la República (...) siendo ejemplo de ello lo dispuesto en los artículos (...) 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrantes todos ellos del llamado bloque de la constitucionalidad”<sup>63</sup>.

## 2. En relación con los criterios de la Corte IDH sobre derechos políticos en casos ajenos a Venezuela

Por lo que respecta a los criterios de la Corte IDH en los casos ajenos a Venezuela que mencionamos en esta colaboración, al revisar la jurisprudencia de la SC/TSJ encontramos que en ella solo se citan las decisiones del caso *Yatama* –en votos salvados y concurrentes del Magistrado Pedro Rondón Haaz<sup>64</sup>– y Castillo Petrucci –no en relación con el criterio asentado por la Corte, sino que la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú había declarado inejecutable la decisión<sup>65</sup>–, siendo inexistente cualquier mención a los casos *Camba Campos*, *Castañeda Gutman*, *Cepeda Vargas*, *Chitay Nech*, *López Lone*, *Luna López* y *Pueblo Kaliña*.

<sup>62</sup> Fallo N° 1173 del 15-06-2004 (caso: *Esteban Gerbasi*), reiterado en 3026 del 14-12-2004 (caso: *Henry Pereira*), 1326 del 19-10-2009 (caso: *Janeth Hernández*) y 1063/2010, ya citado. Disponibles en <https://goo.gl/BkYgMc>, <https://goo.gl/5jnlzZ> y <https://goo.gl/lcrZF6>, respectivamente.

<sup>63</sup> Fallo N° 23 del 22-01-2003 (caso: *Harry Gutiérrez Benavides y otro*). Disponible en <https://goo.gl/rbzUiF>.

<sup>64</sup> El Magistrado hizo referencia a la doble dimensión del sufragio como derecho individual a ser elegido y social a elegir como materia de orden público (fallo N° 857 del 29-05-2008, caso: *Cioly Zambrano y otros*. Reiterado en 1265 del 05-08-2008, caso: *Ziomara Lucena*) y a que la participación política de forma individual u organizada daría lugar a acciones por intereses difusos (fallo N° 1994 del 25-10-2007, caso: Iván González y otros. Reiterado en 1999 del 25-10-2007, caso: Luis Castro y otros; 2206 del 27-11-2007, caso: *Yon Goicochea*; 2211 del 29-11-2007, caso: *Claudia Nikken y otro*; 48 del 03-02-2009, caso: *Andrés Martínez y otro*; 50 del 03-02-2009, caso: *Yanyna Farache y otro*; 52 del 03-02-2009, caso: *Oscar Arnal*; y 289 del 21-04-2010, caso: *Fidel Madroñero*). Disponibles en <https://goo.gl/gFMUqK>, <https://goo.gl/tCIVQu>, <https://goo.gl/-JCD9Rg>, <https://goo.gl/hvHqs9>, <https://goo.gl/CdKXVo>, <https://goo.gl/MTiKTL>, <https://goo.gl/r04Jt6>, <https://goo.gl/Dc8GyA>, <https://goo.gl/wQU0hj> y <https://goo.gl/k5zlsn>, respectivamente.

<sup>65</sup> Fallo N° 1939 del 18-12-2008 (caso: *Apitz Barbera y otros*). Disponible en <https://goo.gl/YMJ6lc>.

3. *En relación con los criterios de la Corte IDH sobre derechos políticos en casos de Venezuela*

Finalmente encontramos los casos en los que Venezuela fue parte y cuyas decisiones habría de cumplir según –en adición a la normativa internacional– el único aparte del artículo 31 de la Constitución de la República de acuerdo al cual “[e]l Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”.

Al respecto, podemos destacar la existencia de dos grupos:

- a. *Decisiones ignoradas por el Estado venezolano*: aun cuando la SC/TSJ no declaró la inejecutabilidad de las decisiones de la Corte IDH en los casos *Reverón Trujillo y Chocrón Chocrón* (o emitió cualquier pronunciamiento al respecto), el Estado tampoco dio cumplimiento a lo ordenado por el medio de protección internacional<sup>66</sup>, fortaleciendo así la llamada *doctrina de inejecución de sentencias internacionales*<sup>67</sup>.
- b. *Decisiones declaradas como inejecutables por la SC/TSJ*: ocurrió en los casos *Apitz Barbera y otros*, y *López Mendoza*.

En el primero de ellos<sup>68</sup>, la SC/TSJ expuso que “la Corte (...) no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, pues la Convención coadyuva o complementa el texto fundamental”, y “en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional”.

En este sentido, como la Corte IDH no se limitó “a ordenar una indemnización por la supuesta violación de derechos”, sino que “utilizó el fallo (...) para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia”, la Sala decidió que el fallo era inejecutable y, adicionalmente, consideró oportuno solicitar “al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar esta Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte”; *aclorando*, en el mismo fallo, que “[n]o se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte (...), ni de desconocer el tratado (...) que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según

<sup>66</sup> Véanse las resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias del 20-11-2015 de la Corte IDH en relación con los casos *Reverón Trujillo y Chocrón Chocrón*. Disponibles en <https://goo.gl/vD6P04> y <https://goo.gl/WJBcUS>, respectivamente.

<sup>67</sup> Véase Ayala Corao, Carlos. “La doctrina de la ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”. *La justicia constitucional y su internacionalización*, tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F. 2010, pp. 85-157. El autor indica como parte de esta *doctrina* el sometimiento de las sentencias internacionales al derecho interno y la creación del “*exequatur* de constitucionalidad”.

<sup>68</sup> Fallo N° 1939/2008, ya citado.

lo dispone el artículo 68 de la Convención (...), sino de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno”<sup>69</sup>.

Por su parte, en el caso López Mendoza<sup>70</sup>, la Sala sostuvo una argumentación similar a la del caso anterior, agregando que el “control constitucional (...) implica lógicamente un ‘control de convencionalidad’ (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano)”, y que “[l]a prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas” sobre aquellas convenciones que reconocen los derechos humanos de individuos (a saber, la CADH)<sup>71</sup>.

### REFLEXIÓN FINAL

En el último acápite de esta ponencia hemos constatado cómo la SC/TSJ, a través de diferentes decisiones, da a conocer su desdén no solo respecto al control de convencionalidad –cuestión que no resulta extraña si recordamos que por medio de sus fallos la Sala ha tergiversado el ordenamiento jurídico en pleno arrogándose funciones de otros Poderes Constituidos e, inclusive, del Poder Constituyente– sino, también, en cuanto a la propia CADH, llegando a *solicitar* su denuncia. Lo que luego contaría con la anuencia de la Asamblea Nacional<sup>72</sup> y del propio Poder Ejecutivo, que hizo *efectiva* tal suplica a partir del año 2013<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> La Corte IDH manifestó su *descontento* con este fallo mediante resolución del 23-11-2012 en la que, entre otros, recordó al Estado venezolano que “[l]a obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*)” y que “los Estados Partes en la Convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones”. Disponible en <https://goo.gl/mbXFY3>.

<sup>70</sup> Fallo N° 1547 del 17-10-2011. Disponible en <https://goo.gl/KjRqxi>.

<sup>71</sup> Por resolución del 20-11-2015 la Corte IDH dejó asentado el incumplimiento de su decisión en términos análogos a los reseñados en el caso *Apitz Barbera*. Disponible en <https://goo.gl/zFPWgl>.

<sup>72</sup> Véanse los acuerdos de la Asamblea Nacional “en respaldo a la propuesta del Jefe de Estado y Jefe de Gobierno venezolano Comandante Presidente Hugo Chávez Frías de considerar la posibilidad de retirar a la República Bolivariana de Venezuela de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” y “en respaldo a la denuncia sobre la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) por parte de la República Bolivariana de Venezuela”, publicados en Gaceta Oficial N° 39.919 del 10-05-2012 y 40.247 del 10-09-2013, respectivamente.

<sup>73</sup> Si bien profundizar sobre este punto excedería el objeto de esta colaboración, se recomienda la consulta de Hugo Chávez Frías y Nicolás Maduro Moros: *Denuncia y salida de Venezuela de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*. Caracas. Imprenta Nacional y Gaceta Oficial, 2013; Ayala Corao, Carlos. “Inconstitucionalidad de la denuncia de la convención americana sobre derechos humanos por Venezuela”. *Revista Estudios Constitucionales*. Vol. 10. N° 2. Talca. Universidad de Talca, 2012, pp. 643-682; Jiménez, María Ochoa. “La protección de los derechos humanos en Venezuela frente a la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Vol. 25. N° 1. Heredia. Universidad Nacional de Costa Rica, 2014, pp. 195-211; y Allan Brewer-Carías: *El carácter vinculante de las de-*

Este desprecio a la Convención derivó, en parte, de que para la Sala ella “es una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal”. Por ende, al no prever la CADH “norma alguna sobre derechos sociales (...), ni tampoco (...) previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa”, se hacía imperativo concluir que “deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos (...) sobre los intereses particulares”<sup>74</sup> y, en consecuencia, debía *sacrificarse* la CADH en beneficio del interés general.

Lo anterior –también en criterio de la SC/TSJ– no equivalía a una violación de la progresividad de los derechos humanos, pues “el contenido y alcance de las disposiciones de la Constitución de la República (...), en materia de derechos humanos, se erigen en uno de los sistemas jurídicos de mayor y más completo desarrollo en materia de libertades fundamentales y garantías”, motivo por el cual, dicho alcance y contenido de los derechos fundamentales “debe ser abordado a partir del desarrollo hermenéutico ya alcanzado en ese ámbito, en los precisos términos de los artículos 19 y 22 *eiusdem*, siendo nula cualquier actuación en contrario por parte de los órganos que ejercen el Poder Público”<sup>75</sup>.

En pocas palabras: la *desaparición* de la CADH y la Corte IDH no se traduciría en una violación al principio de progresividad de los derechos humanos porque la SC/TSJ sería la llamada a garantizarlos y protegerlos, siguiendo para ello el desarrollo que estos derechos poseen a nivel nacional (e internacional).

No obstante, aun cuando esta Sala manifestó, por ejemplo, que “el derecho a la participación política se encuentra establecido dentro de los derechos políticos de los ciudadanos, como mecanismo de participación directa de éstos en la gestión pública, mediante el ejercicio del voto o a través de los diferentes medios de participación establecidos en el artículo 70 del Texto Constitucional”<sup>76</sup> –por lo que podría afirmarse que para su protección la SC/TSJ no habría siquiera de acudir a la figura del control de convencionalidad, al estar la norma constitucional y la convencional en sintonía– no cabe duda que tal protección no se ha materializado sino, más bien, es una realidad que la SC/TSJ ha atentado de forma sistemática contra la participación política, tal como puede observarse –en adición a las decisiones citadas en acápites anteriores– en los fallos dictados con ocasión del cambio de conformación política de la Asamblea Nacional<sup>77</sup>, al consentir este cuerpo decisor que los diputados de una determinada circunscripción electoral sean separados de sus cargos e impedir –reiteradamente–

---

*ciones de los tribunales internacionales y su desprecio por los gobiernos autoritarios: el caso de Venezuela.*

<sup>74</sup> Fallo 1265/2008, ya citado.

<sup>75</sup> Fallo N° 562 del 21-05-2013 (caso: *Otoniel Pautt Andrade*), reiterado en N° 1652 del 20-11-2013 (caso: *Guillermo Pastor Cadena Ríos*). Disponibles en <https://goo.gl/CeyGPe> y <https://goo.gl/-BsibMy>, respectivamente.

<sup>76</sup> Fallo N° 203 del 25-03-2014 (caso: *Municipio Chacao*). Disponible en <https://goo.gl/ujBaaA>.

<sup>77</sup> Conforme a resultados oficiales, la alianza opositora Mesa de la Unidad Democrática (MUD) obtuvo 109 escaños (65,27%) mientras que el partido oficialista solo 55 (32,93%). Los 3 escaños restantes (1,80%) pertenecen a la representación indígena que, vale decir, también es de tendencia opositora. Véase CNE (2016, 06 de diciembre). “Divulgación elecciones parlamentarias”. Disponible en <http://goo.gl/9isJGW>.

que los representantes electos por la ciudadanía ejerzan funciones inherentes a su cargo como lo son la función legislativa y el control político y presupuestario<sup>78</sup>.

Todo ello, en clara contradicción con los derechos consagrados en la CADH e interpretados por la Corte IDH según se vio en esta colaboración y que, según la SC/TSJ, serían garantizados por ella asegurando en todo momento el “desarrollo hermenéutico” de los derechos humanos y su progresividad.

Cuando la Corte IDH sentencia un caso, además de pronunciarse sobre los hechos presentados tiene una *intención de guía* al “influir o persuadir las actuaciones de terceros Estados, en la medida que ante casos similares, se tenga la expectativa de que puedan reiterarse las decisiones precedentemente sentadas, respecto a asuntos en que si se encuentren involucrados directamente como partes”<sup>79</sup>.

Con base en esa intención –junto al principio de buena fe propio del Derecho Internacional Público y la obligación de los Estados de tomar las medidas necesarias para que los derechos humanos sean efectivos– el control de convencionalidad funge como un mecanismo que protege al individuo frente al cada vez más poderoso Estado, gozando el particular con la posibilidad de acudir a instancias internacionales cuando a nivel interno no logra salvaguardar sus derechos u obtener una reparación justa ante una violación materializada.

Lamentablemente, en el caso venezolano, esta posibilidad hoy se encuentra quebrantada visto que, por un lado, el control internacional estudiado es desconocido por el Estado –salvo aquellos casos que le resultan favorables<sup>80</sup>– y, por el otro, a nivel interno se hace cada vez más evidente que no existe un medio idóneo que ampare al sujeto “contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención” (artículo 25.1 de la CADH); por lo que no podemos sino preguntarnos si, en la Venezuela actual, se puede hablar efectivamente de la existencia de un Estado de Derecho cuando uno de sus “pilares básicos”, según se vio, es por decir lo menos ilusorio.

Como expone Hernández-Mendible, el fin último del Estado de Derecho es “procurar el bien común” y el del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos el establecer estándares que hagan posible “la paz verdadera, permanente y sostenible”<sup>81</sup>.

Si esa es la finalidad del Estado de Derecho, la CADH y la Corte IDH, no nos queda más que manifestar nuestro rechazo cuando se invocan estos objetivos –a saber, el bien común y la paz– como parte de un discurso que escapa a lo jurídico y que, bajo la aparente

<sup>78</sup> Véase Brewer-Carías, Allan. *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*. 2da edición. Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas-New York 2016, Sira Santana, Gabriel. “La Asamblea Nacional según el Tribunal Supremo de Justicia, luego de las elecciones parlamentarias del año 2015”. *Revista de Derecho Público*. N° 145-146. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016, y en general, el resto de los trabajos publicados en el mencionado número dedicado a la jurisprudencia restrictiva de la representación popular.

<sup>79</sup> Hernández-Mendible, V. *El derecho y la justicia... op. cit.*

<sup>80</sup> Véase Brewer-Carías, Allan. *El caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio del caso y análisis crítico de la errada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 277 de 26 de mayo de 2014*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

<sup>81</sup> Hernández-Mendible, V. *El derecho y la justicia... op. cit.*

satisfacción y protección del interés general, su intención no es otra que restringir y suspender los derechos civiles y políticos de las personas que hacen vida en este territorio, en defensa de una mal llamada democracia participativa y el auspicio de los *derechos sociales*. Tal como ocurre en los fallos traídos a colación de la SC/TSJ.

# CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD VS. BLOQUEO POLÍTICO-JUDICIAL DEL PARLAMENTO

Jesús María Casal\*

*Abogado*

**Resumen:** *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, desde enero de 2016, no ha ejercido un control judicial de constitucionalidad sobre la Asamblea Nacional, como era su deber y hubiera sido en abstracto deseable, sino ha cumplido funciones de bloqueo político del Parlamento, que ahora desembocan en la pretensión de suprimirlo y acaso sustituirlo como expresión orgánica de una de las ramas del Poder Público.*

**Palabras claves:** *Justicia constitucional, Sala Constitucional, Asamblea Nacional.*

**Abstract:** *The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, since January 2006, has not exercised the judicial review over the National Assembly. On the contrary, the Constitutional Chamber has been exercising a political blockade against the National Assembly, intended its suppression and eventually its substitution by the Constitutional Chamber or by the institutions designated by it.*

**Key words:** *Judicial review, Constitutional Chamber, National Assembly.*

Con esta conferencia, titulada “Control judicial de la constitucionalidad vs. Bloqueo político-judicial del Parlamento”, se quiere subrayar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, desde enero de 2016, no ha ejercido un control judicial de constitucionalidad sobre la Asamblea Nacional, como era su deber y hubiera sido en abstracto deseable, sino ha cumplido funciones de bloqueo político del Parlamento, que ahora desembocan en la pretensión de suprimirlo y acaso sustituirlo como expresión orgánica de una de las ramas del Poder Público.

Cabe sostener que no podía esperarse de la Sala Constitucional una actuación diferente, pues la que ha mantenido estos meses es cónsona con su papel de instrumento de dominación político-ideológica y con su subordinación al Poder Ejecutivo Nacional. La Sala que antes convalidaba sin reparos los actos de la Asamblea Nacional o del Presidente de la República ha pasado, desde enero de 2016, sin cambiar su naturaleza de órgano político, a bloquear sistemáticamente las acciones del Parlamento, utilizando como fachada pretendidamente legitimadora la idea del control jurídico.

---

\* Es un inmenso honor poder pronunciar la lección inaugural de la Facultad de Derecho de nuestra Alma Mater, correspondiente al año académico 2016-2017. Agradezco al Decano de la Facultad, el Profesor Salvador Yanuzzi, la invitación que me formuló para tomar la palabra en este recinto del saber y de la inspiración universitaria, en relación con un tema que conjuga el pasado y el futuro en un presente cargado de incertidumbre y desesperanza, y tal vez de oportunidades (13 de octubre 2016).

No quiero sin embargo hablar en este momento de la conducta anterior de la Sala Constitucional, que he analizado en algunos trabajos, sino de la gravedad de las infracciones a la Constitución que ha cometido este año, para luego concluir con reflexiones sobre el futuro de la institucionalidad en Venezuela.

No resulta posible enunciar en corto tiempo las violaciones a la Constitución que se han perpetrado en las sucesivas sentencias de la Sala Constitucional que han menoscabado la autonomía y atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional.

De manera resumida basta con decir que en la actualidad el Parlamento venezolano, a causa de tales sentencias, no puede ejercer efectivamente sus facultades de control y de legislación.

No puede controlar de manera efectiva al Gobierno y la Administración Pública Nacional, como prescribe la Constitución en su artículo 187, numeral 3, y es propio de toda Democracia, porque la Sala Constitucional, en sentencia dictada el 1 de marzo de 2016 (Sentencia N° 09/2016), redujo al mínimo la significación y operatividad de las interpelaciones o requerimientos de comparecencia de funcionarios ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, y dejó sin efecto el régimen sancionatorio previsto en la Ley en caso de inobservancia de las citaciones correspondientes, emanadas del Parlamento, lo cual en la práctica se ha traducido, con la aquiescencia del Presidente de la República, en el absoluto desconocimiento de las solicitudes de comparecencia o de información que la Asamblea Nacional ha dirigido a Ministros u otros funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional. Conviene poner de relieve que, en virtud de esa decisión, la Fuerza Armada Nacional fue excluida del ámbito de estos poderes de control e investigación de la Asamblea Nacional, lo cual ha sido invocado incluso por oficiales que desempeñan funciones civiles en la Administración Pública.

Más recientemente el Presidente de la República, mediante la renovación de un estado de excepción que ya se ha prolongado por más de ocho meses y excede con creces, desde el punto de vista temporal y sustantivo, lo permitido por la Constitución, se ha facultado a sí mismo para suspender los votos de censura que de acuerdo con la Constitución la Asamblea Nacional puede emitir contra Ministros o el Vicepresidente Ejecutivo, en el marco de su competencia de control político sobre el Gobierno, y que acarrear la remoción inmediata del funcionario cuando se alcanza la mayoría calificada constitucionalmente establecida en el artículo 246. Un decreto anterior le llevó a ignorar el voto de censura formulado por la Asamblea Nacional contra el Ministro del Poder Popular para la Alimentación, pese a que dicho voto obtuvo la mayoría necesaria para la automática remoción del Ministro, a quien la Cámara consideró responsable político de la situación de desabastecimiento que sufre el país en el rubro de los alimentos.

Se ha suspendido también la facultad de aprobación de la Asamblea Nacional en materia de contratos de interés público, competencia indelegable de este órgano parlamentario, y el Presidente de la República se ha arrogado por decreto la facultad de “aprobar” tales contratos, que el mismo Poder Ejecutivo Nacional o los órganos que de él dependen suscriban. Igualmente, el estado de excepción ha permitido ilegítimamente al Poder Ejecutivo Nacional efectuar gastos no previstos en la Ley de Presupuesto sancionada por la Asamblea Nacional en el período anterior, sin contar con la autorización del Parlamento, como ordena la Constitución en su artículo 187, numeral 7. Lo más grave es que en el último decreto de estado de excepción el Presidente de la República se facultó a sí mismo para dictar regulaciones presupuestarias para el año 2017, desconociendo así una atribución histórica de los parlamentos en las democracias, que la Constitución claramente reserva a la Asamblea Nacional en su artículo 187, numeral 6, y en su artículo 313. Todo esto ha ocurrido merced a sentencias de la Sala

Constitucional que han suprimido interpretativamente el control de la Asamblea Nacional sobre los decretos de estado de excepción y que han confirmado la vigencia y validez de los decretos o prórrogas correspondientes, pese a la desaprobación del Parlamento.

En el ámbito de la legislación, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, contrariando su jurisprudencia previa y la praxis institucional democrática venezolana, mutiló el alcance de la iniciativa legislativa que puede originarse en el Parlamento y ha censurado permanentemente por razones políticas las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, en acción acordada con el Presidente de la República, quien en lugar de promulgarlas las envía a la Sala Constitucional, para que esta, con criterios de la misma naturaleza, impida su entrada en vigor. La estocada decisiva contra la autonomía parlamentaria en el campo legislativo se produjo en virtud de un nuevo criterio jurisprudencial, conforme al cual la Asamblea Nacional no puede sancionar leyes de manera independiente, a partir de sus propias apreciaciones técnicas, en consulta con todos los órganos del Poder Público y con la sociedad, pero con autonomía en la adopción de la decisión final, como dispone la Constitución, sino que las leyes tienen que ser “concertadas” con el Poder Ejecutivo Nacional, en todo lo que concierne a su contenido siempre que este tenga implicaciones económico-financieras, y con el Poder Popular. En la sentencia respectiva nuevamente es invocado el estado de excepción como pretexto para este inadmisibles cercenamiento de la división de los poderes (Sentencia N° 269/2016).

A lo anterior se suma una sentencia de la Sala Constitucional que cierra el compás del cerco ejecutivo-judicial contra la Asamblea Nacional, la decisión N° 808/2016. Se trata del pronunciamiento según el cual son nulos todos los actos que emanen de la Asamblea Nacional mientras se mantengan incorporados los Diputados del Estado Amazonas y de la Región Sur Indígena, que debieron solicitar su reingreso a la Asamblea Nacional ante la seria demora de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en resolver la oposición que interpusieron contra la medida cautelar acordada por dicha Sala que pretendió suspender la proclamación de estos Diputados. Esta insólita medida cautelar dejó a los electores del Estado Amazonas y de la Región Sur Indígena sin representación parlamentaria por más de seis meses, vulnerando sus derechos de participación política, tal como lo advirtió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de su Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, en comunicado del 29 de julio de 2016. La necesidad de mantener a estos electores con representación parlamentaria mientras se ventila el proceso judicial relativo a la impugnación de los resultados electorales correspondientes, y la irracionalidad y violación al debido proceso en que incurrió la Sala Electoral al desoír tardíamente esa oposición y al considerar como no presentada la de la Asamblea Nacional, llevó a tales Diputados a solicitar su reincorporación y a asumir su representación parlamentaria. Estas sentencias de la Sala Constitucional y de la Sala Electoral se han dictado, por lo demás, mientras la Asamblea Nacional se encuentra en estado de indefensión jurídica, por determinación de estas mismas Salas, ya que no se reconoce la facultad del Presidente de la Asamblea Nacional, que ha sido ejercida pacíficamente desde la instalación de la Asamblea Nacional en el año 2000, según lo dispuesto en el Reglamento Interior y de Debates, de actuar en juicio en representación de este órgano legislativo y de otorgar poderes judiciales a esos efectos, sin depender de la autorización de la Procuraduría General de la República.

Es cínico afirmar que la Asamblea Nacional se ha auto disuelto al incurrir en desacato a sentencias de la Sala Constitucional. En primer término, la Asamblea Nacional no puede cumplir aquellas sentencias que supongan negarse a sí misma o vulnerar su estatus y competencias constitucionales. Es decir, la Asamblea Nacional no puede someterse a decisiones que impliquen su disolución como órgano constitucional autónomo con funciones efectivas de representación, control y legislación. No puede consentir su transformación en un órgano

distinto al previsto en la Constitución, sujeto en su actuación al beneplácito o a los filtros del Poder Ejecutivo o de las instancias supuestamente sociales que este controla. Tampoco puede dar ejecución a sentencias que vulneren flagrantemente derechos humanos, pues estaría contrariando el artículo 25 de la Constitución.

En segundo término, la causa de los problemas que suscita el abuso de poder no reside en el órgano que se resiste ante la arbitrariedad sino en la arbitrariedad misma, a veces revestida de pronunciamiento judicial. En tal sentido es inaceptable que la disputa sobre los resultados electorales en el Estado Amazonas, aun si se considera admisible la medida cautelar de suspensión otorgada, conduzca a la absoluta negación de la existencia de la Asamblea Nacional, cuando lo que está en discusión son tres escaños parlamentarios y, en todo caso, las decisiones para las que la concurrencia de estos votos fuere necesaria. En tercer lugar, no puede haber desacato cuando no ha habido posibilidad de defensa.

La reciente sentencia dictada el 11 de octubre (N° 814/2016) refuerza este cerco y abre una nueva etapa de la agresión al Parlamento. En esta decisión la Sala Constitucional faculta al Presidente de la República para dictar, mediante Decreto Ley, el Presupuesto Nacional del año 2017. Además, se autoriza a sí misma para ejercer el control sobre el presupuesto adoptado por el Presidente. En tal sentido, dispone que dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la sentencia el Presidente debe presentar ante la Sala Constitucional el Decreto Ley correspondiente. Se establece, adicionalmente, que “aun cuando la Asamblea Nacional regresare al cauce constitucional” se mantendrá el presupuesto adoptado por el Presidente de la República, durante todo el 2017, sin que la AN pueda introducir modificaciones. La propia Sala asume la tarea de control durante la ejecución del presupuesto. Por tanto, en esta nueva fase de socavamiento de la institucionalidad democrática la Asamblea Nacional es reemplazada por la Sala Constitucional, y el procedimiento parlamentario, por otros que la misma Sala determina, lo cual es francamente antidemocrático, pues el Parlamento es insustituible como instancia representativa y plural, legitimada directamente por el voto popular para tomar las decisiones fundamentales para la comunidad, mediante una deliberación política pública.

En definitiva, la Sala Constitucional se ha empeñado en liquidar a la Asamblea Nacional en lo que concierne a la eficacia jurídica de sus actos y a la posibilidad de ejercer sus atribuciones constitucionales, y en buena medida lo ha logrado.

Pero no es solo esto lo que ha sucedido.

La propia Sala Constitucional, al actuar como lo ha hecho, ha dejado de ser un cuerpo judicial y se ha erigido abiertamente en un órgano partidista de tutelaje autoritario sobre el proceso político, dispuesto a cercenar espacios y derechos democráticos, cada vez que sea necesario para mantener la situación de poder imperante. La apariencia que podía a ojos de algunos conservar de ser un órgano judicial, se ha disipado del todo. Especialmente porque con sus decisiones y forma de proceder ha quebrantado las máximas fundamentales del trabajo judicial en un Estado de Derecho y una Democracia verdaderos. Principios sagrados como el derecho a ser oído han sido completamente ignorados en los pronunciamientos dictados y en los procedimientos sumarios que se aplican. Además, la mesura y proporcionalidad que debe distinguir la actividad judicial han sido sustituidas por la respuesta desmedida y soberbia de quien pretende imponer la obediencia a sus propias decisiones a costa de la razón y del respeto a la dignidad. El principio democrático también ha sido absolutamente desconocido, pues las sentencias de la Sala Constitucional no han dejado un camino para una reacción del órgano parlamentario que permita corregir alguna inconstitucionalidad detectada, sin impedir que las corrientes democráticas manifestadas en procesos electorales hagan valer sus aspiraciones y reclamos.

Recuérdese que la función judicial es de aquellas que se soportan no solo o no tanto en la posibilidad de la coacción sino también o sobre todo en la autoridad de quienes la ostentan. Cuando esta desaparece o no existe, los tribunales pierden una cualidad indispensable para que sus miembros sean tratados como jueces.

Por otro lado, el relato histórico sobre la victoria de la oposición en las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015 y la correlativa reacción desde el poder gubernamental ya está escrito. La Asamblea Nacional, sin renunciar al mandato de cambio político que recibió, dio gestos concretos y palpables de explorar espacios de coexistencia con la mayoría gobernante o los órganos que están a su servicio, frente a la postura calculada y consistente de esos órganos de negar las consecuencias institucionales de los resultados electorales de aquella fecha. Está escrito también que la Sala Constitucional rompió con la Constitución e incluso con su jurisprudencia anterior para bloquear el funcionamiento del Parlamento.

Esto evidentemente tiene implicaciones internacionales que la Asamblea Nacional ha sabido plantear: ante el Secretario General de la OEA; la Comisión IDH; el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Unión Interparlamentaria, entre otros organismos.

Pero la historia sobre estos meses angustiosos no acaba allí. Forma parte de ella que el CNE, abandonando sus funciones constitucionales, ha actuado no para facilitar sino para impedir la activación del referendo revocatorio, pese a que este mecanismo es expresión del derecho de participación política y del principio constitucional fundamental que determina el carácter revocable de los mandatos populares. El CNE invocó en su momento una exclusividad en la iniciativa legislativa sobre los referendos, con base en los recientes criterios de la Sala Constitucional, para conservar el monopolio normativo y discrecionalidad en la materia e impedir el desarrollo legislativo de la respectiva regulación constitucional, por el único órgano facultado para hacerlo, la Asamblea Nacional. Lo que esté a punto de decidir el Tribunal Supremo de Justicia sobre este referendo confirmará en todo caso este aserto.

Lo que pase de ahora en adelante dependerá mucho de nosotros mismos. La Asamblea Nacional está seriamente afectada por las sentencias de la Sala Constitucional, pero conserva todavía una enorme potencialidad política y democrática. Para aprovecharla se requiere de una respuesta enérgica y concertada de las organizaciones y sectores sociales y políticos que, desde su autonomía e identidad, no renuncian a vivir en Democracia, no se resignan al exilio exterior o interior ante el avance autoritario. No puede haber Democracia sin Parlamento y la defensa de la Asamblea Nacional es hoy una lucha por la Democracia y por el respeto a la voluntad popular expresada en elecciones.

No despreciemos la fortaleza del estandarte de la legitimidad democrática, representada en la Asamblea Nacional, como tampoco el empuje de los factores sociales y políticos que apuestan al futuro, frente a un presente y un pasado que la mayoría quiere superar. El modelo ideológicamente cerrado y autoritario se agotó y presencia gélida, aunque no inerte su oca-so, y los combates que hoy libramos contribuyen a que florezca, más temprano que tarde, un nuevo esquema democrático.

La actual generación de estudiantes tiene entre sus manos un desafío colosal y al mismo tiempo inspirador: el de evitar que se cierre la senda electoralmente abierta para producir un cambio pacífico en el país, que nos permita vivir con las garantías democráticas esenciales, entre las cuales destaca el pluralismo que asegure a todas las orientaciones políticas, empe-zando por las que hoy son usadas para desmantelar la Democracia, un lugar en el espacio público democrático. Y luego, el de construir con ilusión las instituciones que merecemos, después de haber transitado el desierto de la persecución política e ideológica o la represión

selectiva; la imposición de un pensamiento único o el sectarismo; el personalismo político o la partidocracia; la autocracia o el autoritarismo, y tantos otros males de nuestra evolución política. Los Profesores y autoridades de la Universidad debemos trabajar junto a ellos para el logro de esos propósitos.

No es momento para la desesperanza ni el decaimiento sino para la acción urgente y decidida. Tampoco para la desesperación, sino para la firmeza de las convicciones, la elevación espiritual y la serenidad de quien sabe que la Historia y el futuro están de su lado.

## LEGISLACIÓN



# Información Legislativa

## LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL SEGUNDO SEMESTRE DE 2016

Recopilación y selección  
por Flavia Pesci Feltri  
Abogada

### SUMARIO

#### I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Poder Ejecutivo. a. Régimen de los Ministerios. b. Régimen del Consejo Federal de Gobierno. B. Poder Ciudadano. a. Régimen de la Contraloría General de la República. b. Régimen de la Defensoría del Pueblo. C. Poder Judicial. 2. *Régimen de la Administración Pública*. 3. *Régimen de la Región Estratégica de Defensa Integral Capital*.

#### II. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

1. *Decretos de Estados de Excepción*.

#### III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema de Auditoría y Control Interno*. 2. *Sistema Funcionarial*. A. Funcionarios de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal. a. Sistema de remuneraciones. b. Jubilaciones y pensiones. B. Estatutos funcionariales especiales del Poder Ciudadano. 3. *Régimen de Contabilidad Pública*. 4. *Régimen de Contrataciones Públicas*. 5. *Régimen de los símbolos patrios*.

#### IV. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones Exteriores*. A. Visas y Pasaportes. B. Convenios de cooperación. 2. *Régimen de Seguridad y Defensa*. 3. *Régimen del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME)*.

#### V. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Régimen Cambiario*. 2. *Régimen de la Banca Central*. 3. *Régimen Impositivo y Tasas*. 4. *Régimen de las Instituciones Financieras*. 5. *Régimen de la Actividad Aseguradora*. 6. *Régimen del Comercio*. A. Régimen de Protección al Consumidor. a. Bandas de Garantías de Seguridad. 7. *Régimen de la Seguridad y Soberanía Agroalimentaria*. 8. *Régimen Agropecuario*. 9. *Régimen de la Industria*. 10. *Régimen de los Hidrocarburos*. 11. *Régimen del Sistema Eléctrico*. 12. *Régimen del Comercio Exterior e Inversión Internacional*. 13. *Régimen de Aduanas*. 14. *Régimen de Turismo*.

#### VI. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de la Educación*. A. Educación Básica. B. Educación Universitaria. 2. *Régimen Laboral*. 3. *Régimen de las Misiones*. 4. *Régimen de la Vivienda*. 5. *Régimen de la Salud*. 6. *Régimen de la Seguridad Social*. 7. *Régimen de la Cultura*.

#### VII. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen del Ambiente y Recursos Naturales*. 2. *Régimen de la Pesca y Acuicultura*. 3. *Régimen de Agricultura Urbana*. 4. *Régimen de Transporte y Tránsito*. A. Sistema de Transporte Terrestre. B. Sistema de Transporte Acuático y Aéreo. C. Sistema Portuario. 5. *Régimen de las Telecomunicaciones*.

## I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

### 1. *Régimen del Poder Público Nacional*

#### A. *Poder Ejecutivo*

##### a. *Régimen de los Ministerios*

Decreto N° 2.385 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular de Pesca y Acuicultura. *G.O.* N° 6.243 del 22-7-2016.

Resolución N° 0025-16 del Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno del Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno. *G.O.* N° 40.993 del 21-09-2016.

Resolución N° DM/0036 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de ese Ministerio. *G.O.* N° 40.941 del 11-07-2016.

Resolución N° 120 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas. *G.O.* N° 40.959 del 4-08-2016.

##### b. *Régimen del Consejo Federal de Gobierno*

Resolución N° 002/2016 de la Vicepresidencia de la República, mediante la cual se dicta la Reforma Parcial del Reglamento Orgánico de la Secretaría del Consejo Federal de Gobierno y el Fondo de Compensación Interterritorial. *G.O.* N° 40.976 del 29-08-2016.

#### B. *Poder Ciudadano*

##### a. *Régimen de la Contraloría General de la República*

Resolución N° 01-00-000340 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se dicta la Organización y Funcionamiento de la Dirección General Técnica de la Contraloría General de la República. *G.O.* N° 40.946 del 18-07-2016.

Resolución N° 01-00-000293 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se dicta la Organización y Funcionamiento del Despacho del Contralor, Subcontralor y Dependencias Adscritas de la Contraloría General de la República. *G.O.* N° 40.946 del 18-07-2016.

Resolución N° 01-00-000420 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se aprueba el Plan Estratégico del Sistema Nacional de Control Fiscal (PESNCF), el cual comprende la misión, visión, principios y valores que en ella se establecen. *G.O.* N° 40.983 del 7-09-2016.

Resolución N° 01-00-000580 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se dictan las Normas que Regulan la Actuación de la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, como un Órgano Integrante del Sistema Nacional de Control Fiscal. *G.O.* N° 41.031 del 15-11-2016.

b. *Régimen de la Defensoría del Pueblo*

Resolución N° DdP-2016-070, mediante la cual se modifica el contenido del Artículo 9 del Reglamento Interno de Organización y Funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, contenido en la Resolución DP-2007-211, de fecha 17 de diciembre de 2007. *G.O.* N° 40.995 del 23-09-2016.

C. *Poder Judicial*

Resolución N° 2016-0016 del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se dictan las Normas que Regulan la Rotación de Jueces y Juezas de los Circuitos Judiciales Penales. *G.O.* N° 41.042 del 30-11-2016.

Resolución N° 2016-0017 del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se modifica el articulado de la Resolución N° 2014-0011, del 09 de abril de 2014, de la forma que en ella se establece, donde se implementa el Sistema integrado de Información Jurisdiccional de Niños, Niñas y Adolescentes (SIJNNA) del Tribunal Supremo de Justicia. *G.O.* N° 41.042 del 30-11-2016.

Acuerdo del Tribunal Supremo de Justicia mediante el cual se dictan las Normas de Evaluación y Concurso de Oposición para el Ingreso y Ascenso a la Función Judicial. *G.O.* N° 40.972 del 23-08-2016.

2. *Régimen de la Administración Pública*

Decreto N° 2.378 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto Sobre Organización General de la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 6.239 del 13-07-2016.

3. *Régimen de la Región Estratégica de Defensa Integral Capital*

Decreto N° 2.379 de la Presidencia de la República, mediante el cual se crea la Región Estratégica de Defensa Integral Capital (REDI CAPITAL), definida por el Distrito Capital y los estados: Vargas y Miranda, como espacio geográfico delimitado en los cuales el Ejecutivo Nacional efectuará la coordinación, planificación, ejecución y seguimiento de las Políticas Públicas Nacionales, atendiendo a las particularidades de la Región y las necesidades de las venezolanas y los venezolanos. *G.O.* N° 40.943 del 13-07-2016.

## II. RÉGIMEN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

1. *Decretos de Estados de Excepción*

Decreto N° 2.371 de la Presidencia de la República, mediante el cual se prorroga, por sesenta (60) días, el plazo establecido en el Decreto N° 2.323, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.227 Extraordinario, de fecha 13 de mayo de 2016, mediante el cual se declaró el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, dadas las circunstancias extraordinarias de orden Social, Económico, Político, Natural y Ecológicas que afectan gravemente la Economía Nacional [Sin Efecto]. *G.O.* N° 40.942 del 12-07-2016.

Decreto N° 2.452 de la Presidencia de la República, mediante el cual se decreta el Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a los ciudadanos y ciudadanas habitantes de la República, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus Derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida. *G.O.* N° 6.256 del 13-09-2016.

Decreto N° 2.556 de la Presidencia de la República, mediante el cual se declara el estado de emergencia en el Archipiélago Los Roques, específicamente en la Isla de El Gran Roque, capital y sede de Gobierno del Territorio Insular Francisco de Miranda, por un lapso de sesenta (60) días, prorrogables por un lapso igual, para que la Jefatura de Gobierno por vía de excepción pueda adoptar las medidas especiales que se estimen pertinentes, a fin de garantizar a la población el suministro de alimentos, de energía eléctrica, agua potable, combustible y, en general, se restituya la prestación de los servicios básicos en dicho territorio. *G.O.* N° 41.035 del 21-11-2016.

### III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

#### 1. *Sistema de Auditoría y Control Interno*

Providencia N° 009/16 de la Vicepresidencia de la República, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno sobre la Organización y Funcionamiento de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna (SUNAI). *G.O.* N° 40.989 del 15-09-2016.

#### 2. *Sistema Funcionarial*

##### A. *Funcionarios de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal*

##### a. *Sistema de remuneraciones*

Decreto N° 2.434 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece el Sistema de Remuneraciones de las Funcionarias y Funcionarios de la Administración Pública Nacional (Escala General de Sueldos). *G.O.* N° 40.966 del 15-08-2016.

Decreto N° 2.433 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece el Ajuste al Sistema de Remuneraciones de las Obreras y Obreros de la Administración Pública Nacional (Tabulador General Salarial). *G.O.* N° 40.966 del 15-08-2016.

Decreto N° 2.457 de la Presidencia de la República, mediante el cual se regula y establece el sueldo básico y la prima de alto riesgo como remuneración, aplicables a los bomberos y bomberas de los Cuerpos de Bomberos y Bomberas de Administración de Emergencia y Carácter Civil en todo el país en sus diversas Especialidades Urbanos (Estadales y Municipales), Aeronáuticos, Marinos y Forestales, con el fin de impulsar progresivamente el establecimiento de un esquema remunerativo uniformado. *G.O.* N° 40.990 del 16-07-2016.

Decreto N° 2.509 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece el Ajuste al Sistema de Remuneraciones de las Obreras y Obreros de la Administración Pública Nacional (Tabulador General Salarial). *G.O.* N° 6.269 del 28-10-2016.

Decreto N° 2.508 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece el Sistema de Remuneraciones de las Funcionarias y Funcionarios de la Administración Pública Nacional (Escala General de Sueldos). *G.O.* N° 6.269 del 28-10-2016.

Decreto N° 2.505 de la Presidencia de la República, mediante el cual se ajusta la base de cálculo para el pago del Cestaticket Socialista para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios en los sectores públicos y privados, a doce Unidades Tributarias (12 U.T.) por día, a razón de treinta (30) días por mes, pudiendo percibir hasta un máximo del equivalente a trescientas sesenta Unidades Tributarias (360 U.T.) al mes, equivalente a la cantidad de sesenta y tres mil setecientos veinte bolívares sin céntimos (Bs. 63.720,00) para la fecha de la publicación de este Decreto, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 7° del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Cestaticket Socialista para los Trabajadores y Trabajadoras. *G.O.* N° 6.269 del 28-10-2016.

Decreto N° 2.530 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece la escala especial de sueldos aplicable a los Funcionarios y Funcionarias del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN). *G.O.* N° 41.022 del 2-11-2016.

b. *Jubilaciones y pensiones*

Resolución N° CMR-010-2016 del Poder Ciudadano, mediante la cual se dicta el Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Funcionarias del Consejo Moral Republicano. *G.O.* N° 40.974 del 25-08-2016.

Resolución N° 013/2016 de la Procuraduría General de la República, mediante la cual se dicta el Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones del Personal de la Procuraduría General de la República. *G.O.* N° 41.056 del 20-12-2016.

B. *Estatutos funcionariales especiales del Poder Ciudadano*

Resolución N° DdP 2016-048 de la defensoría del Pueblo, mediante la cual se dicta el Estatuto de Personal de esta Defensoría del Pueblo de la Defensoría del Pueblo que regirá el sistema de empleo público de la Defensoría del Pueblo, los derechos y obligaciones de los funcionarios o funcionarias, incluyendo lo relativo a su ingreso, planificación de la carrera, clasificación de cargos, capacitación, sistemas de evaluación y de remuneraciones, compensaciones y ascensos sobre la base de méritos, asistencia, traslados, licencias y régimen disciplinario, cese de funciones, estabilidad laboral, seguridad y previsión social, *G.O.* N° 40.959 de fecha 04-08-2016.

3. *Régimen de Contabilidad Pública*

Providencia N° 16-017 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se establece la Estructura del Marco Conceptual del Sistema de Contabilidad Pública. *G.O.* N° 41.063 del 29-12-2016.

4. *Régimen de Contrataciones Públicas*

Providencia N° DG/2016/ilegible 0013 de la Vicepresidencia de la República Bolivariana de Venezuela, mediante la cual se establece que, para el Registro Nacional de Contratistas, los interesados deben acceder al Sistema del Registro Nacional de Contratistas en Línea, a través de la página web del Servicio, con el objeto de suministrar la información requerida, siguiendo las instrucciones contenidas en el Manual de Usuarios para Contratistas, elaborado por el Servicio Nacional de Contrataciones. Dicha Inscripción es Gratuita. *G.O.* N° 40.962 del 9-08-2016.

5. *Régimen de los símbolos patrios*

Resolución N° 143 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, Justicia y Paz, mediante la cual se dictan las Normas que Regulan el uso de la Bandera Nacional en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 41.019 del 28-10-2016

#### **IV. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA**

1. *Relaciones Exteriores*

Resolución N° DM/074, DM/075, DM/076 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante las cuales se incorporan al Ordenamiento Jurídico Nacional, las Resoluciones del MERCOSUR que en ellas se indican. (Símbolos del Mercosur; Izamiento de la bandera del MERCOSUR junto al respectivo pabellón nacional en sus representaciones diplomáticas y consulares en el territorio de los demás Estados Partes; Vigencia y aplicación de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR). *G.O.* N° 6.239 del 13-07-2016.

#### A. *Visas y Pasaportes*

Resolución N° 065, N° 066, 067, 068 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante las cuales se incorporan al Ordenamiento Jurídico Nacional las Resoluciones del MERCOSUR que en ellas se mencionan. (Características comunes a las que deberían tender los documentos de identificación de circulación entre los Estados partes; Creación de Centros de Consulta de documento personales del MERCOSUR; Tarjeta de entrada y salida; Características comunes que deberán tender los pasaportes). *G.O.* N° 40.963 del 10-08-2016.

Resolución N° DM/124 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se ordena publicar el texto del Memorandum de Entendimiento sobre el requerimiento de Supresión de Visa para Pasaportes Diplomáticos y de Servicio para ciudadanos de la República Bolivariana de Venezuela y de la República de Iraq. *G.O.* N° 41.009 del 14-10-2016.

Acuerdo N° DM-197 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, sobre la Exención del Requisito de Visado para los Titulares de Pasaportes Diplomáticos, Oficiales y de Servicio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Azerbaiyán. *G.O.* N° 41.062 del 28-12-2016.

#### B. *Convenios de cooperación*

Resolución N° DM/084 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se ordena la publicación del Convenio de Cooperación Especifico para la Ejecución de la Misión Milagro entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de San Vicente y Las Granadinas. *G.O.* N° 40.956 del 1-08-2016.

#### 2. *Régimen de Seguridad y Defensa*

Ley que Regula el Uso de la Telefonía Celular y la Internet en el Interior de los Establecimientos Penitenciarios de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 6.240 del 15-07-2016.

Decreto N° 2.524 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta la Reforma del Reglamento Orgánico del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN). *G.O.* N° 41.021 del 1-11-2016.

Resolución N° 044 Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se dictan las Normas para la Organización y Conformación de los Consejos Disciplinarios de Policía. *G.O.* N° 40.937 del 04-07-2016.

Resolución N° 049, 050, 051, 052, 053 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante las cuales se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional las Resoluciones del MERCOSUR que en ellas se especifican. (Creación del Centro de coordinación de capacitación policial entre los Estados partes de MERCOSUR; Creación del Centro de coordinación de capacitación policial entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile; Instalación de canales privilegiados de estrada en aeropuertos para ciudadanos del MERCOSUR; Instalación de canales privilegiados de estrada en aeropuertos para ciudadanos del MERCOSUR, de la República de Bolivia y la República de Chile; Facilitación para los ciudadanos del MERCOSUR). *G.O.* N° 40.949 del 21-07-2016.

Resolución N° 015254 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se crea y activa la Unidad Especial de Seguridad y Protección de la Faja Petrolífera del Orinoco «Hugo Rafael Chávez Frías», adscrita a la Región Estratégica de Defensa Integral Oriental del Comando Estratégico Operacional, con sede en la población de San Tomé, mu-

nicipio Autónomo Pedro María Freites, del estado Anzoátegui, con jurisdicción en los estados que en ella se mencionan, con la Estructura Organizacional y dependencia administrativa que en ella se especifica, de este Ministerio del Poder Popular para la Defensa. *G.O.* N° 40.959 del 04-08-2016.

Resolución N° 014412 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se establecen los lineamientos y procedimientos que debe efectuar el interesado(a) para obtener la autorización de la operación de vuelo de los Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia? RPAS conocidos como DRON? o ?DRONE?, en el territorio nacional y demás espacios geográficos de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 40.978 del 31-08-2016.

Resolución N° 167 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se dictan las Normas sobre la Rendición de Cuentas del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas. *G.O.* N° 41.032 del 16-11-2016.

Resolución N° 174 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se dictan las Normas para la Implementación del Sistema de Información Estratégica y Transparencia Policial (SIETPOL). *G.O.* N° 41.040 del 28-11-2016.

Resolución Conjunta N° 190 y 017165 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para la Defensa, mediante la cual se establece que el Ministerio del Poder Popular para la Defensa, a través de la Dirección General de Armas y Explosivos (DAEX), efectuará el proceso de actualización del Porte de Armas de fuego, dirigido a todas aquellas personas que posean Permiso del Porte de Armas de Fuego vencido, que hayan sido expedidos por esa Dirección, a fin de registrar, actualizar o renovar, según los casos, en la base de datos del Sistema de Información de Gestión de Porte de Armas, los Porte de Armas, que lleva el Ministerio del Poder Popular para la Defensa. *G.O.* N° 41.055 del 19-12-2016.

3. *Régimen del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME)*

Resolución N° 181 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME). *G.O.* N° 41.058 del 22-12-2016.

## V. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

### 1. *Régimen Cambiario*

Convenio Cambiario N° 34 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas y del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se establece que las personas naturales y jurídicas privadas, dedicadas a la exportación de bienes y servicios, podrán retener y administrar libremente hasta el sesenta por ciento (60%) del ingreso que perciban en divisas, en razón de las exportaciones realizadas para gastos, pagos y cualquier otra erogación que deban realizar con ocasión de sus actividades. *G.O.* N° 40.985 del 9-09-2016.

Convenio Cambiario N° 36 del Ministro del Poder Popular para la Banca y Finanzas y del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se modifica el Convenio Cambiario N° 36, en los términos que en él se indican. (Modificación *G.O.* N° 40.881 del 07/04/2016). *G.O.* N° 41.040 del 28-11-2016.

Resolución N° 116.16 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se dictan las Normas relativas a la aplicación de los beneficios netos originados por las operaciones cambiarias que realizan las Instituciones Bancarias en los mercados alternativos con tipo de cambio complementario flotante de mercado. *G.O.* N° 40.983 del 7-09-2016.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela mediante el cual se informa al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), así como al Público en General, que el tipo de cambio aplicable a los fines de la conversión de la moneda extranjera para la determinación de la base imponible de las obligaciones tributarias derivadas de las operaciones aduaneras tramitadas por los sujetos que en él se mencionan, previsto en el Artículo 1 del Convenio N° 35. *G.O.* N° 41.024 del 4-11-2016.

### 2. *Régimen de la Banca Central*

Decreto N° 2.603 de la Presidencia de la República, mediante el cual se deroga el Artículo 4° del Decreto N° 2.589, de fecha 11 de diciembre de 2016, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.275, Extraordinario de fecha 11 de diciembre de 2016. *G.O.* N° 41.053 del 15-12-2016.

Decreto N° 2.646 de la Presidencia de la República, mediante el cual se prorroga hasta el 20 de enero del año 2017, sólo en el Territorio Venezolano, la circulación y vigencia de los billetes de Cien Bolívares (Bs. 100) emitidos por el Banco Central de Venezuela. (Serán de curso legal). *G.O.* N° 41.063 del 29-12-2016.

### 3. *Régimen Impositivo y Tasas*

Decreto N° 2.394 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exoneran del pago del impuesto al Valor Agregado, Impuestos de Importación y de la Tasa por Servicios Aduaneros, en los términos y condiciones previstos en este Decreto, a las importaciones definitivas de los bienes muebles corporales, realizadas por los Órganos o Entes de la Administración Pública Nacional y por las personas jurídicas, públicas y privadas, independientemente de las actividades a las que se dediquen, destinados exclusivamente para la construcción reparación, restauración, acondicionamiento, mejora y o mantenimiento de viviendas dignas o la ejecución de demoliciones dentro del Marco del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda, Gran Misión Vivienda Venezuela y la Gran Misión Barrio Nuevo Barrio Tricolor. *G.O.* 40.952 del 26-07-2016.

Decreto N° 2.448 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA), a las ventas de bienes muebles corporales y las prestaciones de servicios enumeradas en los Artículos 5° y 6° de este Decreto, efectuadas a los Órganos o Empresas del Estado que se dediquen exclusivamente a las actividades de administración, diseño, construcción, instalación, operación, mantenimiento, funcionamiento, repotenciación, modernización, reconstrucción y expansión de los sistemas de transporte masivo de pasajeros por vía exclusiva, subterránea, elevada o a nivel, del tipo metro, trolebús y ferroviario. *G.O.* N° 40.980 del 2-09-2016.

Decreto N° 2.460 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exoneran del pago del Impuesto sobre la Renta, los enriquecimientos netos de fuente territorial obtenidos por las personas jurídicas domiciliadas o no domiciliadas en la República Bolivariana de Venezuela y las personas naturales residente en el país, con ocasión de las actividades de los servicios relativos a la ejecución de los proyectos enmarcados en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda, Gran Misión Vivienda Venezuela y la Gran Misión Barrio Nuevo Barrio Tricolor. *G.O.* N° 40.995 del 23-11-2016.

Decreto N° 2.459 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exoneran del pago del Impuesto Sobre la Renta, los enriquecimientos netos gravables de fuente nacional, obtenidos por las personas jurídicas con ocasión de las actividades de los servicios relativos a la implementación urbanística, construcción e instalación de equipos y mobiliarios de cin-

cuenta (50) Gimnasios de Paz en todo el Territorio Nacional, en el Marco de la Misión a Toda Vida Venezuela y la Comisión por la Paz y la Vida, que ejecute la Fundación Propatria 2000, adscrita al Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno. *G.O.* N° 40.995 del 23-09-2016.

Decreto N° 2.501 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado, Impuesto de Importación y Tasa por determinación del régimen aduanero, en los términos y condiciones previstos en este Decreto, a la importación definitiva de los bienes muebles corporales realizada por parte de los Órganos y Entes de la Administración Pública Nacional, destinados a la celebración de la «XVII Cumbre del Movimiento de Países No Alineados en la Isla de Margarita, estado Nueva Esparta» que en él se mencionan. *G.O.* N° 41.017 del 26-10-2016.

Decreto N° 2.534 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado, Impuesto de Importación y Tasa por determinación del régimen aduanero, en los términos y condiciones previstos en este Decreto, a la importación definitiva de los bienes muebles corporales realizada por los Órganos o Entes de la Administración Pública Nacional, destinados a cubrir la demanda de la matrícula de estudiantes de nivel básico y medio, perteneciente a la Educación Pública Nacional, Estatal y Municipal. *G.O.* N° 41.026 del 8-11-2016.

Decreto N° 2.534 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado, Impuesto de Importación y Tasa por determinación del régimen aduanero, en los términos y condiciones previstos en este Decreto, a la importación definitiva de los bienes muebles corporales realizada por los Órganos o Entes de la Administración Pública Nacional, destinados a cubrir la demanda de la matrícula de estudiantes de nivel básico y medio, perteneciente a la Educación Pública Nacional, Estatal y Municipal. *G.O.* N° 41.026 del 8-11-2016.

Decreto N° 2.602 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece que las ventas de bienes muebles y prestación de servicios efectuadas a personas naturales que sean consumidores finales, hasta por la cantidad de Doscientos Mil Bolívares (Bs. 200.000,00), serán gravadas con la alícuota impositiva general del impuesto al Valor Agregado del diez por ciento (10%), siempre que tales ventas o prestaciones de servicios sean pagadas a través de medios electrónicos. *G.O.* N° 41.052 del 14-12-2016.

Resolución N° DM/214 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto N° 236, de fecha 15 de julio de 2013, donde se aprueba la incorporación al Ordenamiento Jurídico Nacional de las Resoluciones del MERCOSUR que en ella se indican. (Modificaciones de la nomenclatura común del MERCOSUR (NCM) y del arancel externo común del MERCOSUR). (*G.O.* 40.877 del 01/04/2016). *G.O.* N° 41.050 del 12-12-2016.

Providencia N° SNAT/2016/0119 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se establece el Valor Facial de los Formularios Autorizados y Emitidos por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT). *G.O.* N° 41.061 del 27-12-2016

Providencia N° SNAT/2016/0086 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se establece la tasa aplicable para el cálculo de los Intereses moratorios correspondiente al mes de julio de 2016. (23,87%). *G.O.* N° 40.987 del 13-09-2016.

#### 4. *Régimen de las Instituciones Financieras*

Providencia N° CNL/DP/2016-0029 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se dictan las Normas sobre Prevención, Control y Fiscalización de los Delitos de Legitimación de Capitales y el Financiamiento al Terrorismo, en la actividad de Juegos de Lotería. *G.O.* N° 40.952 del 26-07-2016.

Providencia N° 16-015 Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se establecen manuales de usuario para el registro de las transacciones económico financieras en la herramienta informática denominada Sistema Integrado de Gestión y Control de las Finanzas Públicas (SIGECOF). *G.O.* N° 41.022 del 2-11-2016.

Providencia N° SNAT/2016/0099 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se establece el Calendario de Sujetos Pasivos no calificados como Especiales para Actividades de Juegos de Envite o Azar a cumplirse para el año 2017. *G.O.* N° 41.026 del 8-11-2016.

Resolución N° 039.16 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se modifica el Manual de Contabilidad para Bancos, Otras Instituciones Financieras y Entidades de Ahorro y Préstamo, emitido por Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario mediante la Resolución N° 270.01, de fecha 21 de diciembre de 2001. (G.E. 5.572 del 17/01/2002). *G.O.* N° 40.949 del 21-07-2016.

Resolución N° 16-09-01 del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se establece el cálculo de la posición de encaje que deberán mantener depositados en el Banco Central de Venezuela las instituciones bancarias que hayan adquirido «Certificados de Participación BANDES Agrícola 2017», emitidos por el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES) durante el año 2016, para el otorgamiento de créditos al sector agrícola nacional, conforme a lo que en ella se especifica. *G.O.* N° 41.001 del 3-10-2016.

Aviso Oficial emanado del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se establecen los límites máximos que por concepto de comisiones, tarifas o recargos las instituciones bancarias podrán cobrar por las operaciones y actividades que en él se especifican. (Operaciones en Moneda Nacional y Extranjera). *G.O.* N° 40.979 del 1-09-2016.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa que, a partir del 01 de diciembre de 2016, las instituciones bancarias podrán cobrar hasta los límites máximos de comisiones, tarifas o recargos por las operaciones y actividades que en él se mencionan. (Operaciones en Monedas Nacional y Extranjera). *G.O.* N° 41.042 del 30-11-2016.

Providencia N° FSAA-9-00730 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se dictan las Normas que Regulan el Aporte para el Desarrollo Social. *G.O.* N° 40.973 del 24-08-2016.

#### 5. *Régimen de la Actividad Aseguradora*

Providencia N° FSAA-9-00567 del Superintendente de la Actividad Aseguradora, mediante la cual se dictan las Normas que Regulan el Patrimonio Propio No Comprometido que deben tener las Empresas de Seguros, en Función del Cálculo de su Margen de Solvencia, Instructivo de Cálculo y Formularios. *G.O.* N° 40.949 del 21-07-2016.

Providencia N° FSAA-9-00-661 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se dictan las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora. *G.O.* N° 40.973 del 24-08-2016.

Providencia N° FSAA-9-00731 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se dictan las Normas para la Divulgación y Publicidad de la Actividad Aseguradora. *G.O.* N° 40.973 del 24-08-2016.

#### 6. *Régimen del Comercio*

Resoluciones N° 056-16, 057-16, 058-2016, 059-16, 060-16, 061-16, 062-16, 063-16, 064-16, 074-2016, 075-2016, 076-2016, 077-2016, 078-2016, 080-2016, 081-2016, 082-2016, 085-16, 086-16, 087-16, 088-16, 089-16, 090-16, 091-16, 092-16, 094-16, 095-16, 096-16, 097-16, 098-16, 099-16 y 100-16 del Ministerio del Poder Popular para la Industria y Comercio, mediante las cuales se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional las Resoluciones del MERCOSUR que en ellas se mencionan. (Normas relativas al intercambio de vehículos, sus piezas y partes). *G.O.* N° 6.235 del 01-07-2016.

Resoluciones N° 065-2016, 066-2016, 067-2016, 068-2016, 069-2016, 070-2016, 071-2016, 073-2016, 101-16, 102-16, 103-16, 104-16, 105-16, 106-16, 107-16, 108-16, 109-16, 110-16, 111-16, 112-16, 113-16, 114-16 y 115-16 del Ministerio del Poder Popular para Industria y Comercio, mediante las cuales se aprueba la incorporación al Ordenamiento Jurídico Nacional de las Resoluciones del MERCOSUR que en ellas se indican. (Reglamento técnico sobre sistema de frenos; Sistemas de iluminación y señalización vehicular; Indicador para medir la promoción industrial; Indicación de número de hojas en cuadernos; Políticas de apoyo a micropequeñas y medianas empresas del MERCOSUR; Envases y equipamientos de vidrio y cerámica destinados a entrar en contacto con alimentos; Aceites lubricantes de uso automotriz; Políticas de apoyo a la micro, pequeñas y medianas empresa del MERCOSUR, etapa II; Requisitos a cumplir para las estructuras de certificación de productos, procesos y servicios de evaluación de sistemas de calidad en los Estados partes; Institutos de normalización de intercambio de planes y cronogramas de trabajo; Actividad metrológica entre los Estados Partes; Norma técnica MERCOSUR; Estructura Nacional de Acreditación, Contenido de Aerosoles; Determinación del Monómetro de Estireno Residual; Reglamento técnico sobre criterios generales de metrología legal; Reglamento técnico Mercosur de medidas materializadas de longitud de uso general; Reglamento Técnico MERCOSUR para la indicación cuantitativa de cosméticos; Reglamento técnico MERCOSUR sobre seguridad de bicicletas de uso infantil; Certificado de aprobación de modelo de instrumentos de medición; Reglamento Técnico Mercosur para la verificación del contenido neto de fósforos y escarbadien-tes). *G.O.* N° 40.941 del 11-07-2016.

Resoluciones N° 072-2016 y 098-2016 del Ministerio del Poder Popular para Industria y Comercio, mediante las cuales se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional las Resoluciones del MERCOSUR que en ellas se mencionan. (Reglamento sobre la Política Automotriz del MERCOSUR; Reglamento Técnico MERCOSUR sobre la Metodología para Determinación de Peso Escurrido) *G.O.* N° 40.942 del 12-07-2016.

#### A. *Régimen de Protección al Consumidor*

Providencias N° 088/2016, 089/2016, 090/2016 y 091/2016 de la Vicepresidencia de la República, mediante las cuales se aprueba la incorporación al Ordenamiento Jurídico Nacional, de las Resoluciones MERCOSUR que en ellas se mencionan. (Defensa del Consumidor-Garantía Contractual; Defensa del Consumidor-Publicidad Engañosa; Protección de la Salud y la Seguridad de Consumidores y Usuarios Aspectos Operativos; y Defensa del Consumidor-Conceptos Básicos). *G.O.* N° 41.049 del 9-12-2016.

a. *Bandas de Garantías de Seguridad*

Providencia N° SNAT/2016/0123 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se prorroga, a partir del 01 de enero de 2017 hasta el 01 de julio de 2017, el plazo establecido en el Artículo 20 de la Providencia Administrativa SNAT/2016/0021, de fecha 06 de abril de 2016, donde se establece la obligación del uso de Bandas de Garantías Codificadas de Seguridad en cajetillas y envases de cigarrillos, tabacos, picaduras y otros derivados del tabaco, de producción nacional o importados. (*G.O.* N° 40.927 del 16/06/2016). *G.O.* N° 41.064 del 30-12-2016.

7. *Régimen de la Seguridad y Soberanía Agroalimentaria*

Decreto N° 2.367 del Presidencia de la República, mediante el cual se crea la Gran Misión Abastecimiento Soberano, para el impulso, desde las bases del Poder Popular y la unión cívico militar, de los motores Agroalimentario, de Producción y Distribución de Fármacos y de la Industria de Productos para la Higiene Personal y Aseo del Hogar. *G.O.* N° 40.941 del 11-07-2016.

Resolución N° 010/16 de la Jefatura del Comando para el Abastecimiento Soberano, mediante la cual se establecen las Normas para regular los mecanismos, términos y condiciones de venta a empresas u otros entes públicos, de un determinado porcentaje del total de producción de una empresa pública o privada, o de un sector productivo, a los fines de estabilizar el abastecimiento oportuno a los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP). *G.O.* N° 41.005 del 7-10-2016.

8. *Régimen Agropecuario*

Decreto N° 2.533 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece el Régimen para la Cría Porcina Bajo Sistemas No Contaminantes en las Zonas Urbanas, Periurbanas y Rurales. *G.O.* N° 41.025 del 7-11-2016.

Providencia N° INSAI/023/2016 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se establecen los requisitos para el otorgamiento de los registros de productos de uso pecuario, agrícola vegetal, domésticos, salud pública e industrial, en sustitución de los registros emitidos por el extinto Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (SASA). *G.O.* N° 40.981 del 5-09-2016.

Resoluciones N° DM/124/2016, DM/137/2016, DM/138/2016, DM/139/2016 y DM/140/2016 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante las cuales se incorporan al Ordenamiento Jurídico Nacional las Resoluciones MERCOSUR que en ellas se mencionan. (Condiciones que deben cumplir las unidades habilitadas para cuarentena animal en el país de origen o de destino y disposiciones para su funcionamiento; Límites máximos de residuos de principios activos de medicamentos veterinarios en productos de origen animal; Requisitos fitosanitarios para GLYCINE MAX (soja) según país de destino y origen para los estados partes; Requisitos fitosanitarios para Pinus PP (Pino) según país de destino y origen para los estados partes). *G.O.* N° 40.995 del 23-09-2016.

Resolución N° DM/136/2016 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional, la Decisión MERCOSUR/CMC/DEC N° 25/05. (Programa de Acción Mercosur Libre de Fiebre Aftosa). *G.O.* N° 41.018 del 27-10-2016.

Resoluciones Conjuntas N° 032-16, 37, 199, 035-16, 40 y 202, del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante las cuales se incorporan al Ordenamiento Jurídico Nacional las Resoluciones MERCOSUR que en ellas se mencionan. (Criterios para

definir las prioridades del Control de Residuos de Principios Activos de Medicamentos Veterinarios en Productos de Origen Animal; Reglamento Técnico Mercosur para Restricción de uso de Determinados Aditivos Alimentarios). *G.O.* N° 41.018 del 27-10-2016.

#### 9. *Régimen de la Industria*

Resolución N° 127-2016 del Ministerio del Poder Popular para Industria y Comercio, mediante la cual se modifica y aprueba como Normas Venezolanas COVENIN las que en ella se indican. (COVENIN 833:2014, COVENIN 1715:2015, 1707:2014, entre otras). *G.O.* N° 40.949 del 21-07-2016.

Resolución N° 128-16 del Ministerio del Poder Popular para Industria y Comercio, mediante la cual se incluye la sustancia química alfa-fenilacetoacetoneitrilo (APAAN), y sus isómeros ópticos, así como las sales de las sustancias mencionadas, siempre que la existencia de dichas sales sea posible, dentro de las sustancias químicas sujetas a control por parte del Estado Venezolano, por cuanto la misma puede ser utilizada en la producción, fabricación, preparación o extracción ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. *G.O.* N° 40.948 del 20-07-2016.

Resolución N° 051-16 del Ministerio del Poder Popular para Industria y Comercio, mediante la cual se establecen los montos a cancelar por los servicios prestados por el Registro Nacional Único de Operadores de Sustancias Químicas Controladas (RESQUIMC). *G.O.* N° 40.952 del 26-07-2016.

#### 10. *Régimen de los Hidrocarburos*

Resolución N° 130 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se establece la metodología para la planificación, seguimiento y control de los costos de producción de las empresas que integran las cadenas productivas que se alimentan de corrientes de hidrocarburos no petroquímicos. *G.O.* N° 41.022 del 2-11-2016.

Resolución N° 195 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se ajusta la producción de petróleo crudo a partir del 1 de enero de 2017, conforme a los parámetros que disponga este Ministerio del Poder Popular de Petróleo, que permita cumplir con la reducción de 95.000 barriles diarios de petróleo crudo, entre PDVSA, S.A., sus filiales y empresas mixtas *G.O.* N° 41.063 del 29-12-2016.

Resoluciones N° 196 y 197 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante las cuales se incorporan al Ordenamiento Jurídico Nacional, las Resoluciones MERCOSUR que en ellas se indican. (Reglamento Técnico MERCOSUR de Válvula de Cilindro para Almacenamiento de Gas Natural Comprimido (GNC) utilizado como Combustible a Bordo de Vehículos Automotores y Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Cilindros para Almacenamiento de Gas Natural Comprimido (GNC) utilizado como Combustible a Bordo de Vehículos Automotores). *G.O.* N° 6.282 del 30-12-2016.

#### 11. *Régimen del Sistema Eléctrico*

Resoluciones N° 392, 393 y 394 del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica, mediante las cuales se ordena incorporar al Ordenamiento Jurídico Nacional las Decisiones del MERCOSUR que en ellas se mencionan. (Reglamento Técnico sobre Requisitos Esenciales de Seguridad para Productos Eléctricos de Baja Tensión, Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Tráfico Ilícito de Material Nuclear, entre otros). *G.O.* N° 41.039 del 25-11-2016.

Resolución N° 334 del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica, mediante la cual se prohíbe la venta, comercialización, permuta, donación o cualquier otro tipo de enajenación ilícita de bienes, materiales, insumos y componentes estratégicos, empleados en las actividades del Sistema y Servicio Eléctrico, nuevos, usados, reciclados, alterados y/o modificados; que hayan sido obtenidos indebidamente de las instalaciones de este Ministerio o sus entes adscritos Corporación Eléctrica Nacional S.A. (CORPOELEC) y la Corporación Industrial para la Energía Eléctrica (Corpoelec Industrial), por personas naturales. *G.O.* N° 41.017 del 26-10-2016.

#### 12. *Régimen del Comercio Exterior e Inversión Internacional*

Providencia Conjunta N° 014 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, Centro Nacional del Comercio Exterior y Banco Central, mediante la cual se dictan las Normas para Facilitar, Agilizar y Generar un Mejor Desempeño a las Operaciones de Exportación. *G.O.* N° 40.956 del 1-08-2016.

Resoluciones N° 005/2016, 006/2016 y 007/2016 del Ministerio del Poder Popular para el Comercio Exterior e Inversión Internacional, mediante las cuales se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional las Decisiones de MERCOSUR que en ellas se mencionan. (Niveles de Arancel Externo Común Superiores a los Niveles Consolidados en la OMC, Arancel Externo Común Suspensión de Concesiones, Arancel Externo común Suspensión de concesiones, entre otros). *G.O.* N° 40.946 del 18-07-2016.

Resolución N° 004/2016 Ministerio del Poder Popular para el Comercio Exterior e Inversión Internacional, mediante la cual se dicta las Normas para la tramitación del Certificado de Origen por ante el Ministerio del Poder Popular para el Comercio Exterior e Inversión Internacional. *G.O.* N° 40.949 del 21-07-2016.

#### 13. *Régimen de Aduanas*

Decreto N° 2.503 de la Presidencia de la República, mediante el cual se califican como bienes de primera necesidad o de consumo masivo a los efectos del beneficio previsto en el Artículo 127 del Decreto N° 1.416, de fecha 13 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas, las mercancías correspondientes a la subpartida del Arancel de Aduanas que en él se mencionan. *G.O.* N° 41.018 del 27-10-2016.

Decreto N° 2.647, mediante el cual se establece el ordenamiento de las mercancías en este Arancel y se adopta la Nomenclatura Arancelaria Común de los Estados Partes del MERCOSUR (NCM), basada en el Sistema Armonizado de Designación de Codificación de Mercancías (SA) del Consejo de Cooperación Aduanera (CCA) - Organización Mundial de Aduanas (OMA). *G.O.* N° 6.281 del 30-12-2016.

#### 14. *Régimen de Turismo*

Resolución N° 019 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, mediante la cual se establece el trámite y los deberes formales que deben cumplir los prestadores de servicios turísticos de alojamiento, agencias de viajes y turismo y transporte turísticos en materia de turismo receptivo, conforme al Convenio Cambiario N° 36, de fecha 29 de abril de 2016. *G.O.* N° 40.950 del 22-7-2016.

Resolución N° 135.16 del Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas, mediante la cual se dictan las Normas que Regulan los acuerdos operativos entre las instituciones bancarias y los prestadores de servicios turísticos de alojamiento, para realizar operaciones de adquisición de divisas en efectivo. *G.O.* N° 40.973 del 24-08-2016.

## VI. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

### 1. *Régimen de la Educación*

#### A. *Educación Básica*

Resolución N° DM/0078 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se dictan las Normas para Establecer la Educación Propia en las Instituciones y Centros Educativos Indígenas del Subsistema de Educación Básica. *G.O.* N° 40.960 del 5-08-2016.

Resolución N° DM/0079 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se dictan las Normas sobre el Uso de los Trajes Tradicionales Indígenas en el Subsistema de Educación Básica. *G.O.* N° 40.960 del 5-08-2016.

Resolución N° 0142 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se dicta el Proceso de Transformación Curricular para la Educación Media General en la Modalidad de Educación de Jóvenes, Adultas y Adultos. *G.O.* N° 41.044 del 2-12-2016.

Resolución N° 0143 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se dictan los Lineamientos para el Proceso de Transformación Curricular en todos los Niveles y Modalidades. *G.O.* N° 41.044 del 2-12-2016.

#### B. *Educación Universitaria*

Resolución N° 186 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se crea, en el marco de la Micromisión Simón Rodríguez, los Programas Nacionales de Formación que en ella se especifican. (De Profesoras y Profesores de Educación Media de Memoria, Territorio y Ciudadanía, en Idiomas, en Lengua y en Educación Física). *G.O.* N° 40.939 del 07-07-2016.

Resolución N° 191 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se crea la Red Nacional de Centros de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades. *G.O.* N° 40.963 del 10-08-2016.

Resolución N° 205 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación en Criminalística, como proceso donde se ejecuta el proyecto educativo que conduce al otorgamiento de títulos de Técnica Superior Universitaria o Técnico Superior Universitario en Criminalística y Licenciada o Licenciado en Criminalística. *G.O.* N° 40.968 del 17-08-2016.

Resolución N° 224 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se Reforma parcialmente la Resolución N° 4724, de fecha 10 de octubre de 2013, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 40.269, de fecha 10 de octubre de 2013, en la cual se autoriza a la Universidad Bolivariana de Venezuela para otorgar Certificados de Locutora y de Locutor, a través de la Coordinación del Programa de Formación de Grado en Comunicación Social de dicha Institución de Educación Universitaria, según los exámenes que practique. (*G.O.* 40.269 del 10/10/2013). *G.O.* N° 40.985 del 9-09-2016.

Resolución N° 223 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se Reforma parcialmente la Resolución N° 258, de fecha 01 de diciembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.846, de fecha 08 de diciembre de 1999, en la cual se autoriza a la Universidad Nacional Experimental «Francisco de Miranda» para otorgar Certificados de Locutora y de Locutor, a través del Área de Extensión y Producción de dicha Institución de Educación Universitaria, según los exámenes que practique. *G.O.* N° 40.985 del 9-09-2016.

Resolución N° 222 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se Reforma parcialmente la Resolución N° 1735, de fecha 10 de septiembre de 1998, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.569, de fecha 28 de octubre de 1998, en la cual se autoriza a la Universidad del Zulia para otorgar Certificados de Locutora y de Locutor, a través de la Escuela de Comunicación Social de dicha Institución de Educación Universitaria, según los exámenes que practique. *G.O.* N° 40.985 del 9-09-2016.

Resolución N° 221 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se Reforma parcialmente la Resolución N° 1478, de fecha 30 de septiembre de 1997, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.316, de fecha 20 de octubre de 1997, mediante la cual se autoriza a la Universidad Central de Venezuela para otorgar Certificados de Locutora y de Locutor, a través de la Escuela de Comunicación Social de dicha Institución de Educación Universitaria, según los exámenes que practique. *G.O.* N° 40.987 del 13-09-2016.

Resoluciones N° 237, 238, 239, 241, 242 y 243 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante las cuales se autorizan a las Universidades que en ellas se mencionan, de los estados que en ellas se indican, para gestionar los Programas que en ellas se especifican. (Universidad Politécnica Territorial del estado Mérida «Kleber Ramírez»; «Juan de Jesús Montilla» estado Portuguesa; «José María Semprum» Sur del Lago; entre otros). *G.O.* N° 40.995 del 23-09-2016.

Resolución N° 246 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Avanzada en Medicina General Integral, como el conjunto de actividades académicas, centradas en la investigación e innovación en la creación y recreación de saberes, dirigidas a médicos, las cuales conducen al otorgamiento del grado académico de Especialista en Medicina General Integral. *G.O.* N° 40.997 del 27-09-2016.

Resolución N° 248 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se autoriza a la Universidad de las Ciencias de la Salud a gestionar el Programa Nacional de Formación Avanzada en Medicina General Integral, con el objeto de formar talento humano con reconocida ética socialista y comprobada idoneidad académica, ejecutando así el proyecto educativo que conduce al otorgamiento del grado académico de Especialista en Medicina General Integral. *G.O.* N° 40.997 del 27-09-2016.

Resoluciones N° 250, 251 y 252 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante las cuales se autoriza a las Universidades que en ellas se mencionan, a gestionar los Programas Nacionales de Formación que en ellas se señalan. (Francisco Tamayo y Simón Rodríguez). *G.O.* N° 41.002 de 4-10-2016.

Resoluciones N° 249 y 253 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante las cuales se crean los Programas Nacionales de Formación en Educación, en las menciones que en ellas se especifican. (Historia y Orientación). *G.O.* N° 41.002 del 4-10-2016.

Resolución N° 254 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se corrige por error material la Resolución N° 241, de fecha 23 de septiembre de 2016, donde se autoriza a la Universidad Nacional Experimental Sur del Lago «Jesús María Semprum», a gestionar el Programa Nacional de Formación en Medicina Veterinaria. *G.O.* N° 41.010 del 17-10-2016.

Resoluciones N° 255, 256, 257, 258, 259, 264 y 265 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante las cuales se autoriza a las distintas Instituciones de Educación Universitaria, a gestionar los Programas Nacionales de Formación que en ellas se señalan, otorgando los Títulos que en ellas se especifican. *G.O.* N° 41.013 del 20-10-2016.

Resolución N° 267 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación en Seguridad de la Nación, como Proceso en el cual se ejecuta el proyecto educativo que conduce al otorgamiento de Títulos de Técnica Superior Universitaria o Técnico Superior Universitario en Seguridad de la Nación, y Licenciada o Licenciado en Seguridad de la Nación, dirigidos a profesionales universitarios que deseen ejercer la docencia en ese Nivel, así como a los funcionarios o funcionarias del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN). *G.O.* N° 41.014 del 21-10-2016.

Resolución N° 268 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se autoriza la gestión del Programa Nacional de Formación en Geología y Minas que se desarrolla en el marco de la Misión Sucre. *G.O.* N° 41.021 del 1-11-2016.

Resolución N° 281 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se autoriza la gestión del Programa Nacional de Formación en Electrónica que se desarrolla en el marco de la Misión Sucre, ejecutando así el proyecto educativo que conduce al otorgamiento de títulos de Técnica Superior Universitaria y Técnico Superior Universitario en Electrónica, en las instituciones y áreas territoriales definidas que en ella se señalan. *G.O.* N° 41.033 del 17-11-2016.

Resolución N° 280 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se suspende de forma definitiva la autorización de gestión del Programa Nacional de Formación en Electrónica que se desarrolla en el marco de la Misión Sucre, a las Instituciones de Educación Universitaria que en ella se indican. (Institutos Universitarios de Tecnologías de Cabimas; de la Victoria; de Cumaná, entre otros). *G.O.* N° 41.033 del 17-11-2016.

Resoluciones N° 309, 310, 311 y 317 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante las cuales se crea los Programas Nacionales de Formación Avanzada que en ellas se señalan, conducentes al otorgamiento del grado académico de Especialista y Técnico Superior Universitario que en ellas se indican. - (Gestión para la Creación Intelectual; Ecología del Desarrollo Humano; Pedagogía Crítica, entre otros). *G.O.* N° 41.056 del 20-12-2016.

Resoluciones N° 292 y 301 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante las cuales se autoriza a la Universidad Nacional del Turismo «UNATUR», a gestionar los Programas Nacionales de Formación en Historia y Turismo. *G.O.* N° 41.041 del 29-11-2016.

Resoluciones N° 316 y 318 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante las cuales se autoriza a las Universidades y al Instituto que en ella se mencionan, a gestionar los Programas Nacionales de Formación que en ellas se especifican. (Instituto Universitario de Tecnología Agroindustrial del Edo. Táchira; Politécnica Territorial Edo. Lara Andrés E. Blanco; Universidad Politécnica Territorial del Edo. Mérida Kleber Ramírez, entre otras). *G.O.* N° 41.056 del 20-12-2016.

Resolución N° 320 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se autoriza a la Universidad Nacional Experimental Indígena del Tauca, para la gestión del Programa de Estudios Abiertos que tiene por definición la consolidación de planes y programas de formación a través de comunidades de aprendizaje bajo la figura de tutoría de expertos en diferentes áreas del conocimiento, que contempla la acreditación de experiencias y saberes acumulados por los participantes, para lograr una mayor pertinencia social en el egreso de Licenciadas y Licenciados o sus equivalentes. *G.O.* N° 41.062 del 28-12-2016.

Acuerdo N° 022 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante el cual se autoriza a la Universidad de Oriente la creación y el funcionamiento del Programa de Postgrado: Especialización en Cirugía de la Mano y Reconstructiva del Miembro Superior, con sede y la duración que en él se mencionan, con el Grado Académico de Especialista en Cirugía de la Mano y Reconstructiva del Miembro Superior. *G.O.* N° 40.939 del 07-07-2016.

Acuerdo N° 021 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante el cual se renueva la Acreditación del Programa de Postgrado: Especialización en Neumonología Pediátrica, impartido por la Universidad de Carabobo, con sede y la duración que en él se indican, con el Grado Académico de Especialista en Neumonología Pediátrica. (Ciudad Hospitalaria «Dr. Enrique Tejera», Servicio de Neurología Pediátrica, Valencia, estado Carabobo, con una duración de (04) años). *G.O.* N° 40.939 del 07-07-2016.

Acuerdo N° 029 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante el cual se renueva la acreditación del Programa de Postgrado: Maestría en Estadística, impartido por la Universidad de Los Andes, con las especificaciones que en él se mencionan. (44 unidades de crédito). *G.O.* N° 41.009 del 14-10-2016.

Acuerdos N° 030 y 031 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante los cuales se autoriza a las Universidades que en ellos se señalan, la creación y el funcionamiento de los Programas de Postgrados que en ellos se indican, con las especificaciones que en ellos se indican. (Especialización en Didáctica en Matemáticas 32 unidades de Crédito; Estadística 44 Unidades de Crédito, entre otros). *G.O.* N° 41.009 del 14-10-2016.

## 2. Régimen Laboral

Decreto N° 2.429 de la Presidencia de la República, mediante el cual se aumenta en un cincuenta por ciento (50%) el salario mínimo nacional mensual obligatorio en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios en los sectores público y privado, a partir del 1° de septiembre de 2016. Quedando fijado dicho salario mínimo en la cantidad de veintidós mil quinientos setenta y seis bolívares con setenta y tres céntimos (Bs. 22.576,73) mensuales. *G.O.* N° 40.965 del 12-08-2016.

Decreto N° 2.430 de la Presidencia de la República, mediante el cual se ajusta la base de cálculo para el pago del Cestaticket Socialista para los Trabajadores y las Trabajadoras que presten servicios en los sectores públicos y privados. (Bs. 42.480,00). *G.O.* N° 40.965 del 12-08-2016.

Decreto N° 2.504 de la Presidencia de la República, mediante el cual se aumenta en un veinte por ciento (20%) el salario mínimo nacional mensual obligatorio en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios en los sectores públicos y privados, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 2

de este Decreto, a partir del 1° de noviembre de 2016, estableciéndose la cantidad de veintisiete mil noventa y dos bolívares con diez céntimos (Bs. 27.092,10) mensuales. *G.O.* N° 6.269 del 28-10-2016.

Decreto N° 2.535 de la Presidencia de la República, mediante el cual se crea los Consejos Productivos de Trabajadores (CPT). *G.O.* N° 41.026 del 8-11-2016.

Providencia N° OA-2016-07-240 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se establece el cumplimiento de Deberes Formales Referentes al Registro, Aportes, Retenciones, Pago de las Contribuciones Parafiscales y Solvencias. *G.O.* N° 41.046 del 6-12-2016.

Providencia N° OA-2016-12-545 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se corrige por error material la Providencia Administrativa N° OA-2016-07-240, de fecha 11 de julio de 2016, donde se establece el cumplimiento de deberes formales referentes al Registro, Aporte, Retenciones, Pago de las Contribuciones Parafiscales y Solvencia de este Instituto. (Reimpresión *G.O.* N° 40.502 de fecha 22 de septiembre de 2016). *G.O.* N° 41.054 del 16-12-2016.

Resolución N° 9855 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se establece un régimen laboral transitorio de carácter obligatorio y estratégico para todas las entidades de trabajo del país públicas, privadas, de propiedad social y mixtas, que contribuya con el reimpulso productivo del sector agroalimentario, estableciendo mecanismo de inserción temporal de trabajadores y trabajadoras en aquellas entidades objeto de medidas especiales implementadas para fortalecer su producción. *G.O.* N° 40.950 del 22-7-2016.

Resolución N° 10.002 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se establece que los trabajadores y trabajadoras, integrantes de los Consejos Productivos de Trabajadores (CPT), no podrán ser despedidos, trasladados, desmejorados en sus condiciones de trabajo, por el lapso de un (01) año, a partir del momento de su designación, sin justa causa previamente calificada por el Inspector o Inspectora del Trabajo, de conformidad con la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. *G.O.* N° 41.045 del 5-12-2016.

### 3. *Régimen de las Misiones*

Decreto N° 2.511 de la Presidencia de la República, mediante el cual se incrementa el monto único mensual que corresponda asignar a cada grupo familiar a través de la Tarjeta de las Misiones Socialistas para los Hogares de la Patria, a la cantidad de treinta y nueve mil bolívares sin céntimos (Bs. 39.000,00). *G.O.* N° 6.269 del 28-10-2016.

Decreto N° 2.532 de la Presidencia de la República, mediante el cual se reformula la Estructura y Contenidos de la Gran Misión A Toda Vida Venezuela y la Fundación Gran Misión A Toda Vida Venezuela. *G.O.* N° 41.023 del 3-11-2016.

### 4. *Régimen de la Vivienda*

Decreto N° 2.502 de la Presidencia de la República, mediante el cual se instrumentan los procedimientos que permitan realizar en forma adecuada y expedita la elaboración, inscripción registral o protocolización de los documentos donde conste la constitución, modificación, extinción o transmisión de derechos sobre los terrenos y las viviendas construidas en el marco de la Gran Misión Vivienda Venezuela (GMVV) y demás programas, planes o proyectos del Estado, que tengan como objetivo la satisfacción del derecho constitucional a la vivienda y a la propiedad, previsto en el Artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 41.018 del 27-10-2016.

### 5. Régimen de la Salud

Providencia N° 125-2016 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se dicta la Medida para el Cumplimiento de la Prescripción de Medicamentos por Principio Activo o Denominación Común Internacional y Prohibición de Publicidad en los Réci-pes. *G.O.* N° 40.953 del 27-07-2016.

Providencia N° 120-2016 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se dicta la Regulación de la Solicitud de Certificado de Salud como Requisito para los Trámites a Realizar ante el Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria (SACS), Nivel Central y Estatal. *G.O.* N° 40.953 del 27-07-2016.

Resoluciones N° 134, 135, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 144, 145, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 288, 289, 290, 291, 292, 293 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante las cuales se incorporan al Ordenamiento Jurídico Nacional, las Resoluciones del MERCOSUR que en ellas se especifica. (Listado de las sustancias que los productos cosméticos pueden contener, sujetos a restricciones y condiciones establecidas; Lista de sustancias que no pueden ser utilizadas en productos de higiene personas; Auto inspecciones para verificar el cumplimiento de las buenas prácticas de fabricación y control en el área de productos de higiene personal, cosméticos y perfumes, entre otras). *G.O.* N° 6.239 del 13-7-2016.

Resoluciones N° DM/046/2016, DM/047/2016, DM/048/2016, DM/049/2016, DM/050/2016, DM/051/2016, DM/052/2016, DM/053/2016, DM/055/2016, DM/056/2016, DM/057/2016, DM/058/2016, DM/059/2016, DM/060/2016 y DM/061/2016 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante las cuales se incorporan al Ordenamiento Jurídico Nacional, las Resoluciones del MERCOSUR que en ellas se especifican. (Normas para el tránsito de animales a través del territorio de uno de los estados partes o entre los estados partes de acuerdo a las condiciones epidemiológicas de las zonas y países de procedencia y destino; Requisitos zoonosanitarios para la importación de animales, semen, embriones, y huevos fértiles desde terceros países; Requisitos y nóminas de laboratorios de referencia y laboratorios de alternativa del MERCOSUR para diagnóstico de enfermedades animales; entre otros) *G.O.* N° 6.239 del 13-07-2016.

Resoluciones N° 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334 y 335 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante las cuales se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional las Resoluciones del Mercosur que en ellas se mencionan. (Precintos Sanitarios Armonizados, Buenas Prácticas de Fabricación de Productos Farmacéuticos y Mecanismo de Implementación en el ámbito del Mercosur, Reglamento Técnico Mercosur para la Organización y Funcionamiento de los Servicios de Maternidad, entre otros). *G.O.* N° 40.946 del 18-07-2016.

Resoluciones Conjuntas N° 041-16 y 208 del Ministerio del Poder Popular para la Alimentación y la Salud, mediante las cuales se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional las Resoluciones del MERCOSUR que en ellas se señalan. (Mercosur/GMC/RES N° 71/93 Reglamento Técnico de Identidad y calidad de la crema de leche; Mercosur/GMC/RES N°76/94 Reglamento Técnico de Identidad y calidad de la crema de leche a granel; Mercosur/GMC/RES N° 80/94 Reglamento Técnico de Identidad y calidad de leche fluida a granel de Uso Industrial, entre otras). *G.O.* N° 40.951 del 25-07-2016.

Resolución N° 416 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se dicta la Normativa para Regular y Controlar los Productos Alimenticios a fin de Proteger a los Celíacos y Personas Sensibles al Gluten. *G.O.* N° 40.965 del 12-08-2016.

Resoluciones Conjuntas N° 091-16, N° 121 y N° 379 de los Ministerios del Poder Popular para la Alimentación, para la Agricultura Productiva y Tierras, para la Salud, mediante las cuales se aprueba la incorporación al ordenamiento jurídico nacional las Resoluciones del MERCOSUR que en ellas se señalan. (Criterios para la validación de método analítico para la determinación de residuos de principios activos de medicamentos veterinarios; Reglamento Técnico de metodologías analíticas, ingesta diaria admisible y límites máximos de residuos para medicamento veterinarios en alimentos de origen animal). *G.O.* N° 40.973 del 24-08-2016.

Resoluciones Conjuntas N° 032-16, 37, 199, 035-16, 40 y 202 de los Ministerios para el Poder Popular para la Alimentación, la Agricultura Productiva y Tierras, para la Salud, mediante las cuales se Incorporan al Ordenamiento Jurídico Nacional, las Resoluciones del MERCOSUR que en ellas se señalan. (Criterios para definir las prioridades del Control de Residuos de Principios Activos de Medicamentos Veterinarios en Productos de Origen Animal y el Reglamento Técnico Mercosur para Restricción de uso de Determinados Aditivos Alimentarios). *G.O.* N° 41.018 del 27-10-2016.

Resolución N° 539 del Ministerio del Poder Popular para la Salud y Protección Social, mediante la cual se aprueba la incorporación al Ordenamiento Jurídico Nacional de la Resolución MERCOSUR/GMC/RES N° 57/00, Reglamento Técnico MERCOSUR Sobre Asociaciones de Drogas en Medicamentos y Preparados Magistrales que Contengan Ansiolíticos [Parcialmente Reformada (o)]. *G.O.* N° 41.039 del 25-11-2016.

Resoluciones N° 544 y 545 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante las cuales se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional, las Resoluciones del MERCOSUR que en ellas se indican. (Determinación de Biodegradabilidad de Tensioactivos Aniónicos y Transporte de Sustancias Infecciosas y Muestras Biológicas). *G.O.* N° 41.050 del 12-12-2016.

Resoluciones N° 556, 557 y 558 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante las cuales se aprueba la incorporación al Ordenamiento Jurídico Nacional, las Resoluciones que en ellas se señalan del MERCOSUR. (Listas de Especialidades Médicas Comunes; Actualización en las Definiciones de Casos de Síndrome Respiratorio Agudo Grave (SARS), entre otros). *G.O.* N° 41.059 del 23-12-2016.

Resolución N° 559 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional la Resolución Mercosur/GMC/RES. N° 33/99, Reglamento Técnico Mercosur para Producción y Control de Calidad de Hemoderivados de Origen Plasmática. *G.O.* N° 41.063 del 29-12-2016.

#### 6. *Régimen de la Seguridad Social*

Resolución N° 9589 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se dicta la Norma Técnica para el control en la manipulación, levantamiento y traslado manual de carga. *G.O.* N° 40.973 del 24-08-2016.

Resolución N° 9588 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se dicta la Norma Técnica de los Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo. *G.O.* N° 40.973 del 24-08-2016.

#### 7. *Régimen de la Cultura*

Providencia N° 001 Ministerio del Poder Popular para la Cultura, mediante la cual se dicta el Reglamento de la Unidad de Auditoría Interna del Centro Nacional Autónomo de Cinematografía (CNAC). *G.O.* N° 40.947 del 19-07-2016.

Resoluciones N° 038, 039, 040 y 041 del Ministerio del Poder Popular para la Cultura, mediante las cuales se aprueba la incorporación al Ordenamiento Jurídico Nacional, las Decisiones del MERCOSUR que en ellas se señala. *G.O.* N° 40.960 del 5-08-2016.

## **VII. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO**

### *1. Régimen del Ambiente y Recursos Naturales*

Decreto N° 2.411 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece la prioridad social sobre las utilidades de la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco. *G.O.* N° 40.960 del 5-08-2016.

Resolución Conjunta N° DM/366 y N° DM/119 de Ministerios del Poder Popular para el Ecosocialismo y la Aguas y del Ministerio del Poder Popular para la Industria y Comercio, mediante la cual se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional, la Decisión de Política de Promoción y Cooperación en Producción y Consumo Sostenible en el MERCOSUR. *G.O.* N° 40.954 del 28-07-2016.

Resolución N° 457 del Ministerio del Poder Popular del Ecosocialismo y Ambiente, mediante la cual se establece el Formato Oficial de la Guía de Circulación de los Productos Forestales, a efectos de controlar el transporte y depósito de Productos Forestales, procedentes de aprovechamientos debidamente autorizados por la Autoridad Nacional Ambiental, en cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley de Bosques. *G.O.* N° 40.969 del 18-08-2016.

Resolución N° 000034 del Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico, mediante la cual se determina el área geográfica para el ejercicio de la actividad de Pequeña Minería, en la cual se ejecutará el aprovechamiento racional y sustentable del mineral oro y otros minerales. *G.O.* N° 41.043 del 1-12-2016.

### *2. Régimen de la Pesca y Acuicultura*

Resolución N° DM/0022-16 del Ministerio del Poder Popular de Pesca y Acuicultura, mediante la cual se dictan las Normas para el impulso de la producción y atención a las necesidades fundamentales del sector pesca y acuicultura, mediante el empleo del aporte que realizan los pescadores, pescadoras, acuicultores y acuicultoras industriales como responsabilidad solidaria. *G.O.* N° 40.975 del 26-08-2016.

Resolución N° DM/163/2016 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se aprueba la incorporación al Ordenamiento Jurídico Nacional de la Resolución N° 77/96, «Reglamento Técnico para el Control de las Vacunas contra Carbúnculo Sintomático, Gangrena Gaseosa, Exterotoxemia y Tétano, Inactivadas y Conservadas Sobre Refrigeradas». *G.O.* N° 41.057 del 21-12-2016.

### *3. Régimen de Agricultura Urbana*

Decreto N° 2.496 de la Presidencia de la República, mediante el cual se declara afectos al desarrollo de la agricultura urbana, los espacios públicos ubicados en los centros urbanos que se encuentren libres, ociosos o abandonados, para que sean aprovechados para el cultivo y producción de alimentos, en los términos previstos en este Decreto. *G.O.* N° 41.014 del 21-10-2016.

#### 4. Régimen de Transporte y Tránsito

##### A. Sistema de Transporte Terrestre

Providencia N° 016-2016 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se aprueba la incorporación al Ordenamiento Jurídico Nacional de la Resolución MERCOSUR/ GMC/RES. N° 25/11 «Cabina Dormitorio en Vehículos Afectados al Transporte Internacional Automotor de Carga». *G.O.* N° 41.041 del 29-11-2016.

Providencia N° 032-2016 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se fijan las Nuevas Tarifas Únicas por Concepto de la Prestación del Servicio Conexo de Transporte Terrestre de Servicio de Grúa de Arrastre y de Plataforma. *G.O.* N° 41.047 del 7-12-2016

Providencia N° 031-2016 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se fijan las Nuevas Tarifas Únicas a ser cobradas por concepto de la Prestación del Servicio Conexo de Estacionamiento de Guardia y Custodia en materia de Transporte Terrestre. *G.O.* N° 41.047 del 7-12-2016.

Resoluciones N° 028 y 029 del Ministerio del Poder Popular para Transporte y Obras Públicas, mediante las cuales se aprueba la incorporación al Ordenamiento Jurídico Nacional, las Resoluciones del MERCOSUR que en ellas se especifican. (Reglamento Técnico de Vehículos de la Categoría M3, para el Transporte de Pasajeros por Carretera y de Vehículos Livianos de la Categoría M2 para el Transporte Público Automotor de Pasajeros contra Retribución Internacional por carretera). *G.O.* N° 41.046 del 6-12-2016.

##### B. Sistema de Transporte Acuático y Aéreo

Decreto N° 2.488 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento de la Ley de Faros y Boyas y del Sistema Nacional de Ayudas a la Navegación Acuática. *G.O.* N° 41.010 del 17-10-2016.

Providencia N° PRE-CJU-GDA-474-16 del Ministerio del poder popular para Transporte Terrestre y Obras Públicas, mediante la cual se aprueba las Normas que rigen el otorgamiento de permisos temporales para la realización de Trabajos Aéreos con el Sistema de Aeronave Pilotada a Distancia (RPAS), en el territorio nacional por personas jurídicas. *G.O.* N° 40.976 del 29-08-2016.

Providencia N° PRE-CJU-1295-16 del Ministerio del poder popular para Transporte Terrestre y Obras Públicas, mediante la cual se dictan las directrices que establecen el funcionamiento y supervisión de los aeroclubes en los distintos aeródromos o aeropuertos de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 41.059 del 23-12-2016.

Providencia N° PRE-CJU-GDA-560-16 del Ministerio del Poder Popular para Transporte y Obras Públicas, mediante la cual se dictan las siguientes Condiciones Generales para la Certificación y Operación en la Prestación del Servicio Especializado de Transporte Aéreo en las modalidades de Taxi Aéreo y Transporte Aéreo de Valores. *G.O.* N° 41.021 del 1-11-2016.

Providencia N° 910 del Ministerio del Poder Popular para Transporte y Obras Públicas, mediante la cual se establece la Norma Técnica y los Lineamientos para la Certificación de la Masa Bruta Verificada (VGM) de los contenedores llenos. *G.O.* N° 40.952 del 26-07-2016.

Resolución N° 014 del Ministerio del Poder Popular para Transporte y Obras Públicas, mediante la cual se prohíben las operaciones de aterrizaje y despegue Nacionales e Internacionales en el Territorio Nacional y demás espacios geográficos de la República Bolivariana

de Venezuela; y se prohíben las operaciones en los Helipuertos, aeropuertos y aeródromos controlados y no controlados, así como de las aeronaves clasificadas como de Aviación General y Privadas de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 78 y 79 de la Ley de Aeronáutica Civil, y de todo Sistema de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS), conocido comúnmente como «DRON» o «DRONE», desde el día 24 de octubre de 2016, hasta el día 31 de octubre de 2016, ambas fechas inclusive. *G.O.* N° 41.015 del 24-10-2016.

Resolución N° 018 del Ministerio del Poder Popular para Transporte y Obras Públicas, mediante la cual se dicta el Programa Estatal de Seguridad Operacional (SSP) en la Actividad Aeronáutica desarrollada en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 41.044 del 2-12-2016.

Resolución N° 030 del Ministerio del Poder Popular para Transporte y Obras Públicas, mediante la cual se prohíbe la operación y circulación aérea en el territorio nacional y demás espacios geográficos de la República Bolivariana de Venezuela, de las aeronaves clasificadas como de Aviación General y Privada de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 78 y 79 de la Ley de Aeronáutica Civil; y se prohíben las operaciones en los helipuertos, aeropuertos y aeródromos controlados y no controlados a las aeronaves de Aviación General y Privada, así como a todo el Sistema de Aeronaves Pilotadas a Distancias (RPAS), conocido comúnmente como DRON o DRONE, a partir del día 11 de diciembre de 2016 hasta el 14 de diciembre de 2016, ambas fechas inclusive. *G.O.* N° 41.050 del 12-12-2016.

### C. *Sistema Portuario*

Decreto N° 2.481 de la Presidencia de la República, mediante el cual, en el marco de acción de las Autoridades Únicas del Sistema Portuario a nivel nacional, se ordena la división específica del ámbito espacial denominado Región Oriental en dos (02) regiones diferenciadas denominadas Región Oriental y Región Guayana, y se crean las Autoridades Únicas del Sistema Portuario que en él se mencionan. *G.O.* N° 41.006 del 10-10-2016.

### 5. *Régimen de las Telecomunicaciones*

Providencia N° 096 del Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, mediante la cual se Reforma Parcialmente el Plan Nacional de Numeración para Telefonía y Radiocomunicaciones Móviles Terrestres. *G.O.* N° 40.969 del 18-08-2016.

Providencia N° 120 del Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, mediante la cual se dicta el Reglamento de la Unidad de Auditoría Interna del Instituto Autónomo Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). *G.O.* N° 40.999 del 29-09-2016.

# Comentarios Legislativos

## LOS PODERES EJECUTIVO, LEGISLATIVO Y JUDICIAL ANTE LA “EMERGENCIA ECONÓMICA”

Anabella Abadi M.

*Profesora de Economía en la UCAB y el IESA*

*Carlos García Soto*

*Profesor de Derecho Administrativo de la UCV*

**Resumen:** *Se hace un análisis de la cronología institucional de los tres Decretos de Emergencia dictados, y cómo esa cronología ha sido una de las aristas del conflicto institucional entre el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial en 2016, y un análisis desde el punto de vista económico de los tres Decretos de Emergencia Económica.*

**Palabras Clave:** *Decretos de Emergencia. Conflicto Institucional. Análisis económico.*

**Abstract:** *An analysis of the institutional chronology of the three Economic Emergency Decrees and how it has been one of the edges of the institutional conflict between the Executive, Legislative and Judicial Powers in 2016. Also an analysis of the three Economic Emergency Decrees from the economic point of view.*

**Key words:** *Economic Emergency Decrees. Institutional conflict. Economic point of view.*

### INTRODUCCIÓN

Otra de las ocasiones de conflicto entre la Asamblea Nacional y el Tribunal Supremo de Justicia durante 2016 ha sido la relativa a los distintos Decretos de Emergencia Económica dictados por el Presidente de la República.

Para el momento en el que se escriben estas líneas, se han dictado un total de tres Decretos de Emergencia Económica, con dos prórrogas, lo cual ha supuesto un fraude a la Constitución, como se explicará.

A partir de narrativa política seguida desde el Poder Ejecutivo desde hace varios años sobre la “Guerra Económica”, el Presidente de la República ha dictado durante 2016 distintos Decretos de Emergencia Económica para supuestamente enfrentar la referida “Guerra Económica”.

Una de las particularidades institucionales con ocasión de estos Decretos es que han implicado la participación de tres órganos del Poder Público, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

Los Decretos han sido dictados por el Presidente de la República, han sido desaprobados por la Asamblea Nacional, pero la Sala Constitucional ha declarado su constitucionalidad. Por ello, realizaremos el análisis en función de la cronología institucional que ha seguido cada uno de los Decretos.

Este trabajo se divide en dos partes fundamentales: (i) por una parte, se hará un análisis de la cronología institucional de los tres Decretos de Emergencia dictados, y cómo esa crono-

logía ha sido una de las aristas del conflicto institucional entre el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial en 2016, y (ii) por otra parte, se hará un análisis desde el punto de vista económico de los tres Decretos de Emergencia Económica.

## I. CRONOLOGÍA INSTITUCIONAL DE LOS DECRETOS DE EMERGENCIA ECONÓMICA

### 1. *El primer Decreto de Emergencia Económica*

#### A. *El Decreto N° 2.184 de Emergencia Económica*

El primer Decreto de Emergencia Económica<sup>1</sup> sería publicado bajo el N° 2.184, en la Gaceta Oficial N° 6.214 extraordinario de 14 de enero de 2016.

Este Decreto de Emergencia Económica habilita de forma amplísima al Presidente de la República para

“adoptar las medidas oportunas que permitan atender eficazmente la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural por la cual atraviesa la economía venezolana y que permita asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos y el libre acceso a bienes y servicios fundamentales e igualmente, mitigar los efectos de la inflación inducida, de la especulación, del valor ficticio de la divisa, el sabotaje a los sistemas de distribución de bienes y servicios, así como también contrarrestar las consecuencias de la guerra de los precios petroleros, que ha logrado germinar al calor de la volátil situación geopolítica internacional actual, generando una grave crisis económica” (artículo 1).

Conforme al artículo 2 del Decreto, al Presidente se le facultaba para dictar las siguientes medidas:

- (i) disponer de los recursos provenientes de las economías presupuestarias del ejercicio económico financiero 2015;
- (ii) asignar recursos extraordinarios a proyectos previstos o no en la Ley de Presupuesto a los órganos y entes de la Administración Pública;
- (iii) diseñar e implementar medidas especiales, de aplicación inmediata, para la reducción de la evasión y la elusión fiscal;
- (iv) dispensar de las modalidades y requisitos propios del régimen de contrataciones públicas a los órganos y entes contratantes en determinados sectores;
- (v) dispensar de los trámites, procedimientos y requisitos para la importación y nacionalización de mercancías;
- (vi) implementar medidas especiales para agilizar el tránsito de mercancías por puertos y aeropuertos de todo el país;
- (vii) dispensar de los trámites cambiarios establecidos por CENCOEX y por el Banco Central de Venezuela, a órganos y entes del sector público o privado;
- (viii) requerir a empresas del sector público y privado incrementar sus niveles de producción, así como el abastecimiento de determinados insumos a los centros de producción de alimentos o de bienes esenciales;

<sup>1</sup> Véase Abadi M., Anabella y García Soto, Carlos. “Decodificando el Decreto de Emergencia Económica”, en *Prodavinci*, 16 de enero de 2016.

- (ix) adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso oportuno de la población a alimentos, medicinas y demás bienes de primera necesidad, así como a todos los servicios necesarios para el disfrute pleno de sus derechos;
- (x) adoptar las medidas necesarias para estimular la inversión extranjera en beneficio del desarrollo del aparato productivo nacional, así como las exportaciones de rubros no tradicionales, y
- (xi) desarrollar, fortalecer y proteger el Sistema de Misiones y Grandes Misiones Socialistas.

Pero, junto a lo previsto en el artículo 2, el artículo 3 va a apoderar al Presidente de modo general para dictar otras medidas, no identificadas en el Decreto:

“Artículo 3. El Presidente de la República podrá dictar otras medidas de orden social, económico o político que estime convenientes a las circunstancias, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la finalidad de resolver la situación extraordinaria y excepcional que constituye el objeto de este Decreto e impedir la extensión de sus efectos.

A todo evento, las medidas que adopte el Ejecutivo Nacional en atención a la emergencia económica que regula este Decreto, estarán orientadas a proteger y garantizar los derechos y el buen vivir de las familias, de los niños, niñas, adolescentes y de los adultos mayores”.

Tal y como lo explicaremos más adelante, tal apoderamiento genérico a favor del Presidente resulta un fraude a la Constitución, y una violación al artículo 11 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (LOEE)<sup>2</sup>.

B. *La Sentencia N° 4 del 20 de enero de la Sala Constitucional que declara la constitucionalidad del Decreto N° 2.184*

Conforme al artículo 339 de la Constitución y el artículo 31 de la LOEE, una vez dictado el Decreto de Estado de Excepción, éste debe ser remitido por el Presidente de la República a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de su constitucionalidad. La Sentencia N° 4 de 20 de enero de 2016 de la Sala Constitucional va a declarar la constitucionalidad del Decreto N° 2.184.

Interesa resaltar que la Sentencia se pronuncia sobre cuál sería la naturaleza del Decreto en el sistema de fuentes del Derecho, para señalar que

“el Decreto que declara el estado de excepción es un acto de naturaleza especial, con rango y fuerza de ley, de orden temporal, con auténtico valor que lo incorpora al bloque de la legalidad y que está, por tanto, revestido de las características aplicables de los actos que tienen rango legal ordinariamente, y más particularmente, concebido en la categoría de actos de gobierno. Ello tendría su asidero en las especialísimas situaciones fácticas bajo las cuales es adoptado y los efectos que debe surtir con la inmediatez que impone la gravedad o entidad de las afectaciones que el Poder Público, con facultades extraordinarias temporarias derivadas del propio Decreto, está en la obligación de atender”.

La Sentencia va a declarar entonces la constitucionalidad del Decreto en estos términos:

“este Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, dictamina la constitucionalidad del Decreto sub examine, el cual fue dictado en cumplimiento de todos los parámetros que prevé la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción y demás normativas aplicables, preservando los Derechos Humanos y en

<sup>2</sup> Gaceta Oficial N° 37.261 del 15 de agosto de 2001.

protección del Texto Fundamental, el Estado, sus instituciones y el pueblo, lo cual motiva el respaldo orgánico de este cuerpo sentenciador de máximo nivel de la Jurisdicción Constitucional hacia las medidas contenidas en el Decreto objeto de examen de constitucionalidad dictado por el ciudadano Presidente de la República, en Consejo de Ministros, en reconocimiento de su pertinencia, proporcionalidad y adecuación, el cual viene a apuntalar con sólido basamento jurídico y con elevada significación popular, la salvaguarda del pueblo y su desarrollo armónico ante factores inéditos y extraordinarios adversos en nuestro país, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; sin perjuicio del control posterior que pueda efectuar esta Sala de conformidad con sus atribuciones constitucionales”.

C. *El Acuerdo de 22 de enero de la Asamblea Nacional por el cual desaprueba el Decreto N° 2.184*

A pesar que la Sala Constitucional declaró la constitucionalidad del Decreto N° 2.184, conforme a lo previsto en los artículos 339 de la Constitución y 26 de la LOEE, correspondía a la Asamblea Nacional aprobar el Decreto de Emergencia Económica.

Atendiendo a lo dispuesto en el Informe presentado por la Comisión Especial designada para examinar el Decreto N° 2.184, la Asamblea Nacional decidió, sin embargo, desaprobar el Decreto.

Una vez que la Asamblea Nacional declaró su desaprobación del Decreto N° 2.184, se planteó el problema de la vigencia del Decreto de Emergencia Económica.

La interpretación racional del artículo 339 de la Constitución era que, si la Asamblea Nacional decidía no aprobar el Decreto de Emergencia Económica, éste perdía validez de inmediato, porque la aprobación constituye en este supuesto una condición de validez del Decreto.

De hecho, tal es la interpretación que se deriva del contenido de la propia Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, que al referirse al control político que puede ejercer la Asamblea Nacional sobre el Decreto de Estado de Excepción, advertirá que a partir de lo dispuesto por el artículo 339 de la Constitución, “como instancia deliberante y representativa por excelencia de la soberanía popular, puede revocarlo si estima que las circunstancias invocadas no justifican la declaración de un estado de excepción o si considera que las medidas previstas para hacerle frente son excesivas”.

D. *La Sentencia N° 7 del 11 de febrero de 2016 de la Sala Constitucional que reafirma la validez del Decreto*

Sin embargo, la Sala Constitucional, al resolver un recurso de interpretación constitucional, declaró a través de la Sentencia N° 7 del 11 de febrero que el Decreto N° 2.184 entró en vigencia desde que fue dictado y su legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica-constitucional se mantenía “irrevocablemente incólume”, a pesar de la desaprobación de la Asamblea Nacional.

2. *El Decreto N° 2.270 del 11 de marzo, mediante el cual se prorroga por sesenta (60) días el plazo establecido en el Decreto 2.184*

Conforme a los artículos 338 de la Constitución y 12 de la LOEE, el Decreto de Emergencia Económica puede ser dictado por un lapso de sesenta días, prorrogables por sesenta días más.

A. *El Decreto N° 2.270*

Pues bien, a través del Decreto N° 2.770, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.219 extraordinario de 11 de marzo de 2016 se dictaría una prórroga de la vigencia por sesenta días del Decreto N° 2.184.

B. *La Sentencia N° 184 de 17 de marzo de la Sala Constitucional que declara la constitucionalidad del Decreto N° 2.270*

Por su parte, la Sentencia N° 184 de 17 de marzo de 2016, la Sala Constitucional va a declarar la constitucionalidad del Decreto N° 2.270 que había declarado la prórroga por sesenta días del Decreto N° 2.184.

3. *El segundo Decreto de Emergencia Económica*

Al perder su vigencia la prórroga otorgada al primer Decreto de Emergencia Económica, la consecuencia era que el Presidente de la República no podía dictar un nuevo Decreto de Emergencia Económica. En la medida en la que los artículos 338 de la Constitución y 12 de la LOEE sólo permiten dictar un Estado de Emergencia Económica por sesenta días, prorrogables por otros sesenta días, un Estado de Emergencia Económica sólo puede durar un máximo de 120 días.

Sin embargo, para eludir esa prohibición constitucional, al vencer la prórroga del primer Decreto de Emergencia Económica, el Presidente optó por dictar un segundo Decreto de Emergencia Económica, lo cual supone un fraude a la Constitución, como se verá.

A. *El Decreto N° 2.323*

El Decreto N° 2.323, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.227 extraordinario del 13 de mayo de 2016, también va a otorgar amplísimas facultades al Presidente de la República<sup>3</sup>, “para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes y servicios fundamentales, e igualmente disminuir los efectos de las circunstancias de orden natural que han afectado la generación eléctrica, el acceso a los alimentos y otros productos esenciales para la vida”. De hecho, al enumerar en sus artículos 2 y siguientes las distintas medidas que podían ser dictadas por el Presidente, el rango de medidas es más amplio que el que había sido previsto en el primer Decreto de Emergencia Económica.

En efecto, conforme a este segundo Decreto de Emergencia Económica, al Presidente se le otorgaba facultad para dictar las siguientes medidas (artículo 2):

- (i) la adopción de medidas necesarias para que el sector público asegure el apoyo del sector productivo privado en la producción, comercialización y sana distribución de insumos y bienes que permitan satisfacer las necesidades de la población y el combate de conductas económicas distorsivas;
- (ii) el diseño e implementación de mecanismos excepcionales para el suministro de insumos, maquinaria, semillas, créditos y todo lo relacionado para el desarrollo agrícola y ganadero nacional;
- (iii) la garantía, incluso mediante la intervención de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y los órganos de seguridad ciudadana, con la participación de los Comités Locales de Abastecimiento y Distribución (CLAP), de la correcta distribución y comercialización de alimentos y productos de primera necesidad;

<sup>3</sup> Véase Abadi M., Anabella y García Soto, Carlos. “Pasado, presente y futuro del Decreto de Emergencia Económica”, en *Provinci*, 18 de mayo de 2016.

- (iv) la autorización por parte del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, de erogaciones con cargo al Tesoro Nacional y otras fuentes de financiamiento que no estén previstas en la Ley de Presupuesto;
- (v) la aprobación y suscripción por parte del Ejecutivo Nacional de contratos de interés público para la obtención de recursos financieros, asesorías técnicas o aprovechamiento de recursos estratégicos para el desarrollo económico del país, sin sometimiento a autorizaciones o aprobaciones de otros Poderes Públicos;
- (vi) el establecimiento de rubros prioritarios para las compras del Estado, o categorías de éstos, y la asignación directa de divisas para su adquisición;
- (vii) decidir la suspensión temporal y excepcional de la ejecución de sanciones de carácter político contra las máximas autoridades del Poder Público y otros altos funcionarios;
- (viii) el establecimiento de políticas de evaluación, seguimiento y control de la producción, distribución y comercialización de productos de primera necesidad;
- (ix) atribuir funciones de vigilancia y organización a los Comités Locales de Abastecimiento y Distribución (CLAP), a los Consejos Comunales y demás organizaciones de base del Poder Popular, conjuntamente con la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, Policía Nacional Bolivariana, Cuerpos de Policía Estadal y Municipal;
- (x) la autorización a los Ministros o Ministras competentes para dictar medidas que garanticen la venta de productos regulados según cronogramas de oportunidad que respondan a las particulares características de la zona o región;
- (xi) la planificación, coordinación y ejecución de la procura nacional o internacional urgente de bienes o suministros esenciales para garantizar la salud, la alimentación y el sostenimiento de servicios básicos en todo el territorio nacional, en el marco de acuerdos comerciales o de cooperación que favorezcan a la República;
- (xii) la implementación de las medidas necesarias para contrarrestar los efectos de los fenómenos climáticos;
- (xiii) requerir de organismos nacionales e internacionales, así como del sector privado nacional, apoyo y asesoría técnica para la recuperación del parque de generación del Sistema Eléctrico Nacional;
- (xiv) adoptar las medidas necesarias y urgentes para el restablecimiento y mantenimiento de las fuentes de energía eléctrica del Estado;
- (xv) dictar medidas de protección de zonas boscosas para evitar la deforestación, la tala y la quema que contribuyen a la disminución de las precipitaciones, alteran los ciclos hidrológicos e impactan de forma negativa amenazando los ciclos agroproductivos y cosechas;
- (xvi) dictar medidas y ejecutar planes especiales de seguridad pública que garanticen el sostenimiento del orden público ante acciones desestabilizadoras que pretendan irrumpir en la vida interna del país o en las relaciones internacionales de éste y que permitan avances contundentes en la restitución de la paz de la ciudadanía, la seguridad personal y el control de la fuerza pública sobre la conducta delictiva;
- (xvii) la adopción de medidas especiales en el orden de la política exterior de la República que garanticen el absoluto ejercicio de la soberanía nacional e impidan la injerencia extranjera en los asuntos internos del Estado venezolano, e
- (xviii) instruir al Ministerio de Relaciones Exteriores la auditoría e inspección de convenios firmados por personas naturales o jurídicas nacionales con entidades u organismos extranjeros para la ejecución de proyectos en el país, y ordenar la suspensión de los financiamientos relacionados a dichos convenios cuando se presuma su utilización con fines políticos o de desestabilización de la República.

Pero además, tal y como ocurrió con el primer Decreto de Emergencia Económica, en el artículo 3 de este segundo Decreto se va a habilitar amplísimamente al Presidente de la República para “dictar otras medidas de orden social, ambiental, económico, político y jurídico que estime convenientes a las circunstancias, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la finalidad de resolver la situación extraordinaria y excepcional que constituye el objeto de este Decreto e impedir la extensión de sus efectos”.

B. *El Acuerdo de la Asamblea Nacional por el cual desaprueba el Decreto N° 2.323*

El 16 de mayo de 2016, la Asamblea Nacional va a emitir un Acuerdo por el cual desaprueba el contenido del Decreto N° 2.323, en ejercicio de su atribución prevista en los artículos 339 de la Constitución y 26 de la LOEE. En este Acuerdo la Asamblea Nacional fijará unas consideraciones más críticas a las que había señalado en su Acuerdo de desaprobación sobre el primer Decreto de Emergencia Económica.

C. *La Sentencia N° 411 de 19 de mayo de 2016 de la Sala Constitucional que declara la constitucionalidad del Decreto N° 2.323*

Sin embargo, la Sentencia N° 411 de 19 de mayo de 2016 de la Sala Constitucional va a declarar la constitucionalidad del Decreto N° 2.323, en unos términos muy similares a como lo había declarado la Sala en la Sentencia N° 7 del 11 de febrero, a través de la cual había declarado la constitucionalidad del primer Decreto de Emergencia Económica.

4. *El Decreto N° 2.371 del 12 de julio de 2016, mediante el cual se prorroga por sesenta (60) días el plazo establecido en el Decreto N° 2.323*

A. *El Decreto N° 2.371*

Este segundo Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica fue prorrogado por 60 días el 12 de julio de 2016 (Gaceta Oficial N° 40.942 de 12 de julio de 2016).

B. *La Sentencia de la Sala Constitucional que declara la constitucionalidad del Decreto N° 2.371*

Y a través de la Sentencia N° 615 de 19 de julio de 2016, la Sala Constitucional va a declarar la constitucionalidad de la prórroga al segundo Decreto de Emergencia Económica.

5. *El tercer Decreto de Emergencia Económica*

A. *El Decreto N° 2.452*

En la Gaceta Oficial N° 6.256 extraordinario de 13 de septiembre de 2016 se publicará un tercer Estado de Emergencia Económica. Al igual que ocurrió con el segundo Decreto de Emergencia Económica, se trata de un nuevo fraude a la Constitución, la cual sólo permite en su artículo 338 que se dicte un Decreto de Emergencia Económica, prorrogable por una única vez.

El Decreto se dicta “a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida” (artículo 1).

También en esta oportunidad, en los artículos 2 y siguientes del Decreto se va a habilitar amplísimamente al Presidente de la República para dictar medidas en distintos ámbitos. En efecto, se habilitará al Presidente de la República para dictar las siguientes medidas:

- (i) establecer las regulaciones excepcionales y transitorias necesarias para garantizar el impulso de los motores: Agroalimentario, de Producción y Distribución;
- (ii) diseñar y ejecutar mecanismos excepcionales para garantizar la aplicación eficaz y eficiente de las políticas públicas nacionales orientadas al desarrollo de la producción, abastecimiento estable y justa distribución de alimentos, materias primas, productos e insumos del sector agroproductivo e industrial nacional agroalimentario, de producción y distribución de fármacos y de la industria de productos para la higiene personal y aseo del hogar;
- (iii) establecer mecanismos excepcionales de supervisión, control y seguimiento, de procura nacional e internacional, obtención y suministro de la materia prima, producción de los rubros esenciales, fijación de precios, comercialización y distribución de los productos estratégicos necesarios para la agroproducción, alimentación, salud, aseo e higiene personal;
- (iv) decretar normativa excepcional para la asignación de recursos presupuestarios, los límites máximos de autorizaciones para gastar, la distribución de los egresos y las operaciones de financiamiento, sin compensaciones entre sí, que regirán para el ejercicio económico financiero 2017, si por situaciones de hecho o impedimentos jurídicos resultare imposible tramitar el Presupuesto 2017 oportunamente;
- (v) dictar normas especiales para la obtención de información de las personas naturales y jurídicas, venezolanas o extranjeras, que desarrollan actividades económicas en el país;
- (vi) ordenar la ejecución de programas de inspección, fiscalización y control que permitan atacar, erradicar y sancionar el acaparamiento, la especulación y el contrabando;
- (vii) dictar un marco regulatorio transitorio y excepcional que permita, a través de la banca pública y privada, el financiamiento de proyectos del sector agroindustrial para el desarrollo de un nuevo esquema productivo;
- (viii) implementar políticas integrales que garanticen la evaluación, seguimiento, control, protección y resguardo de los productos, bienes y servicios del sistema agroindustrial nacional, así como el de producción, almacenamiento, distribución y comercialización de alimentos, fármacos, productos de higiene personal y aseo del hogar;
- (ix) generar mecanismos que viabilicen la cooperación de los entes públicos, privados y del Poder Popular, en función de ampliar los canales de distribución oportuna de alimentos y fármacos;
- (x) dictar normas regulatorias que permitan la implementación inmediata de medidas productivas de agricultura urbana en los espacios públicos o privados ubicados en los centros urbanos, que se encuentren libres, ociosos, subutilizados o abandonados, para que sean aprovechados para el cultivo y producción de alimentos;
- (xi) autorizar erogaciones con cargo al Tesoro Nacional y otras fuentes de financiamiento que no estén previstas en la Ley de Presupuesto;
- (xii) aprobar y suscribir contratos de interés público para la obtención de recursos financieros, asesorías técnicas o aprovechamiento de recursos estratégicos para el desarrollo económico del país, sin sometimiento a autorizaciones o aprobaciones de otros Poderes Públicos;
- (xiii) establecer rubros prioritarios para las compras del Estado o categorías de estos, y la asignación directa de divisas para su adquisición;
- (xiv) la planificación, coordinación y ejecución de la procura nacional o internacional urgente de bienes o suministros esenciales para garantizar el normal desenvolvimiento del Sistema Eléctrico Nacional;

- (xv) decidir la suspensión temporal y excepcional de la ejecución de sanciones de carácter político contra las máximas autoridades del Poder Público y otros altos funcionarios;
- (xvi) dictar los lineamientos que correspondan en materia de procura nacional o internacional de bienes o suministros esenciales para garantizar la salud, la alimentación y el sostenimiento de servicios básicos en todo el territorio nacional;
- (xvii) dictar medidas y ejecutar planes especiales de seguridad pública que garanticen el sostenimiento del orden público ante acciones de desestabilización del orden económico y la normal satisfacción de las necesidades básicas del pueblo venezolano, y
- (xviii) la adopción de medidas especiales en el orden de la política exterior de la República que garanticen el absoluto ejercicio de la soberanía nacional e impidan la injerencia extranjera en los asuntos internos del estado venezolano.

De la misma forma que en los dos primeros Decretos de Emergencia Económica, en este Decreto se va a habilitar amplísimamente al Presidente de la República para “dictar otras medidas de orden social, económico, político y jurídico que estime convenientes a las circunstancias, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la finalidad de resolver la situación extraordinaria y excepcional que constituye el objeto de este Decreto e impedir la extensión de sus efectos, dentro de los extremos fijados de conformidad con el encabezado del artículo precedente”.

B. *El Acuerdo de la Asamblea Nacional por el cual se desaprueba el Decreto N° 2.452*

El 20 de septiembre de 2016, en ejercicio de la atribución prevista en los artículos 339 de la Constitución y 26 de la LOEE, la Asamblea Nacional desaprueba el tercer Decreto de Emergencia Económica.

C. *La Sentencia de la Sala Constitucional que declara la constitucionalidad del Decreto N° 2.452*

Pero a través de la Sentencia N° 810 de 21 de septiembre de 2016, la Sala Constitucional va a declarar la constitucionalidad de este tercer Decreto de Emergencia Económica, en términos similares a las dos Sentencias anteriores que declararon la constitucionalidad de los dos primeros Decretos de Emergencia Económica.

6. *Los distintos Decretos de Emergencia Económica como un fraude a la Constitución*

Tal y como se señaló, que el Presidente haya dictado un segundo y hasta un tercer Decreto de Emergencia Económica, puede ser considerado como un fraude a la Constitución.

En efecto, conforme a lo previsto en los artículos 338 de la Constitución y 12 de la LOEE, el Estado de Emergencia Económica, como modalidad de Estado de Excepción, sólo puede ser dictado por una sola vez, prorrogable por una sola vez.

Tal limitación atiende al carácter extraordinario de todo Estado de Excepción. Ese carácter extraordinario deriva, precisamente, de que el Decreto de Emergencia Económica tiene como objeto atender a una situación extraordinaria o excepcional. Pero, a la vez, supone una garantía para los ciudadanos, que sólo deben estar sujetos a un régimen excepcional de Estado de Excepción por un período determinado de tiempo.

Nada obsta a que, por ejemplo, dentro de un período constitucional puedan dictarse dos Estados de Emergencia para atender dos situaciones distintas y separadas en el tiempo. Si bien la Constitución no establece un plazo determinado, pudiera considerarse razonable que, por circunstancias diferentes, se dicte un Decreto de Emergencia Económica al principio de un período constitucional y otro al final de ese mismo período constitucional.

Asunto del todo distinto es dictar Decretos de Emergencia Económica sucesivamente, apenas a días de haber vencido la prórroga de un Decreto de Emergencia Económica anterior, tal y como ha sucedido en los supuestos estudiados.

Por ello, esperar a la finalización de la prórroga de un Decreto de Emergencia Económica, para prácticamente de modo inmediato proceder a dictar otro Decreto de Emergencia Económica, en realidad, puede ser considerado como un supuesto de “fraude a la Constitución”, en la medida en la que si bien se respeta formalmente la finalización de la prórroga del primer Decreto de Emergencia, de inmediato se vuelve a dictar uno nuevo para atender la misma supuesta situación de emergencia para la cual se dictó el primer Decreto.

7. *Los Decretos de Emergencia Económica como un fraude a la Constitución por implicar un supuesto de Ley Habilitante encubierta*

Pero, por otra parte, los Decretos de Emergencia Económica estudiados incurren en otro fraude a la Constitución.

Conforme al régimen previsto en la Constitución y en la LOEE, el Decreto de Emergencia Económica, en tanto Decreto de Estado de Excepción, debe señalar expresamente cuáles son las medidas a través de las cuales se va a atender a la situación extraordinaria que el Decreto pretende atender. En efecto, por ejemplo, para el caso particular del Estado de Emergencia Económica, señala el artículo 11 de la LOEE:

“Artículo 11. El decreto que declare el estado de emergencia económica dispondrá las medidas oportunas, destinadas a resolver satisfactoriamente la anormalidad o crisis e impedir la extensión de sus efectos”.

Es decir, el propio Decreto de Emergencia Económica debe fijar por sí mismo las medidas dictadas, a partir de la restricción de los derechos que se considere necesario restringir (artículos 339 de la Constitución y 6 de la LOEE)<sup>4</sup>. De tal manera, el Decreto de Estado de Excepción no sólo debe señalar cuáles derechos se restringen y en qué medida (artículos 339 de la Constitución y 1 y 11 de la LOEE), sino que debe señalar expresamente cuáles son las medidas que se deciden a través del Decreto para hacer frente a la situación que motivó la declaratoria del Estado de Excepción. Tal es la interpretación que debe derivarse igualmente del artículo 15 de la LOEE, por el cual se faculta al Presidente para dictar las medidas necesarias en Consejo de Ministros, las cuales serán expresadas a través del Decreto de Estado de Excepción.

Por el contrario, en cada uno de los tres Decretos de Emergencia Económica estudiados, el Presidente se ha atribuido en los artículos 2 y 3 la facultad de dictar medidas posteriores para atender la situación de emergencia económica. En realidad, el sentido del artículo 11 de la LOEE es que el Presidente debía dictar las medidas en el texto del Decreto, sin habilitarse a sí mismo para dictar unas medidas posteriores e indeterminadas.

<sup>4</sup> Véase García Soto, Carlos. “Notas sobre el ámbito y requisitos del estado de excepción”, en *Revista de Derecho Público*, N° 143-144, julio-diciembre, 2015, pp. 9-12.

En ese sentido, los Decretos de Emergencia Económica suponen un fraude a la Constitución, puesto que desnaturalizan la figura, para convertirla en una habilitación para posteriores medidas que no son señaladas en el Decreto.

## II. DECODIFICACIÓN ECONÓMICA DE LOS DECRETOS DE EMERGENCIA ECONÓMICA

### 1. *¿Para qué se aprobaron los Decretos de Emergencia Económica según el Gobierno Central?*

Según lo presentado por el propio Gobierno Central ante la SEC<sup>5</sup> (página 5, traducción libre):

- Primer Decreto de Emergencia Económica (Decreto N° 2.184, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.214 extraordinario de 14 de enero de 2016):

*“decretaba un estado de emergencia económica por 60 días con el fin de garantizar el acceso a alimentos y servicios esenciales y combatir la crisis económica y la alta inflación. El decreto dio el presidente Maduro el poder de: (1) dictar las políticas económicas, (2) acceso a los fondos asignados al presupuesto de 2015 y realizar gastos fuera de las asignaciones hechas en virtud de la ley de presupuesto 2016, (3) evitar los procedimientos de intercambio establecidos por CENCOEX y Banco Central con el fin de facilitar la importación de productos de primera necesidad y (4) promover la inversión extranjera y las misiones socialistas”.*

Este Decreto de Emergencia fue prorrogado por 60 días el 11 marzo de 2016 (Decreto N° 2.270, Gaceta Oficial N° 6.219 extraordinario de 11 de marzo de 2016).

- Segundo Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica (Decreto N° 2.323, Gaceta Oficial N° 6.227 extraordinario de 13 de mayo de 2016):

*“declaró 60 días de estado de emergencia debido a acontecimientos sociales, económicos, políticos y ecológicos extraordinarios. El decreto otorgó poderes de emergencia adicional a presidente Maduro para combatir la crisis económica y la crisis eléctrica, tales como el poder de imponer controles sobre la producción y distribución de bienes y el poder para mantener el orden público a través del uso de las fuerzas armadas”.*

Este Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica fue prorrogado por 60 días el 12 de julio de 2016 (Decreto N° 2.371, Gaceta Oficial N° 40.942 de 12 de julio de 2016).

- Tercer Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica (Decreto N° 2.452, Gaceta Oficial N° 6.256 extraordinario de 13 de septiembre de 2016):

*“renovó los poderes de emergencia del presidente Maduro, dándole la autoridad para promover la producción y distribución de alimentos, implementar planes de seguridad e imponer suspensiones limitadas de sanciones contra los funcionarios gubernamentales de alto nivel”.*

<sup>5</sup> Anexo D del Informe Anual de RB Venezuela para el Formulario 18-K a entregar ante la Comisión de Valores de Estados Unidos (SEC por sus siglas en inglés), año 2015. Dirección: [https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/103198/000119312516727765/d255060dex99d.htm#tx255060\\_3](https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/103198/000119312516727765/d255060dex99d.htm#tx255060_3)

2. *¿Cuáles Decretos presidenciales se aprobaron bajo el amparo de los Decretos de Emergencia Económica?*

A continuación, se señalan los Decretos presidenciales dictados bajo el amparo expícito de los respectivos Decretos de Emergencia, publicados en Gaceta Oficial hasta el 30 de septiembre de 2016.

A. *Primer Decreto de Emergencia Económica (Decreto N° 2.184)*

Según el Vicepresidente Ejecutivo, Aristóbulo Istúriz<sup>6</sup>, bajo el amparo del primer Decreto de Emergencia Económica el Presidente Maduro aprobó ocho decretos presidenciales:

1. Decreto N° 2.185, mediante el cual se establece los saldos líquidos y no líquidos no causados al cierre del Ejercicio Económico Financiero 2015, se transferirán al Fondo de Desarrollo Nacional S.A., (FONDEN) (Gaceta Oficial N° 40.829, 15 de enero de 2016)
2. Decreto N° 2.198, mediante el cual se crea el Sistema Centralizado y Estandarizado de Compras Públicas para los órganos y entes de la Administración Pública Nacional. (Gaceta Oficial N° 40.836, 26 de enero de 2016)
3. Decreto N° 2.258, mediante el cual se establece que el Ejecutivo Nacional, a través de las empresas del sector público designadas a tal efecto, ejercerá un derecho especial de preferencia para la adquisición de residuos sólidos metálicos y chatarra de aluminio, cobre y hierro, a los fines de su transformación e incorporación para su utilización prioritaria en obras de construcción en el territorio nacional, así como para el desarrollo de la Gran Misión Vivienda Venezuela. (Gaceta Oficial N° 40.861, 03 de marzo de 2016)
4. Decreto N° 2.267, mediante el cual se crea la Tarjeta de las Misiones Socialistas para los Hogares de la Patria como instrumento de apoyo para garantizar el otorgamiento de subsidios destinados a la alimentación y la salud, con el fin de atender efectivamente a las familias en situación de pobreza, pobreza extrema y situaciones de vulnerabilidad. (Gaceta Oficial N° 40.864, 08 de marzo de 2016)
5. Decreto N° 2.264, mediante el cual se establece que la cartera de crédito bruta anual, que con carácter obligatorio deben colocar con recursos propios las instituciones del sector bancario, se destinará un veinte por ciento (20%) a la concesión de nuevos créditos hipotecarios para la construcción, adquisición y autoconstrucción, mejoras y ampliación de vivienda principal. (Gaceta Oficial N° 40.865, 09 de marzo de 2016)
6. Decreto N° 2.266, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto Sobre la Renta el enriquecimiento neto anual de fuente territorial obtenido por las personas naturales residentes en el país, hasta por un monto en bolívares equivalente a tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.). –Vicepresidencia emite aviso en que corrige por error material (Gaceta Oficial N° 40.865, 09 de marzo de 2016)
7. Decreto N° 2.265, mediante el cual se crea la Comisión Presidencial de Desarrollo Ecosocialista y Salvaguarda de los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Actividad Minera, con carácter permanente, como Órgano consultivo y asesor, multidisciplinario e inter-institucional de alto nivel. Se Reimprime por fallas en los originales (Gaceta Oficial N° 40.866, 10 de marzo de 2016)
8. Decreto N° 2.271, mediante el cual se autoriza la creación de una empresa del Estado bajo la forma de sociedad anónima, denominada Banco de Insumos para la Pequeña y Mediana Industria, S.A., la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular para Industria y Comercio. (Gaceta Oficial N° 40.866, 10 de marzo de 2016).

<sup>6</sup> *Ocho decretos promulgó el Ejecutivo para defender al pueblo ante la emergencia económica*, AVN, 15 de marzo de 2016. Dirección: <http://www.avn.info.ve/contenido/ist%C3%BAriz-hemos-decretado-ocho-decretos-basados-decreto-emergencia-econ%C3%B3mica>

Aunque no se hace explícito en el texto publicado en Gaceta Oficial, algunos alegan que este decreto presidencial fue aprobado bajo el amparo del Decreto de Emergencia:

- Decreto N° 2.231, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa del Estado, bajo la forma de Compañía Anónima, que se denominará Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG), la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Defensa. (Gaceta Oficial N° 40.845, 10 de febrero de 2016)

B. *Prórroga del primer Decreto de Emergencia Económica (Decreto N° 2.270)*

9. Decreto N° 2.276, mediante el cual se declaran días no laborables y, por tanto, considerados como feriados a los efectos de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, los días 21, 22 y 23 de marzo del año 2016. (Gaceta Oficial N° 40.868, 14 de marzo de 2016)
10. Decreto N° 2.282, “*DECRETO N° 8 EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Misiones, Grandes Misiones y Micro Misiones, sobre el Fondo Nacional de Misiones. (Gaceta Oficial N° 40.872, 18 de marzo de 2016)
11. Decreto N° 2.286, “*DECRETO N° 10 EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se asignan los recursos necesarios para el pago del ajuste del salario y cestaticket socialista de los trabajadores y trabajadoras, pensionados y pensionadas, jubilados y jubiladas de la Administración Pública Nacional, correspondiente al mes de abril de 2016 (Bs. 121.613.240.772,00). (Gaceta Oficial N° 40.872, 18 de marzo de 2016)
12. Decreto N° 2.292, “*DECRETO N° 11 EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se dicta el Instructivo sobre Simplificación de los Trámites, y Procesos Vinculados con la Exportación de Mercancías No Tradicionales. (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.222, 01 de abril de 2016)
13. Decreto N° 2.294, “*DECRETO N° 12 EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se declaran los días viernes como No Laborables para el sector público, a partir del 08 de abril de 2016 y mientras persistan los efectos del fenómeno climático “El Niño” sobre la Central Hidroeléctrica Simón Bolívar. (Gaceta Oficial N° 40.880, 06 de abril de 2016)
14. Decreto N° 2.300, “*DECRETO N° 13 EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se declara el día lunes 18 de abril de 2016, como No Laborable para la Administración Pública y para el Sector Educativo Público y Privado, como medida necesaria para disminuir los efectos del fenómeno climático “El Niño” sobre la Central Hidroeléctrica Simón Bolívar. (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.223, 14 de abril de 2016)
15. Decreto N° 2.301, “*DECRETO N° 14 EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se modifica el Huso Horario en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, entrando en vigencia el primero de mayo de 2016. (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.224, 18 de abril de 2016)
16. Decreto N° 2.303, “*DECRETO N° 15 EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se establece un régimen especial, transitorio, de días No Laborables, mientras persistan los efectos del fenómeno climático “El Niño”, sobre la Central Hidroeléctrica Simón Bolívar, a partir del día miércoles 27 de abril de 2016, y hasta el viernes 13 de mayo de 2016. (Gaceta Oficial N° 40.890, 26 de abril de 2016)
17. Decreto N° 2.309, “*DECRETO N° 19 EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se restringe y difiere de acuerdo al artículo N° 236 numeral 7, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las mociones de censura que pudiera acordar la Asamblea Nacional contra los Ministros y Ministras del Poder

Popular, o contra el Vicepresidente Ejecutivo, en las cuales solicitaren su remoción, hasta tanto cesen los efectos del Decreto de Emergencia Económica dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.225, 02 de mayo de 2016).

18. Decreto N° 2.314, “*DECRETO N° 21 EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se asignan los recursos financieros necesarios para el pago del ajuste del salario y cesta ticket socialista de los trabajadores y trabajadoras, pensionados y pensionadas, jubilados y jubiladas de la Administración Pública Nacional, así como los pensionados y pensionadas del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), correspondientes al mes de mayo de 2016 (Bs. 145.479.359.458,00). (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.226, 05 de mayo de 2016)
  19. Decreto N° 2.319, mediante el cual se prorroga, hasta el viernes 27 de mayo de 2016, el régimen especial de días No Laborables, de carácter transitorio, establecido mediante Decreto N° 2.303, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.890, de fecha 26 de abril de 2016. (Gaceta Oficial N° 40.902, 12 de mayo de 2016).
- C. *Segundo Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica (Decreto N° 2.323)*
20. Decreto N° 2.335, “*DECRETO N° 1 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza asignar la cantidad que en él se menciona, al Presupuesto de Gastos vigente del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz. (Bs. 40.000.000.000,00). (Gaceta Oficial N° 40.911, 25 de mayo de 2016)
  21. Decreto N° 2.337, “*DECRETO N° 2 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se prorroga, hasta el viernes 10 de junio de 2016, el régimen especial de Días No Laborables de carácter transitorio. (Gaceta Oficial N° 40.913, 27 de mayo de 2016)
  22. Decreto N° 2.339, “*DECRETO N° 3 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se asignan recursos para el pago de gastos de personal, el incremento del salario mínimo nacional, el ajuste del cestaticket socialista y de los sistemas de remuneraciones (escala de sueldos de los funcionarios y funcionarias y tabulador salarial de los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública), así como el incremento de las pensiones del Instituto Venezolano de Los Seguros Sociales (I.V.S.S.) en sus diferentes contingencias, correspondientes al mes de junio 2016 (Bs. 276.605.367.456,00). (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.230, 31 de mayo de 2016)
  23. Decreto N° 2.348, “*DECRETO N° 4 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de Recursos Adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Gobierno del Distrito Capital, hasta por la cantidad que en él se señala (Bs. 253.579.099,00). (Gaceta Oficial N° 40.922, 09 de junio de 2016)
  24. Decreto N° 2.349, “*DECRETO N° 5 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de Recursos Adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Territorio Insular Francisco de Miranda, hasta por la cantidad que en él se indica (Bs. 413.310.348,06). (Gaceta Oficial N° 40.922, 09 de junio de 2016)
  25. Decreto N° 2.352, “*DECRETO N° 6 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el que se establece para los Órganos y Entes de la Administración Pública Nacional, un horario especial laboral, desde las 8:00 a.m. hasta la 1:00 p.m., a partir del día lunes 13 de junio de 2016 hasta el viernes 24 de junio de 2016; prorrogable por el período que acuerde el Ejecutivo Nacional. (Gaceta Oficial N° 40.923, 10 de junio de 2016)

26. Decreto N° 2.360, “*DECRETO N° 7 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se prorroga hasta el viernes 8 de julio de 2016 el horario especial laboral, desde las 8:00 a. m. hasta la 1:00 p. m., para los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, establecido mediante Decreto N° 2.352, de fecha 10 de junio de 2016, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.923, de la misma fecha. (Gaceta Oficial N° 40.932, 23 de junio de 2016)
27. Decreto N° 2.362, “*DECRETO N° 8 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de Recursos Adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, hasta por la cantidad que en él se menciona, para la dotación de uniformes al personal de Venezolana de Teleféricos, Ventel, C.A. (Bs. 200.000.000,00). (Gaceta Oficial N° 40.934, 29 de junio de 2016)
28. Decreto N° 2.363, “*DECRETO N° 9 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de Recursos Adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Ministerio del Poder Popular para los Pueblos Indígenas, hasta por la cantidad que en él se indica, para cubrir gastos de funcionamiento (Bs. 933.725.772,35). (Gaceta Oficial N° 40.934, 29 de junio de 2016)
29. Decreto N° 2.364, “*DECRETO N° 10 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de Recursos Adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Ministerio del Poder Popular para los Pueblos Indígenas, hasta por la cantidad que él se señala, destinado para el arranque del Plan Integral para la Erradicación de la Pobreza Extrema en comunidades y pueblos indígenas (Bs. 883.167.000,00). (Gaceta Oficial N° 40.934, 29 de junio de 2016)
30. Decreto N° 2.367, “*DECRETO N° 11 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se crea la Gran Misión Abastecimiento Soberano, para el impulso, desde las bases del Poder Popular y la unión cívico militar, de los motores Agroalimentario, de Producción y Distribución de Fármacos y de la Industria de Productos para la Higiene Personal y Aseo del Hogar. -Se Reimprime por fallas en los originales (Gaceta Oficial N° 40.949, 21 de julio de 2016)
31. Decreto N° 2.374, “*DECRETO N° 12 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza asignar la cantidad que en él se menciona, para cubrir insuficiencias presupuestarias relacionadas con gastos de personal, personal activo, pensionados y jubilados de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, así como a los pensionados del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) en sus diferentes contingencias, correspondientes al mes de julio de 2016 (Bs. 307.690.253.851,00). (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.236, 12 de julio de 2016)
32. Decreto N° 2.376, “*DECRETO N° 13 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la Distribución de Recursos Adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Gobierno del Distrito Capital, hasta por la cantidad que en él se menciona (Bs. 1.904.629.591,00). (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.237, 12 de julio de 2016)
  - D. *Prórroga del segundo Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica (Decreto N° 2.371)*
33. Decreto N° 2.382, mediante el cual se crea las Autoridades Únicas del Sistema Portuario que en él se especifican, y se designa a los ciudadanos que en él se mencionan, como Autoridades Únicas. (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.242, 22 de julio de 2016)

34. Decreto N° 2.393, “*DECRETO N° 14 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de recursos adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz (Bs. 60.000.000.000,00). (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.244, 25 de julio de 2016)
35. Decreto N° 2.395, “*DECRETO N° 15 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de recursos adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Gobierno del Distrito Capital, por la cantidad que en él se menciona, para cubrir las Transferencias Corrientes a entes descentralizados sin fines empresariales (Bs. 800.000.000,00). (Gaceta Oficial N° 40.953, 27 de julio de 2016)
36. Decreto N° 2.396, “*DECRETO N° 16 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de recursos adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Gobierno del Distrito Capital, por la cantidad que en él se señala, para cubrir las Transferencias corrientes a entes descentralizados con y sin fines empresariales, y Transferencias de Capital a Consejos Comunales (Bs. 662.549.216,55). (Gaceta Oficial N° 40.953, 27 de julio de 2016)
37. Decreto N° 2.397, “*DECRETO N° 17 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de recursos adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Territorio Insular Francisco de Miranda, hasta por la cantidad que en él se indica, para cubrir insuficiencias presupuestarias (Bs. 200.000.000,00). (Gaceta Oficial N° 40.953, 27 de julio de 2016)
38. Decreto N° 2.407, “*DECRETO N° 18 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza a los Ordenadores de Compromisos y Pagos de los Ministerios del Poder Popular para el Ecosocialismo y Aguas y el Ministerio del Poder Popular de Agricultura Urbana, para que tramiten las modificaciones presupuestarias a que hubiere lugar, a los fines de transferir al Servicio Autónomo de los Servicios Ambientales (SAMARN) (US\$ 500.000,00 equivalentes a Bs. 3.142.100,00) y a la Fundación de Capacitación e Innovación para Apoyar la Revolución Agraria (CIARA) (US\$ 600.000,00 equivalentes a Bs. 3.770.520,00), los recursos provenientes del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), para la ejecución de los Proyectos que en él se mencionan. (Gaceta Oficial N° 40.959, 04 de agosto de 2016)
39. Decreto N° 2.411, “*DECRETO N° 19 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se establece la prioridad social sobre las utilidades de la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco. (Gaceta Oficial N° 40.960, 05 de agosto de 2016)
40. Decreto N° 2.412, mediante el cual se prohíbe el uso, tenencia, almacenamiento y transporte del Mercurio (Hg) como método de obtención o tratamiento del oro y cualquier otro mineral metálico o no metálico, en todas las etapas de la actividad minera que se desarrollen en el Territorio Nacional. (Gaceta Oficial N° 40.960, 05 de agosto de 2016)
41. Decreto N° 2.429, “*DECRETO N° 20 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se aumenta en un cincuenta por ciento (50%) el salario mínimo nacional mensual obligatorio en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios en los sectores público y privado, a partir del 1° de septiembre de 2016. Quedando fijado dicho salario mínimo en la cantidad de veintidós mil quinientos setenta y seis bolívares con setenta y tres céntimos (Bs. 22.576,73) mensuales. (Gaceta Oficial N° 40.965, 12 de agosto de 2016)
42. Decreto N° 2.430, “*DECRETO N° 21 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se ajusta la base de cálculo para el pago del Cestaticket Socialista para los Trabajadores y las Trabajadoras que presten servicios en los sectores públicos y privados. (Gaceta Oficial N° 40.965, 12 de agosto de 2016)

43. Decreto N° 2.431, “*DECRETO N° 22 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se asignan recursos para el Pago de Gastos de Personal, el incremento del Salario Mínimo Nacional, el ajuste del Cestaticket Socialista y de los Sistemas de Remuneraciones (escala de sueldos de los funcionarios y funcionarias y tabulador salarial de los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública), así como las pensiones del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.) en sus diferentes contingencias, correspondientes al mes de agosto de 2016 (Bs. 235.509.828.167,00). (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.251, 15 de agosto de 2016)
44. Decreto N° 2.437, “*DECRETO N° 23 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de Recursos Adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Gobierno del Distrito Capital, por la cantidad que en él se menciona (Bs. 271.121.216,00). Se Reimprime por fallas en los originales (Gaceta Oficial N° 40.968, 17 de agosto de 2016)
45. Decreto N° 2.438, “*DECRETO N° 24 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de recursos adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Ministerio del Poder Popular de Planificación, por la cantidad que en él se indica (Bs. 30.000.000,00). (Gaceta Oficial N° 40.968, 17 de agosto de 2016)
46. Decreto N° 2.440, “*DECRETO N° 26 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de recursos adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Territorio Insular Francisco de Miranda, hasta por la cantidad que en él se menciona (Bs. 33.797.890,99). (Gaceta Oficial N° 40.972, 23 de agosto de 2016)
47. Decreto N° 2.443, “*DECRETO N° 27 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de recursos adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Gobierno del Distrito Capital, por la cantidad que en él se indica (Bs. 614.045.720,00). (Gaceta Oficial N° 40.974, 25 de agosto de 2016)
48. Decreto N° 2.444, “*DECRETO N° 28 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de recursos adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Gobierno del Distrito Capital, por la cantidad que en él se señala (Bs. 2.856.944.387,00). (Gaceta Oficial N° 40.974, 25 de agosto de 2016)
49. Decreto N° 2.450, “*DECRETO N° 29 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se asignan recursos para el pago de Gastos de Personal, el incremento del Salario Mínimo Nacional, el ajuste del Cestaticket Socialista y de los Sistemas de Remuneraciones (Escala de Sueldos de los Funcionarios y Funcionarias y Tabulador Salarial de los Obreros y Obreras al servicio de la Administración Pública), así como las Pensiones del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.) en sus diferentes contingencias, correspondientes al mes de septiembre de 2016 Bs. 485.613.184.605,00). (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.253, 06 de septiembre de 2016)
  - E. *Tercer Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica (Decreto N° 2.452)*
50. Decreto N° 2.454, “*DECRETO N° 1 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza asignar la cantidad que en él se indica, para ser transferidos al Servicio Autónomo Servicios Ambientales del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales (SAMARN), responsable de la ejecución del “Proyecto de Desarrollo Social Integral y su interrelación con el Cambio Climático en Cuencas Hidrográficas de los estados Lara y Falcón (PDELAFA)” (Bs. 3.142.100,00). (Gaceta Oficial N° 40.990, 16 de septiembre de 2016)

51. Decreto N° 2.455, “*DECRETO N° 2 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza asignar la cantidad que en él se señala, para ser transferidos a la Fundación de Capacitación e Innovación para Apoyar a la Revolución Agraria (CIARA), responsable de la ejecución del “Proyecto de Desarrollo Social Integral y Sustentable para las Zonas Áridas de los estados Nueva Esparta y Sucre (PROSANESU)” (Bs. 3.770.520,00). (Gaceta Oficial N° 40.990, 16 de septiembre de 2016)
52. Decreto N° 2.456, “*DECRETO N° 3 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA*” mediante el cual se autoriza la distribución de recursos adicionales con cargo al Presupuesto de Gastos del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y los Movimientos Sociales, por la cantidad que en él se menciona, para el financiamiento productivo de los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP) (Bs. 240.000.000,00). (Gaceta Oficial N° 40.990, 16 de septiembre de 2016)
3. *¿Cuáles fueron las materias atendidas por los decretos presidenciales amparados bajo los Decretos de Emergencia Económica?*

De los 52 Decretos presidenciales aprobados bajo el amparo de Decretos de Emergencia Económica entre enero y septiembre de 2016, 25 –casi la mitad– correspondieron a la asignación de recursos adicionales, sumando un total de Bs. 1.682.815.017.169,95. De este monto -equivalente a 108,7% del Presupuesto Nacional del año 2016-, 79,5% fue dirigido a cubrir insuficiencias presupuestarias relacionadas con gastos de personal, aumentos de salarios y de bonos de alimentación de la Administración Pública y aumentos de las pensiones del IVSS. Otros dos Decretos permitieron reconducir recursos hacia el Fonden, hacia el Servicio Autónomo de los Servicios Ambientales (SAMARN) y hacia la Fundación de Capacitación e Innovación para Apoyar la Revolución Agraria (CIARA).

Nueve de los Decretos presidenciales fueron dirigidos a atender la crisis eléctrica, incluyendo seis para decretar días no laborales para el sector pública, dos para ajustar los horarios de trabajo de órganos y entes del sector público y uno para modificar el huso horario.

Tres Decretos parecen fomentar la actividad económica: creación del Banco de Insumos para la Pequeña y Mediana Industria, S.A., Instructivo sobre Simplificación de los Trámites y Procesos Vinculados con la Exportación de Mercancías No Tradicionales, y la creación de las Autoridades Únicas del Sistema Portuario. Otros tres decretos atendieron distintas aristas de la actividad minera; y dos Decretos fueron dirigidos a atender el abastecimiento mediante la creación del Sistema Centralizado y Estandarizado de Compras Públicas y la Gran Misión Abastecimiento Soberano.

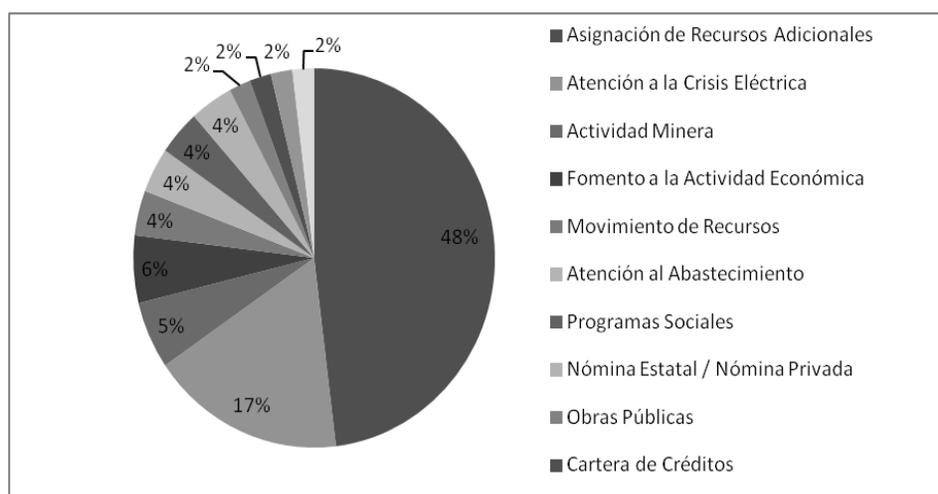
En materia de gasto social, dos Decretos permitieron dictar el Reglamento Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Misiones, Grandes Misiones y Micro Misiones, sobre el Fondo Nacional de Misiones; y la creación de la Tarjeta de las Misiones Socialistas para los Hogares de la Patria. Vale decir, bajo el amparo de la prórroga del Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica (Decreto N° 2.371) se aprobaron dos decretos para oficializar el tercer aumento de salario mínimo y el tercer ajuste de la base de cálculo del bono de alimentación del año 2016.

Un Decreto dio al Ejecutivo Nacional derecho especial de preferencia para la adquisición de residuos sólidos metálicos y chatarra de aluminio, cobre y hierro; otro estableció que 20% de la cartera de crédito bruta anual de los bancos se destinará a la concesión de nuevos créditos hipotecarios para la construcción, adquisición y autoconstrucción, mejoras y ampliación de vivienda principal; y otro exoneró del pago del ISLR a las personas naturales residentes en el país que ganen hasta 3.000 U.T.

Por último, el Ejecutivo Nacional hizo uso de la prórroga del Decreto de Emergencia Económica (Decreto N° 2.270) para restringir y diferir las mociones de censura que pudiera acordar la Asamblea Nacional contra los Ministros y Ministras del Poder Popular o contra el Vicepresidente Ejecutivo, en las cuales solicitaren su remoción.

La distribución relativa de los 52 Decretos aprobados bajo el amparo de Decretos de Emergencia Económica entre enero y septiembre de 2016 se detalla en el gráfico 1.

**Gráfico 1.** Clasificación de los 52 decretos aprobados bajo el amparo de Decretos de Emergencia Económica - enero y septiembre de 2016<sup>7</sup>.



Aunque se supone que los Decretos de Emergencia Económica estarían destinados a enfrentar la actual crisis económica, la prioridad no fue la lucha contra la inflación y la escasez. La prioridad fue en realidad asignar arbitrariamente recursos adicionales para cubrir los costos de una creciente nómina pública y atender una crisis eléctrica generada por la falta de inversión y mantenimiento en el sector. Estos dos asuntos ocuparon 34 de los 52 Decretos presidenciales (65%) aprobados en el marco de la Emergencia Económica.

Los tres Decretos presidenciales en materia minera se firman en el marco de la formalización del Arco Minero, proyecto que se implementa para intentar palear la caída en el flujo de divisas generado por la exportación del volátil petróleo con divisas provenientes de la venta del también volátil oro. Es la sustitución de una forma de rentismo por otra.

Apenas tres Decretos presidenciales parecen fomentar la actividad económica y dos a atender el abastecimiento. Más aún, la implementación efectiva de estos Decretos no generará mejoras sostenibles en el acceso y disponibilidad de bienes y servicios, pues no se enmarcan en un plan integral de reformas económicas.

<sup>7</sup> Nota: para los cálculos no se consideró el Decreto N° 2.231, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa del Estado, bajo la forma de Compañía Anónima, que se denominará Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG), la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Defensa. (Gaceta Oficial N° 40.845, 10 de febrero de 2016). Fuente: respectivas Gacetas Oficiales, gráfico de elaboración propia.

Los restantes 10 Decretos, que atienden desde el movimiento de recursos hasta el incremento del salario mínimo y diferir las mociones de censura que pudiera acordar la Asamblea Nacional contra los Ministros, simplemente realzan lo evidente: los Decretos de Emergencia Económica no ha buscado atender la actual crisis económica, sino brindar cada vez mayor discrecionalidad a un Gobierno Central que se caracteriza por la improvisación y el desorden fiscal.

# JURISPRUDENCIA



# Información Jurisprudencial

## *Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Semestre de 2016*

Selección, recopilación y notas  
por Mary Ramos Fernández  
*Abogado*  
*Secretaria de Redacción de la Revista*

### SUMARIO

#### **I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO**

1. *Estado de excepción y emergencia económica. 2. Estados de excepción. Constitucionalidad de los Decretos que prorrogan Decretos de estado de excepción. Prorroga.*

#### **II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**

1. *Garantías Constitucionales. A. Garantía de igualdad y no discriminación. 2. Derechos Individuales. A. Derecho a la Identidad. B. Derecho a libre expresión del pensamiento. C. Derecho a la tutela judicial efectiva 3. Derechos Sociales y de la familia. A. Derecho a procrear. B. Derecho a la maternidad. C. Derecho a conformar una familia. D. Derechos Laborales. Seguridad Social: Derecho a la jubilación. 4. Derechos Políticos. A. Derecho a la participación política. a. Convocatoria referendo revocatorio. Manifestación de voluntad. B. Derecho al Sufragio y participación política. Órganos electorales de entes de carácter privado. C. Derecho a Manifestar.*

#### **III. ORDENAMIENTO ORGÁNICO**

1. *Poder Ejecutivo Nacional. A. Cargo presidente de la Republica. Limitación de la doble nacionalidad. B. Proceso de aprobación del Presupuesto Anual: sustitución de la Ley de presupuesto por un decreto ejecutivo del Presupuesto. 2. Poder Legislativo. A. Control Político-Parlamentario. 3. Poder Judicial. A. Principio de expectativa plausible o confianza legítima en el ámbito jurisdiccional.*

#### **IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**

1. *El Procedimiento Administrativo. A. Principio de continuidad administrativa. 2. Actos administrativos de remoción y retiro. Diferencias.*

#### **V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

1. *Contencioso Administrativo de Anulación. A. Motivos de inconstitucionalidad. Medidas cautelares. B. Derecho al debido proceso: necesidad de que el expediente administrativo sea remitido al juez.*

#### **VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

1. *Recurso de inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y de los otros órganos del Poder Público. A. Legitimación. 2. Recurso de Interpretación; Intervención de terceros. 3. Acción de Amparo. A. Motivos. Amenaza inminente. B. Admisibilidad. Inepta acumulación de pretensiones.*

## I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

### 1. *Estado de excepción y emergencia económica*

**TSJ-SC (810)**

**21-9-2016**

Ponencia Conjunta

Caso: Solicitud para que se declare la *constitucionalidad* del Decreto N° 2.452, dictado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se decreta el Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el territorio Nacional.

En conclusión, evidencia esta Sala que el Decreto en cuestión cumple con los principios y normas contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en tratados internacionales sobre derechos humanos válidamente suscritos y ratificados por la República, y en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

En fuerza de las anteriores consideraciones, esta Sala Constitucional debe pronunciarse afirmativamente respecto de la constitucionalidad del Decreto N° 2.452, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.256 Extraordinario del 13 de septiembre de 2016, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de la Emergencia Económica, en todo el territorio nacional, en la medida en que cumple los extremos de utilidad, proporcionalidad, tempestividad, adecuación, estricta necesidad para solventar la situación presentada y de completa sujeción a los requisitos constitucionales, dirigiéndose a adoptar las medidas oportunas que permitan atender eficazmente la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural que afectan la vida económica de la Nación, de diversa índole, afectando el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a los ciudadanos y ciudadanas, por lo cual se circunscribe a una de las diversas clasificaciones contempladas en el artículo 338 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ello así, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, establece la constitucionalidad del Decreto N° 2.452 remitido, mediante el cual se decreta el Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a los ciudadanos y ciudadanas habitantes de la República, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.256 Extraordinario del 13 de septiembre de 2016, que deberá ser acatado y ejecutado por todo el Poder Público y la colectividad, conforme a sus previsiones y al resto del orden constitucional y jurídico en general, para alcanzar cabalmente sus cometidos. Así se decide.

### 2. *Estados de excepción. Constitucionalidad de los Decretos que prorrogan Decretos de estado de excepción. Prorroga*

**TSJ-SC (952)**

**21-11-2016**

PONENCIA CONJUNTA

Caso: La Sala declara la Constitucionalidad del Decreto N° 2.548 del 13-11-2016, publicado en Gaceta Oficial N° 6.272 Extraordinario, en esa

misma fecha, dictado por el Presidente de la República, mediante el cual, prorroga por sesenta (60) días el plazo establecido en el Decreto N° 2.452, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.256 Extraordinario del 13 de septiembre de 2016.

...Ello así, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, declara la constitucionalidad del Decreto N° 2.548 del 13 de noviembre de 2016, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.272 Extraordinario, en la misma fecha, dictado por el Presidente de la República mediante el cual prorroga por sesenta (60) días el plazo establecido en el Decreto N° 2.452 del 13 de septiembre de 2016, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.256 Extraordinario de la misma fecha, mediante el cual se declaró el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, el cual deberá ser acatado y ejecutado por todo el Poder Público y la colectividad, conforme a sus previsiones y al resto del orden constitucional y jurídico en general, para alcanzar cabalmente sus cometidos en defensa de la ciudadanía. Al respecto, debe reiterarse lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción, según el cual *“Decretado el estado de excepción, toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, está obligada a cooperar con las autoridades competentes para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza, con la correspondiente indemnización de ser el caso”*.

En virtud de los razonamientos jurídicos que anteceden, este Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, dictamina la constitucionalidad del Decreto *sub examine*, el cual fue dictado en cumplimiento de todos los parámetros que prevé la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción y demás normativas aplicables, preservando los Derechos Humanos y en protección del Texto Fundamental, el Estado, sus instituciones y el pueblo, lo cual, además de determinar la validez, vigencia y eficacia jurídica del mismo, motiva la racionalidad de las medidas contenidas en el Decreto objeto de examen de constitucionalidad, en correspondencia con su pertinencia, proporcionalidad y adecuación, el cual viene a apuntalar con sólido basamento jurídico y con elevada significación popular, la salvaguarda del pueblo y su desarrollo armónico ante factores inéditos y extraordinarios adversos en nuestro país.

Finalmente, esta Sala reitera que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 334 y 335 de la Constitución, le corresponde garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios fundamentales, en su condición de máxima y última intérprete de la Constitución. En consecuencia, sus decisiones sobre dichas normas y principios son estrictamente vinculantes en función de asegurar la protección y efectiva vigencia de la Carta Fundamental.

Por último, se ordena la publicación de la presente decisión en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta judicial y en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia.

## II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

### 1. *Garantías Constitucionales*

#### A. *Garantía de igualdad y no discriminación*

**TSJ-SC (738)**

**11-8-2016**

Magistrado Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Enid Beatriz Méndez Ríos

**Se declara la inconstitucionalidad y son anuladas las disposiciones previstas en los artículos 394 y 395 del Código Penal, por ser contrarias a los principios de igualdad, no discriminación de la mujer y respeto a la dignidad humana consagrados en la Constitución.**

Asimismo, en el preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra el *Estado de Justicia*, que consolida los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley, asegurando el derecho a la vida, al trabajo, la cultura, la educación, la justicia social, y la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna, enunciado éste último, que quedó plasmado y que desarrolla parcialmente el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al cual se hizo referencia.

En este mismo sentido, en nuestro país, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la igualdad constituye uno de los principios cardinales que sustentan el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, y, por ende, conforma un postulado básico y garantista del Derecho Penal actual (ver artículo 2 Constitucional).

Por lo tanto, expresar que todos los ciudadanos son iguales ante la ley implica que se tienen los mismos derechos y obligaciones respecto a la sociedad y sus instituciones políticas, correspondiendo su plena y consecuente interiorización para hacerlo valer y respetar cabalmente.

Por tanto, un deber jurídico y de política antidelictiva consiste en continuar revirtiendo y evitando tratos desiguales injustificados, tales como los evidenciados en las referidas normas preconstitucionales, y, por ende, también lo es seguir tutelando de forma prioritaria a los grupos sociales en situación de vulnerabilidad, los cuales han sido precisamente las que han venido recibiendo trato urgente y preferencial, con más contundencia y de forma inédita en la historia venezolana, desde la aprobación y aplicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; la cual ha consolidado una justa distribución de la cargas, incluso en materia penal, a través de la penalización de las conductas consideradas gravemente lesivas.

Uno de esos instrumentos de protección de los más débiles lo constituye, precisamente, el Estado Social de Derecho, expresión jurídica y política que inspira y orienta de forma sobresaliente el Texto Constitucional de 1999.

Al respecto, la sentencia N° 85 de fecha 24 de enero de 2002. Caso: *Asodivipilara*. Exp. N° 01-1274, con relación al Estado Social de Derecho refiere:

*“Inherente al Estado Social de Derecho es el concepto de interés social, el cual es un valor que persigue equilibrar en sus relaciones a personas o grupos que son, en alguna forma, reconocidos por las propias leyes como débiles jurídicos, o que se encuentran en una situación de inferioridad con otros grupos o personas, que por la naturaleza de sus relaciones, están en posición dominante con relación a ellas, por lo que si en esas relaciones se les permitiera contratar en condiciones de igualdad formal, los poderosos obligarían a los débiles a asumir convenios o cláusulas que los perjudicarían o que obrarían en demasía en beneficio de los primeros, empobreciendo a los segundos...”*(Negrillas nuestras).

El Derecho Penal y su implementación a través del sistema penal, debe ser una guía jurídica para el respeto de los derechos fundamentales que le asisten a toda persona, no pudiendo establecer criterios de criminalización que afecten valores, principios, derechos o garantías establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el resto del ordenamiento jurídico.

En un modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal debe limitarse a la protección de los bienes jurídicos fundamentales, necesarios para la realización personal y la convivencia pacífica en la sociedad, con el menor sacrificio posible de la libertad y demás intereses jurídicos.

Esta Sala Constitucional, en sentencia N° 915 de fecha 20 de mayo de 2005. Caso: *Kennedy Manuel Sánchez Urdaneta*. Exp. N° 04-2186, estableció respecto a la función del Derecho Penal, lo siguiente:

*“... entendiendo que el sistema político y jurídico venezolano parte de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal en Venezuela estaría llamado a materializar una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure el funcionamiento satisfactorio de ésta, a través de la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Lo anterior acarrea la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atentan contra dichos bienes jurídicos, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta -a saber, sin retribución-, el quebrantamiento del orden jurídico...”*

*... la pena -y por ende el Derecho Penal- tiene por función la prevención de delitos, a los fines de evitar que los bienes jurídicos de los ciudadanos se vean lesionados. Claro está, dicha prevención debe estar limitada por los principios antes señalados.”*

Ahora bien, este objetivo del Derecho Penal, para ser legítimo, lo debe procurar el Estado respetando los límites que imponen, entre otros, los principios sobre los cuales se construye dicha rama del Derecho (principios penales), que son una proyección de los derechos y garantías establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Aunado a lo anterior, las normas en cuestión son refutables desde la óptica de los valores cardinales del Texto Fundamental, como lo es la justicia (Art. 2 Constitucional), sino también al derecho a la igualdad y a la no discriminación (Art. 21 Constitucional).

En relación con lo anterior, los tipos penales previstos en los artículos 394 y 395 del Código Penal representan un tratamiento discriminatorio, fundado en la condición del sexo del sujeto, en este caso la mujer, al que se le castiga por el hecho de ser “*adúltera*”, no sancionándose de la misma manera al llamado “*concubinato de hombre casado*” o “*concubinato notorio*” del marido, que también estando casado incurre igualmente en adulterio, aun y cuando la norma no lo establezca expresamente. Circunstancia ésta contraria al valor y los principios de igualdad ante la ley y no discriminación fundados en el sexo consagrados en los artículos 2 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por otra parte, un principio cardinal que se proyecta desde el derecho penal es el llamado *principio de subsidiariedad*, el cual implica que el Derecho Penal debe ser el último recurso (*ultima o extrema ratio*) para solucionar los conflictos sociales, debiéndose acudir a aquél sólo cuando sean insuficientes -o no existan- otros mecanismos menos lesivos, como son los establecidos en otras ramas del ordenamiento jurídico.

En efecto, en sentencia N° 1.676 del 3 de agosto de 2007. Caso: *Francisco Croce Pisani y otros*. Exp. N° 07-0800, esta Sala estableció que el principio de subsidiariedad se desprende del modelo de Estado Social consagrado en el artículo 2 del Texto Constitucional, siendo uno de sus rasgos esenciales “... la exigencia de **necesidad social de la intervención penal**. Así, el Derecho penal deja de ser necesario para resguardar a la sociedad cuando esto último puede alcanzarse mediante otras vías, las cuales tendrán preferencia en la medida en que sean menos lesivas para los derechos individuales. En resumidas cuentas: en un Estado social al servicio de sus ciudadanos, la intervención penal estará legitimada siempre y cuando sea absolutamente necesaria para la protección de aquéllos, y esto se da cuando los mecanismos extra penales no son suficientes para garantizar dicha protección”.

En tal sentido y adicionalmente, esta Sala observa que en el caso de los artículos 394 y 395 del Código Penal venezolano, al establecerse como tipo penal en el artículo 394 el delito de adulterio en el caso de la mujer, y en el artículo 395 el llamado “*concubinato de hombre casado*” o “*concubinato notorio*” del marido, deben ser examinados a través los principios de utilidad social de la intervención penal, mínima intervención del derecho penal, y, concretamente, del principio de subsidiariedad, en virtud del cual el Derecho penal ha de ser la *ultima ratio*, es decir, el último recurso que se debe emplear a falta de otros mecanismos menos lesivos, como son los establecidos en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo (Vid sentencia N° 1.676 del 3 de agosto de 2007. Caso: *Francisco Croce Pisani y otros*), pues existen otros medios de control social formal e informal que tienen y pudieran tener mayor eficacia y proporcionalidad en la protección de la fidelidad conyugal, del matrimonio y de la familia como célula fundamental de la sociedad.

Finalmente, como ha podido apreciarse, los artículos 394 y 395 del Código Penal son disposiciones que en la evolución histórica de la codificación penal en Venezuela han quedado casi inalterados partir del Código Penal de 1863 y a lo largo de los subsiguientes códigos penales, aun cuando ello probablemente responda a las escasas reformas verdaderamente exhaustivas e integrales del Código Penal, a la relatividad en cuanto a la valoración socio-penal de tales comportamientos, a la preponderancia de ciertas tendencias criminológicas contemporáneas, a que esas normas prácticamente han caído en desuso por el devenir del tiempo y los cambios de paradigmas sociales que buscan el reconocimiento de la igualdad entre el hombre y la mujer, a la casi exclusividad del derecho civil en el ejercicio del control social formal y fáctico de tales conductas, así como también al consiguiente y aminorado interés en tales tipos penales, lo cual se hace patente en las últimas décadas, sin que ello desmerite la cardinal trascendencia de algunos valores que han perseguido protegerse a través de la referida institución jurídica penal, los cuales serán abordados en las páginas que siguen.

Así, la disposición contenida en el artículo 394 del Código Penal, a la luz de los postulados constitucionales y su adecuación en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, no son cónsonos con el texto fundamental, en virtud de la diferenciación que existe en la citada norma preconstitucional de la conducta de la mujer con respecto al hombre cuando están enmarcados en la tipificación del delito de adulterio. Estableciendo la referida norma del artículo 394 del Código Penal venezolano, parámetros diferenciadores en cuanto a sexo, punición y descripción típica, no cónsonos con la actual realidad jurídica y social, donde la mujer se encuentra en una situación de paridad e igualdad de derechos en relación al hombre en todos los aspectos de la sociedad y en la que ambos tienen el pleno ejercicio de sus derechos individuales (civiles, políticos, sociales, culturales, educativos y económicos). Por lo que no debe existir discriminación entre los individuos de la sociedad que se encuentren ante situaciones análogas o similares situaciones de hecho.

Todas las circunstancias y planteamientos efectuados hasta aquí advierten que las normas *sub examine* no resisten el análisis de su constitucionalidad, evidenciando que no es legítima la actual intervención penal prevista en los artículos 394 y 395 del Código Penal, y que la misma carece de validez por ser contraria a los referidos principios y normas fundamentales, básicamente, por ser discriminatoria respecto de la mujer y atentatoria a su dignidad humana, lo que amerita la necesaria reflexión sobre el control social respecto del adulterio, especialmente en atención a los valores jurídicos del matrimonio, la fidelidad conyugal, la familia, y el interés superior de niños, niñas y adolescentes, entre otros, en armonía con el resto del Texto Fundamental.

Ahora bien, con base en los planteamientos expuestos a lo largo del presente fallo, habiendo advertido la inconstitucionalidad de las disposiciones previstas en los artículos 394 y 395 del Código Penal, puesto que contrarían los valores y los principios de igualdad, no

discriminación y dignidad humana, consagrados en los artículos 2, 3 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe esta Sala Constitucional declarar con lugar la presente demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad interpuesta por la accionante de autos y respaldada en esencia por las representaciones estatales de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio y la Asamblea Nacional. Así se decide.

En consecuencia, esta Máxima intérprete y garante jurisdiccional de la Constitución, declara nulos los artículos 394 y 395 del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario del 13 de abril de 2005, por lo que lo que las demás normas vinculadas a los mismos, en lo que a ellos atañe, carecerán de eficacia, toda vez que las normas aquí anuladas son jurídicamente inexistentes e ineficaces por contrariar derechos fundamentales, en la configuración que hasta ahora mantenían; y fijar los efectos *ex nunc* y *ex tunc* de la presente declaratoria. Así se declara.

## 2. *Derechos Individuales*

### A. *Derecho a la Identidad*

**TSJ-SC (1187)**

**15-12-2016**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Migdely Miranda Rondón

**Derecho a la identidad** artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre o de la madre y a conocer la identidad de los mismos. El estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad.

Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación.

Respecto de este derecho, el artículo 17 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes dispone lo siguiente:

Artículo 17 Derecho a la identificación Todos los niños y niñas tienen el derecho a ser identificados o identificadas, inmediatamente después de su nacimiento. A tal efecto, el Estado debe garantizar que los recién nacidos y las recién nacidas sean identificados o identificadas obligatoria y oportunamente, estableciendo el vínculo filial con la madre. Parágrafo Primero Las instituciones, centros y servicios de salud, públicos y privados, deben llevar un registro de los casos de nacimientos que se produzcan en los mismos, por medio de fichas médicas individuales, en las cuales constará, además de los datos médicos pertinentes, la identificación de recién nacido o recién nacida mediante el registro de su impresión dactilar y plantar, y la impresión dactilar, nombre y la edad de la madre, así como la fecha y hora de nacimiento del niño, sin perjuicio de otros métodos de identificación. Parágrafo Segundo Las declaraciones formuladas a la máxima autoridad de la institución pública de salud donde nace el niño o niña, constituye prueba de la filiación, en los mismos términos que las declaraciones hechas ante los funcionarios del Registro del estado civil.

### B. *Derecho a libre expresión del pensamiento*

**TSJ-SPA (840)**

**27-7-2016**

Magistrada Ponente: Eulalia Coromoto Guerrero Rivero

Caso: Delsa Solórzano y Manuel Rojas Pérez vs. Resolución N° 008610 de 23/1/2015 (Ministro del Poder Popular para La Defensa).

Lo alegado por los actores se reduce a afirmar que si se permite el uso de armas de fuego a funcionarios militares para controlar manifestaciones pacíficas se corre el riesgo de perder vidas o de afectar su integridad personal y que el mensaje que transmite la resolución impugnada es violatorio del derecho a expresar libremente ideas u opiniones.

Al respecto se observa, que el análisis preliminar efectuado al acto recurrido, expuesto en páginas anteriores, concluyó que solo se permite el uso de armas de fuego en manifestaciones no pacíficas y que ello deviene del deber del Estado de garantizar la vida y derechos humanos de los manifestantes, de los funcionarios de seguridad ciudadana, militares y de quienes no participan en dichas manifestaciones violentas.

Se advierte que en varios artículos de la resolución impugnada se establece que toda actuación debe ser respetuosa de los derechos humanos, especialmente el derecho a la vida como bien supremo, así como a la integridad personal (ver, entre otros, artículos 2, 5, 10, 20 y 24).

A objeto de garantizar el respeto de los derechos humanos se prevé expresamente que en el control de manifestaciones actuará personal debidamente adiestrado y capacitado en el tema dotado de equipos, implementos, armas y accesorios autorizados por los organismos internacionales para el restablecimiento del orden público.

Por las razones expuestas, en esta fase cautelar, la Sala estima que la resolución impugnada no vulnera los derechos a la vida y a la integridad personal. Así se declara.

Igualmente, de la revisión preliminar realizada en esta etapa del proceso, se observa que la resolución impugnada no está dirigida a impedir la libertad de expresión, de manera que todos conservan ese derecho a expresar libremente sus ideas u opiniones por cualquier medio de comunicación y difusión, con las limitaciones establecidas en la Constitución y las leyes.

En el caso de que se considere que una manifestación es un modo de expresar el pensamiento, dado que puede significar apoyo o rechazo a políticas públicas, al sistema, a decisiones, etc., debe reiterarse que las manifestaciones están protegidas por el texto constitucional *en tanto sean pacíficas*. En todos los casos deberá aplicarse lo que al respecto disponga el ordenamiento jurídico a objeto de mantener el orden público, la paz social y la convivencia ciudadana, siempre con respeto de los derechos humanos de los involucrados.

Por las razones que anteceden, la Sala no advierte en esta fase cautelar vulneración alguna al derecho a expresarse. Así se decide.

C. *Derecho a la tutela judicial efectiva,*

**TSJ-SC (808)**

**2-9-2016**

Ponencia Conjunta

Caso: La constitucionalidad de la Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 2165 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación de Oro, así como las Conexas y Auxiliares a Éstas.

**El alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual, como derecho complejo que es, no tan solo comprende el derecho de acceso de los ciudadanos a los órganos jurisdiccionales para ventilar sus pretensiones y que las mismas sean decididas conforme a un debido proceso en el que le sean respetadas sus garantías y derechos, sino que, además, es extensivo a la ejecutoriedad de la sentencia que de ese proceso resulte.**

...Así, la tutela judicial efectiva, reconocida de manera expresa en el artículo 26 constitucional, implica uno de los pilares fundamentales sobre el cual se sustenta la noción de Estado de Derecho, ya que el mismo tiene por finalidad última hacer prevalecer el orden jurídico y en definitiva el respeto al imperio del derecho y de la ley, lo cual se logra asegurando la preservación del conjunto de derechos legítimos que el ordenamiento jurídico establece y que conforman la esfera plurisujetiva de todo ciudadano y de las sociedades como conglomerado social; otorgando a los mismos la certeza de que tales derechos serán debidamente asegurados y resguardados, a los efectos de lograr su efectiva vigencia, comportando por ello un compromiso por parte del Estado, visto desde la perspectiva de su función jurisdiccional, en el que se proveerá a sus derechos la seguridad de ser efectivamente materializados y de mantener su intangibilidad y absoluto resguardo, en los términos constitucional y legalmente establecidos. Es por esta razón que el precepto constitucional previsto en el artículo 26, indica que los mismos serán efectivamente tutelados por los órganos jurisdiccionales cuando pretendan ser vulnerados y se acuda ante ellos, exigiendo la debida tutela que detentan, para de esta manera hacer prelar la noción de justicia, que constituye el fin último de todo proceso judicial y la esencia misma de nuestro Estado.

En tal sentido, es necesario tener consideración que el contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva ha sido profusamente interpretado y desarrollado por la jurisprudencia de esta Sala Constitucional, pudiendo destacarse en este momento, el criterio establecido mediante sentencia de esta Sala N° 708 del 10 de mayo de 2001.

(...)

Por ende, el verdadero significado del derecho a la tutela judicial efectiva, que consagra nuestro texto constitucional, apareja la necesidad de que los mismos sean eficaces en la realidad, que sus efectos sean en verdad materializados en el plano fáctico, para poder alcanzar la verdadera justicia que la Constitución consagra; razón por la que el verdadero *telos* de la función jurisdiccional se consume precisamente en el momento en el que el fallo es llevado a la realidad, haciendo efectivos los derechos que mediante la decisión judicial son tutelados, para de esta forma preservar el Estado de Derecho y de Justicia que vincula la existencia de la República.

La misma concepción en torno a la ejecución de la sentencia como una de las manifestaciones incontrovertibles del derecho a la tutela judicial efectiva, fueron de igual manera puestas de manifiesto en la decisión de esta Sala N° 576 del 27 de abril de 2001.

(...)

Tal criterio ha sido reiterado por esta Sala en sentencia N° 290 de fecha 23 de abril de 2010,

(...)

Se desprende del criterio jurisprudencial transcrito el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual, como derecho complejo que es, no tan solo comprende el derecho de acceso de los ciudadanos a los órganos jurisdiccionales para ventilar sus pretensiones y que las mismas sean decididas conforme a un debido proceso en el que le sean respetadas sus garantías y derechos, sino que, además, es extensivo a la ejecutoriedad de la sentencia que de ese proceso resulte.

Resulta claro de lo expuesto, que siendo la ejecutoriedad de la sentencia una manifestación cardinal del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo acto que pretenda impedir o menos-

cabar la materialización de ese derecho a la ejecutoriedad y ejecución de una decisión judicial, se convierte abiertamente en una franca violación del prenombrado derecho a la tutela judicial efectiva.

### 3. *Derechos Sociales y de la familia*

#### A. *Derecho a procrear*

**TSJ-SC (1187)**

**15-12-2016**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Migdely Miranda Rondón

#### **El derecho a procrear al igual que el derecho a la salud forman parte del derecho a la vida.**

La familia es la asociación natural de la sociedad y el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, y la misma debe ser protegida por el Estado y sus instituciones, de modo que los derechos de los sujetos que la integran se desarrollen en el Texto Fundamental de cada país, además de tener un reconocimiento expreso y bien preciso en normativas internacionales como antes se vio.

Ahora bien, el derecho a procrear al igual que el derecho a la salud forman parte del derecho a la vida, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 constitucional que reza:

“Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

De manera que el hecho de que el Texto Fundamental no señale expresamente a la procreación no significa que la misma no esté consagrada como un derecho humano, pues como se desprende de las normas transcritas tanto de la Constitución como de los tratados internacionales, este derecho deriva del ejercicio de otros inherentes en igual forma a la persona, y sin lugar a dudas el Estado Venezolano protege la reproducción, desde el momento en que señala en el artículo 76 constitucional, el derecho que tienen las parejas a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho.

Esa decisión de reproducción, es el ejercicio de ese derecho de procrear hijos y de otros que como ya se apuntó son inherentes a la persona humana, por eso quien decide procrear tiene el derecho a hacerlo sin más limitaciones que las establecidas por la Constitución y las leyes. Y hoy en día se han procurado métodos para que quienes de manera natural no puedan hacerlo, tengan la posibilidad real y efectiva de tener descendencia, en pro de la consolidación y bienestar de la familia; hijos que tienen –como se ilustra en las transcripciones antes efectuadas– derechos como el de tener un nombre, apellido, nacionalidad, conocimiento de sus progenitores, cuidado y protección, por solo mencionar algunos.

#### B. *Derecho a la maternidad*

**TSJ-SC (1187)**

**15-12-2016**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Migdely Miranda Rondón

Derecho a la maternidad artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsa-

blemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquellos o aquellas no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

En relación a este derecho, los artículos 44 y 45 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes establecen lo siguiente:

**Artículo 44.** Protección de la maternidad. El Estado debe proteger la maternidad. A tal efecto, debe garantizar a todas las mujeres servicios y programas de atención, gratuitos y de la más alta calidad, durante el embarazo, el parto y la fase post natal. Adicionalmente, debe asegurar programas de atención dirigidos específicamente a la orientación y protección del vínculo materno-filial de todas las niñas y adolescentes embarazadas o madres.

**Artículo 45.** Protección del vínculo materno-filial. Todos los centros y servicios de salud deben garantizar la permanencia del recién nacido o la recién nacida junto a su madre a tiempo completo, excepto cuando sea necesario separarlos o separarlas por razones de salud.

C. *Derecho a conformar una familia*

**TSJ-SC (1187)**

**15-12-2016**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Migdely Miranda Rondón

**Derecho a conformar una familia** artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad y el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco a sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley la adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

En relación con este derecho, el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece lo siguiente:

**Artículo 5.** Obligaciones generales de la familia e igualdad de género en la crianza de los niños, niñas y adolescentes. La familia es la asociación natural de la sociedad y el espacio fundamental para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Las relaciones familiares se deben fundamentar en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. En consecuencia, las familias son responsables de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y, asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas. El Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia

apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente estas responsabilidades, y para que el padre y la madre asuman, en igualdad de condiciones, sus deberes, responsabilidades y derechos. Asimismo, garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los derechos constitucionales, anteriormente señalados, se encuentran reconocidos en los instrumentos internacionales que a continuación se mencionan y de la manera en que lo dispuso la sentencia número 1456 dictada el 27 de julio de 2006, caso: *Yamilex Coromoto Núñez Godoy*.

D. *Derechos Laborales. Seguridad Social: Derecho a la jubilación*

**TSJ-SC (555)**

**11-7-2016**

Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos

Caso: Dilia Bernal Angarita

...Sin embargo, la Sala advierte que las circunstancias particulares en el presente caso generaba la necesidad de un análisis del ordenamiento jurídico estatutario de derecho público vinculado al derecho a la jubilación está concebido por nuestra Carta Magna como uno de los derechos sociales fundamentales de los ciudadanos, que envuelve el derecho a vivir una vida digna en razón del tiempo de servicio que se ha prestado, sea en la empresa privada o en cualesquiera de los organismos públicos, y que abarca no sólo el derecho a la jubilación propiamente dicho sino a las ventajas y consecuencias materiales que deriven de ese derecho, cuyo goce debe ser garantizado y respetado por el Estado.

(...)

Ha indicado esta Sala, que el derecho a la jubilación tiene rango constitucional, al ser considerado como un beneficio que se incluye en el derecho a la seguridad social que reconoce el citado artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así, esta Sala, en sentencia N° 3/2005, caso: "*Luis Rodríguez Dordelly y otros*", señaló que:

*"(...) no puede desconocer el valor social y económico que tiene la jubilación, pues ésta se obtiene luego que una persona dedica su vida útil al servicio de un empleador, y conjugado con la edad –la cual coincide con el declive de esa vida útil- el beneficio de la jubilación se configura como un logro a la dedicación de un esfuerzo que se prestó durante años. Así, se ha entendido que el objetivo de la jubilación es que su titular –que cesó en sus labores diarias de trabajo- mantenga la misma o una mayor calidad de vida de la que tenía, producto de los ingresos que ahora provienen de la pensión de jubilación, con la finalidad de asegurar una vejez cónsona con los principios de dignidad que recoge el Texto Fundamental en su artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela".*

También ha sido categórica la jurisprudencia de esta Sala en cuanto a que el derecho de jubilación de los funcionarios públicos priva incluso sobre procedimientos disciplinarios, en atención a la interpretación de las normas de contenido social que debe hacerse en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, lo cual se explanó de la siguiente manera:

(...)

Así pues, la jubilación es un derecho constitucional previsto dentro del marco de la seguridad social que debe garantizarse a todos sus ciudadanos, siendo por tanto un derecho social, reconocido por el constituyente de 1999 para consolidar las demandas sociales, jurídicas y económicas de la sociedad, considerando el sentido de progresividad de los derechos y definiendo una nueva relación de derechos y obligaciones entre sujetos que participan solidariamente en la construcción de una sociedad democrática, participativa y protagónica, lo cual

requiere una interpretación acorde con su finalidad, no sujeta a formalismos jurídicos alejados de la realidad social (*Vid.* Decisión de la Sala N° 1.392/2014, caso: “*Ricardo Mauricio Lastra*”).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela avala para todos los ciudadanos la seguridad social, la cual debe atender a los conceptos de solidaridad, universalidad, integralidad, unicidad, participación y eficiencia. De este modo, la jubilación es el reconocimiento de los años de trabajo prestados por una persona a otra, en este caso a un órgano del Estado, para garantizar que en los años en que declina su capacidad productiva, pueda seguir manteniendo una vida digna, al garantizársele los ingresos que le permitan sufragar sus gastos durante la vejez, luego de haber satisfecho el deber constitucional de trabajar y cuando el beneficiario de esos servicios ha sido el Estado, debe honrar con el derecho a la jubilación a los funcionarios que hayan cumplido con los requisitos de edad y años de servicio público prestados, establecidos en la Ley (*Vid.* Decisión de la Sala N° 1.392/2014, caso: “*Ricardo Mauricio Lastra*”).

Sobre la base de estos principios, advierte que esta Sala de acuerdo con lo declarado por la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de los documentos promovidos por la accionante no controvertidos, aparece demostrado que prestó servicios en diferentes organismos públicos por un lapso de “*veintinueve (29) años, cinco (5) meses y veintitrés (23) días*” de la siguiente forma:

En tal sentido, con independencia de si la querellante erró al considerar inmerso a la Asamblea Nacional en el ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, como acertadamente admitió la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, lo cierto es que en el presente caso existen circunstancias de hecho que compelen a dicho Órgano Jurisdiccional a formular un análisis del régimen estatutario aplicable conforme a la Constitución.

Así, bajo la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios y del Estatuto Funcionarial de la Asamblea Nacional, la jubilación se consagra como un derecho para el funcionario público, cuando haya alcanzado los 60 años si es hombre, o 55 si es mujer, con un acumulado de por lo menos 25 años de servicio, difiriendo la Ley que rige para los funcionarios de la Administración Pública del Estatuto que rige para los funcionarios al servicio del Poder Legislativo, en que éste en su artículo 67, ordinal 1°, exige que del expresado tiempo de servicio “*por lo menos diez de ellos los haya trabajado en la Asamblea Nacional*”; y en este sentido se advierte, que al 18 de octubre de 2005, fecha en que solicitó la jubilación, según indican los tribunales y la parte actora, ya era beneficiaria del derecho en estudio por razón de tiempo de servicio y edad; quedando nada más por cumplir el extremo de permanencia mínima en la institución (Asamblea Nacional) y es sobre la satisfacción de este último requisito que esta Sala debe ponderar su constitucionalidad en el marco de la plena garantía de un derecho fundamental como la jubilación en los términos expuestos *supra*.

Al respecto, la Asamblea Nacional así como otros órganos que ejercen el Poder Público tienen autonomía para establecer un régimen estatutario de derecho público en materia de jubilaciones (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 764/11), sin embargo, si tal como se señaló la jubilación es el reconocimiento por el tiempo de servicio prestado y la edad que condiciona la capacidad productiva del funcionario público dado el natural declive de la capacidad productiva en orden a garantizar una vida digna (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 1.392/14), la imposición de un extremo como la permanencia mínima en la institución –en este caso una década– constituye un extremo contrario a los postulados constitucionales en el presente caso.

Así, la imposición de un mínimo de permanencia en la Asamblea Nacional se vincula entre otros aspectos, a la satisfacción de un interés institucional y de política de personal en el marco de la potestad organizativa de los entes públicos (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 1.230/14), que se concreta en la necesidad de algunas instituciones de contar con funcionarios que desarrollen su prestación de servicios vinculados ininterrumpidamente a una institución, lo cual permite a no dudarlo, la especialización y mayor productividad del personal; pero ese “interés institucional” puede –como en el presente caso– llegar a colidir con el derecho constitucional a la seguridad social y a la jubilación.

Ciertamente, ese “interés institucional” de contar con la especialización y continuidad mínima en la prestación del servicio, no puede generar un desequilibrio en el núcleo duro del derecho a la jubilación, cuyas instituciones deben ser interpretadas bajo el principio constitucional *indubio pro operario*, establecido en el artículo 89.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, plenamente aplicable al régimen laboral y funcionarial (Sentencia de esta Sala N° 16/15), el cual señala:

*“Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:*

*3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad...”*

Sobre la base de la norma constitucional parcialmente transcrita, la Sala ha señalado con carácter vinculante que “una interpretación acorde con la finalidad de la institución de la jubilación debe llevar a garantizar la protección de aquellas personas que han entregado su vida productiva al Estado” (Sentencia de esta Sala N° 1.392/14) y en ese contexto la concreción o materialización efectiva de los postulados constitucionales, comporta no solo la selección y matización de los avances legislativos y jurisprudenciales ya existentes, sino aportación de nuevos elementos que los acrecientan y completan.

Para ello, es necesario un avance del historicismo entendido como una tutela judicial efectiva de las relaciones o conflictos puntuales en la sociedad, sobre la pretensión de un racionalismo abstracto que se aparta de la idea de garantizar los derechos vinculados a personas concretas, en fin, a sus titulares.

En el presente caso, se debe destacar que la solicitante contaba con una edad y antigüedad que la sitúa en una condición jurídicamente relevante, que exigía un tratamiento especial dado su estado físico (56 años de edad) y jurídico (29 años de servicio), que conforme a la legislación nacional y las normas estatutarias aplicables son extremos necesarios para el cumplimiento o concreción de la institución de la jubilación, y en ese sentido, la exigencia del cumplimiento de un requisito como la permanencia en la Asamblea Nacional comportaba una protección especial por parte de los órganos jurisdiccionales mediante el control difuso de la constitucionalidad, vinculada a los valores constitucionales de solidaridad y responsabilidad social (artículo 2 de la Constitución) y de garantía efectiva del derecho a la jubilación en los términos expuestos *supra*.

En efecto, no puede concebirse que una funcionaria de un organismo público con (29) años, cinco (5) meses y veintitrés (23) días de servicio y cincuenta y seis (56) años de edad (para el momento de interposición del recurso contencioso administrativo funcionarial el 20 de julio de 2006), se le desconozca su derecho a la jubilación que –como deriva de lo antes asentado–, constituye una garantía de respeto de los derechos humanos, por la circunstancia

de no tener por lo menos diez años de servicio activo en la Asamblea Nacional, como lo dispone el ordinal 1° del artículo 67 del Estatuto Funcionario de la Asamblea Nacional, el cual debió ser desaplicado por control difuso en casos como el planteado, de acuerdo al artículo 334 de la Carta Magna y la jurisprudencia de esta Sala (*Vid.*, Decisión de la Sala N° 559/2009).

De concretarse tal precepto normativo en este caso, conllevaría a una violación de los derechos humanos, cuyo goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente están garantizados por el artículo 19 de la Carta Magna, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, cuyo resguardo es obligatorio para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

La jubilación como derecho no puede concebirse como una facultad arbitraria de los eventuales titulares de cargos en el sector público, su concepción como derecho fundamental exige profundizar su reconocimiento con independencia de los intereses circunstanciales de las instituciones o de las políticas de personal en el marco de la potestad organizativa de los entes públicos; lo cual no es posible, si se solapa su exigibilidad al cumplimiento de extremos formales que en algunos casos como el presente, niegan el reconocimiento de las mínimas condiciones de dignidad a una persona que cumplió con los extremos mínimos constitucionalmente relevantes como son la condición física y estatus jurídico en su vinculación con el sector público a los fines de la jubilación.

Una interpretación en contrario en el presente caso, generaría una aplicación ajena a los fines de las normas que regulan a la jubilación como derecho fundamental; ya que en el caso de la solicitante, se le estaría colocando en una situación de desigualdad relevante para el derecho constitucional, que imposibilita la satisfacción de sus necesidades básicas –al imponerle en aplicación de dicho régimen particular de permanencia como requisito previo para el otorgamiento de la jubilación– que se materializaría en hecho cierto que de haber seguido laborando en la Asamblea Nacional, su efectiva jubilación sólo podría producirse cuando cumpliera sesenta años de edad y treinta y tres años de servicio, sobrepasando con creces el tiempo que el propio legislador y la jurisprudencia de esta Sala considera como “*años en que declina su capacidad productiva*” (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 1.392/14).

#### 4. *Derechos Políticos*

##### A. *Derecho a la participación política*

##### a. *Convocatoria referendo revocatorio. Manifestación de voluntad*

**TSJ-SE (147)**

**17-10-2016**

Magistrada Ponente: Indira Maira Alfonzo Izaguirre

Caso: Interpretación de los artículos 15 y 29 de las Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargo de Elección Popular.

**La Sala electoral declara que la convocatoria del referendo revocatorio requiere reunir el veinte por ciento (20%) de manifestaciones de voluntad del cuerpo electoral en todos y cada uno de los estados y del Distrito Capital de la República. La falta de recolección de ese porcentaje en cualquiera de los estados o del Distrito Capital, haría nugatoria la válida convocatoria del referendo revocatorio presidencial. La etapa de recolección de las manifestaciones de voluntad no**

**puede ni debe confundirse con el referéndum en estricto sentido, en el cual sí participa la totalidad del padrón electoral, universalidad que abarca a todos los electores tanto a los que apoyan la revocatoria del mandato como a aquéllos que aspiran a ratificar en el cargo al funcionario electivo sometido a la consulta popular. La recolección de las manifestaciones de voluntad no constituye en ningún caso, por consiguiente, ni una consulta, ni un referendo, ni un plebiscito.**

Como quedó expuesto *supra*, el recurso de interpretación interpuesto tiene por objeto la pretensión de que esta Sala se pronuncie sobre el sentido y alcance de los artículos 15 y 29 de las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular. Sobre el particular, para resolver la interpretación solicitada esta Sala aprecia la necesidad de puntualizar ciertas consideraciones previas relacionadas con la finalidad de la labor jurisdiccional encomendada a la Sala, y que, dados los alegatos expuestos, pudieran resultar fundamentales para la dilucidación de los mismos.

Ante todo, rige en relación con la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público, un principio jurídico conforme al cual debe presumirse la constitucionalidad de los actos que aquéllos emitan. De tal manera, que los actos públicos se presumen legítimos en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución puedan ser armonizados con ésta (Véase Sentencia 2855, Sala Constitucional, 20 de noviembre de 2002). Por ello, es imperativo establecer *prima facie* la correspondencia de los instrumentos normativos, que dictó el legislador, con la Constitución, y desde la existencia de una *duda razonable*, proceder al cuestionamiento de su conformidad con ésta.

Asimismo, en la Sentencia de la Sala Constitucional citada, se establece que: “naturalmente, el esfuerzo interpretativo encuentra su justificación en la necesidad de armonizar el texto legal con la Constitución; de manera que, entre diversas posibilidades interpretativas, debe elegirse aquella interpretación acorde con el máximo texto normativo que no devenga en infracción del orden constitucional o cuya interpretación ofrezca dudas razonables; en tal sentido, aparece con ‘carácter preceptivo’ la interpretación conforme con la Constitución”.

De este modo, aprecia la Sala que la resolución de la duda planteada exige tomar como imprescindible parámetro constitucional de referencia el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece:

*“Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.*

*Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.*

*Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.*

*La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.*

*Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato”.*

Como ha dicho la Sala Constitucional en la Sentencia de fecha 05 días del mes de junio de dos mil dos (2002), la norma transcrita contempla, como esencia del régimen democrático, la revocatoria del mandato de los funcionarios electos (*omisis*) al disponer que todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

“...Al respecto, precisa esta Sala señalar, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada por vía de referéndum popular, el 15 de diciembre de 1999, otorga al principio democrático una función primordial en la formación y funcionamiento de los poderes públicos. En tal sentido, el Preámbulo indica que el objeto de la Constitución es el de “refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural...”, y el artículo 2, define al Estado venezolano como 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, principios constitucionales que se conciben en el nuevo texto fundamental, como verdaderos principios de actuación, superándose con ello anteriores concepciones conforme a las cuales se consideraban meros enunciados de valor únicamente programático.

Así se evidencia que, la Constitución de 1999 acoge el principio de la participación, cuyo contenido manifestado en varias de las disposiciones constitucionales, reconoce al ciudadano el derecho a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes. Nuestra novísima Constitución establece y desarrolla una serie de principios que garantizan precisamente a todos los ciudadanos venezolanos la participación en términos de igualdad, justicia y libertad, en todos los ámbitos de la vida ciudadana, siendo la participación ciudadana un medio eficiente para desarrollar los postulados de una democracia participativa protagónica...”

En este orden de ideas, esta Sala estima que las oportunidades de participación que la Constitución confiere a los ciudadanos, como realización concreta de la llamada democracia participativa y protagónica, cuenta con la revocatoria del mandato como instrumento político de participación directa del pueblo en ejercicio de su soberanía, de carácter real, efectivo, de grandes alcances y significación en el nuevo diseño político (*vid.* Artículo 70 de la Constitución de 1999), lo que sin duda solo puede admitir una interpretación armónica y progresiva con todas las normas que componen el texto fundamental(...).”

En efecto, observa esta Sala que las disposiciones establecidas en los artículos 15 y 29 de las Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargo de Elección Popular, prevén dos condiciones para que se estime válida la revocación del mandato: i) que igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, y ii) que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritas.

Ambas condiciones son de particular interés para el planteamiento del recurrente, por lo que esta Sala estima que la interpretación de las normas en cuestión no puede hacerse de forma aislada, sólo puede verificarse dentro de un contexto muy particular como lo es el actual, de orden político y social, e integrarse a los principios que preconizan la nueva fisonomía del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, de tal manera que la labor interpretativa se realice de manera concatenada con la Constitucional de 1999, como norma suprema inspiradora de todo el ordenamiento jurídico.

En concordancia con lo anterior, se destaca que esta Sala Electoral en otras oportunidades, ha establecido que el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece como requisitos para la revocación de los cargos de elección popular mediante la convocatoria de un referendo: que debe ser solicitado por un número no menor del

veinte por ciento de electores, y que dicha solicitud debe ocurrir transcurrida la mitad del periodo para el cual fue electo el funcionario objeto del mecanismo revocatorio. Se pueden evidenciar dos etapas claramente diferenciadas una de la otra, que además tienen un orden en el tiempo que es de inexorable cumplimiento: la primera es la solicitud de convocatoria de un referendo para revocar un mandato, que debe también comprender la satisfacción de las condiciones exigidas por nuestra Magna Carta, y la segunda, es la celebración del referendo propiamente dicho; necesariamente la primera debe cumplirse a cabalidad para que dé paso a la ejecución de la segunda.

Como se indicó, de acuerdo a la sentencia número 566 de la Sala Constitucional de fecha 12 de abril de 2004, la normativa sancionada por el Consejo Nacional Electoral reguladora del referendo revocatorio es ejecución directa e inmediata de la Constitución, en la medida en que no se ha dictado aún legislación alguna para regular las distintas modalidades referendarias. En tal sentido, el órgano electoral al desarrollar normativamente el artículo 72 de la Constitución cuenta con un margen de configuración normativa en razón de que le toca la concreción de los aspectos, requisitos y procedimientos, que dentro del marco de la Constitución, hagan efectivo el ejercicio del mecanismo de participación (referendo revocatorio) en cuestión, en armonía con el resto de principios y valores constitucionales que gravitan sobre la materia, como se desarrollará más adelante.

En uso de sus atribuciones constitucionales, el Consejo Nacional Electoral, sancionó mediante Resolución número 070906-2770 de fecha 6 de septiembre de 2007, publicada en la Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela número 405, de fecha 18 de diciembre de 2007, las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular. Este instrumento normativo, en consonancia con las etapas en que se descompone el referendo revocatorio, establece la regulación y procedimiento conforme al cual debe llevarse a efecto la iniciativa popular referendaria prevista en el artículo 72 de la Constitución. A tales fines, se prevén los dispositivos concernientes a las fórmulas organizativas que deben adoptar los ciudadanos para ejercer la solicitud, los requisitos que deben cumplir las organizaciones con fines políticos para desempeñarse como promotores de la solicitud; el procedimiento de recepción de las manifestaciones de voluntad que apoyan la convocatoria del referendo revocatorio, así como la fase de verificación y cuantificación de las manifestaciones de voluntad.

Expuesto lo anterior, se tiene que el presente recurso de interpretación tiene por objeto el esclarecimiento de las dudas que a juicio del recurrente existirían en los artículos 15 y 29 de las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular; concretamente, las dudas planteadas se referirían a la determinación de “las fórmulas de cuantificación de las manifestaciones de voluntad necesarias para activar la convocatoria del referendo revocatorio...” ya que, a juicio del recurrente, “...de la norma citada no se desprende con claridad si la procedencia de la convocatoria requeriría reunir las manifestaciones de voluntad en todos y cada uno de los estados y en el Distrito Capital de la República”. La duda que plantea el recurrente existiría porque, a su decir, a pesar de que el Consejo Nacional Electoral dispuso la organización de los centros y puntos de recolección de las manifestaciones de voluntad según el veinte por ciento (20%) del cuerpo electoral de cada uno de los estados y del Distrito Capital, expresan los solicitantes, “no se ha hecho público el criterio de ese Poder Electoral en cuanto a si se requiere reunir el veinte por ciento (20%) de las manifestaciones en cada entidad federal”.

Sobre el particular, esta Sala aprecia que, para el esclarecimiento de la duda señalada, es menester indicar que es un hecho público, notorio y comunicacional que el Consejo Nacional Electoral aprobó en fecha 21 de septiembre de 2016, el cronograma conforme al cual se lle-

vará a efecto el evento de la recolección de manifestaciones de voluntad, así como el cuadro de acuerdo con el cual se llevará a cabo la referida recolección. Dicho cuadro es el siguiente:

**“La recolección se llevará a cabo por estados de acuerdo con el siguiente esquema:**

Fuente: <http://www.cne.gov.ve/web>, ‘CNE aprobó cronograma para recolección del 20% de solicitudes para activar referendo revocatorio’...”. (Resaltado y negrilla de la Sala).

De una simple lectura del esquema aprobado por el Consejo Nacional Electoral para la recolección de las manifestaciones de voluntad, se aprecia que el referido Poder Público asumió como criterio de cuantificación de las indicadas manifestaciones de voluntad el que la recolección de las mismas fuera la expresión del veinte por ciento (20%) del cuerpo electoral de cada entidad federal y del Distrito Capital, como corresponde a la estructura federal descentralizada de la República Bolivariana de Venezuela según lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución. De lo contrario, no tendría sentido haber explicitado que la recolección se llevará a cabo por estados, ni haber hecho alusión a la cifra de electorales correspondientes al veinte por ciento (20%) del cuerpo electoral de cada uno de los estados y del Distrito Capital, que integran la República, tal como se verifica en la cuarta columna del transcrito esquema.

Así, el Consejo Nacional Electoral en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en particular la correspondiente al numeral 1 del artículo 293 de la Constitución, de conformidad con el cual es atribución constitucional de ese Poder Público “resolver las dudas y vacíos” de que eventualmente adolezcan las leyes electorales ha adoptado un criterio interpretativo sobre la normativa sancionada por esa instancia electoral. Esta atribución constitucional de esclarecer las dudas o colmar los vacíos de la ley electoral, estima esta Sala, tiene plena aplicación cuando se trata de la propia normativa sancionada por el Poder Electoral tal como ocurre con las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular. Para esta Sala, es claro que el esquema aprobado por el Consejo Nacional Electoral ostenta la naturaleza de una *interpretación auténtica*, es decir, la atribución específica de sentido a la propia normativa sancionada por el Consejo Nacional Electoral.

Asimismo, estima esta Sala que el criterio expuesto por el Consejo Nacional Electoral tiene asidero en principios y valores constitucionales de transcendencia jurídica. En este caso, como se señaló, el criterio asumido por el Consejo Nacional Electoral se corresponde con el particular modelo venezolano de Estado Federal Descentralizado, que se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad, establecido en el artículo 4 de la Carta Fundamental; tomando en cuenta que los estados son entidades federales autónomas e **iguales en lo político** conforme al artículo 159 de la Constitución.

De otra parte, la interpretación adoptada por el Consejo Nacional Electoral abona a favor de otros principios constitucionales tales como la estabilidad política y democrática de los cargos y magistraturas electos por el pueblo por un período constitucional determinado. Este esquema, considera la Sala, contribuye a garantizar que el mecanismo de recolección de voluntades para activar el referendo revocatorio no sea utilizado por una parcialidad política con fines distintos a los que establece el Texto Constitucional, el cual apunta hacia la estabilidad de las instituciones democráticas. **Asimismo, debe destacarse que la etapa o fase de la recolección de las manifestaciones de voluntad, no puede ni debe confundirse con el proceso referendario en estricto sentido**, en el cual sí participa la totalidad del padrón electoral, universalidad que abarca a todos los electores tanto a los que apoyan la revocatoria del mandato como a aquéllos que aspiran a ratificar en el cargo al funcionario electivo sometido a la consulta popular. **La recolección de las manifestaciones de voluntad no constituye en ningún caso, por consiguiente, ni una consulta, ni un referendo, ni un plebiscito. Así se declara.** (Resaltado de la Sala).

Expuesto lo anterior, circunscribiéndose la Sala a la duda planteada por el recurrente, se debe afirmar que los artículos 15 y 29 de las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, deben interpretarse en el sentido de que **una válida convocatoria del referendo revocatorio requiere reunir el veinte por ciento (20%) de manifestaciones de voluntad del cuerpo electoral en todos y cada uno de los estados y del Distrito Capital de la República**. De este modo, no ha lugar a dudas, que la cuantificación que efectúe el Consejo Nacional Electoral, una vez realizado el evento de recolección de voluntades, se limitará a verificar y certificar por cada entidad federal, individualmente considerada, que se cumplió debidamente con la participación del porcentaje del veinte por ciento (20%) exigido constitucionalmente para cada circunscripción; no habiendo lugar a sumatorias ni compensaciones entre entidades federales, dado el principio de igualdad política de los estados. Por consiguiente, **la falta de recolección de ese porcentaje en cualquiera de los estados o del Distrito Capital, haría nugatoria la válida convocatoria del referendo revocatorio presidencial**. Así se declara.

A juicio de esta Sala, por tanto, el Consejo Nacional Electoral, con este criterio, no pretende aportar un requisito adicional o nuevo para la procedencia de la válida convocatoria del referendo revocatorio; tan solo explicita una modalidad o forma de cumplir con los requisitos constitucionales en ejercicio de sus facultades previstas en la Constitución y la ley. Vale recordar, por otra parte, que las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular sancionadas en el año 2007, se aplican por vez primera a un referendo de naturaleza presidencial, lo que implica que la autoridad electoral haya tenido que formular una interpretación derivada del conjunto normativo constitucional y legal para poder hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 72 de la Constitución, armonizándolo con otros principios de igual rango constitucional preconizados por el Texto Fundamental en tanto norma suprema inspiradora de todo el ordenamiento jurídico. **Así se declara.**

B. *Derecho al Sufragio y participación política. Órganos electorales de entes de carácter privado*

**TSJ-SC (206)**

**15-12-2016**

Magistrado Ponente: Jhannett María Madríz Sotillo

Caso: Lubin Aguirre

**La Sala reitera que los órganos electorales –inclusive aquellos entes de carácter privado– deben regirse según los principios que conforman el marco constitucional de protección del derecho al sufragio y a la participación.**

En el contexto de la referida jurisprudencia, esta Sala Electoral procediendo de oficio en ejercicio de su función jurisdiccional de resguardo del orden público constitucional y legal, considera pertinente analizar las normas legales que rigieron el proceso electoral de autos, en especial el contenido del artículo 70 de los Estatutos Sociales del Centro Social Ítalo Venezolano de Valencia, del cual se desprende que la Comisión Electoral es designada por la Junta Directiva de la Asociación, *máxime* si se tiene en cuenta que en los casos de actos generales de contenido normativo no opera la caducidad a los efectos de su impugnación (ver al respecto sentencia de esta Sala Electoral número 095 del 10 de agosto de 2011 Caso: *Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela*).

En ese orden de ideas, se advierte que de acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional y legal la conformación y desempeño de los órganos electorales encargados de la organiza-

ción de los procesos electorales, se rigen por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, participación ciudadana, imparcialidad, confiabilidad, transparencia, equidad, igualdad, personalización del sufragio y representación proporcional del sufragio y representación proporcional, entre otros (artículo 294 constitucional y artículo 3 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales).

Así, cabe destacar que aun cuando el presente caso trata de una elección en el seno de un ente de carácter privado de tipo asociativo, su actuación en materia electoral se encuentra regida por los principios que conforman el marco constitucional de protección del derecho al sufragio y a la participación, previstos en el artículo 294 de la Constitución, de manera particular a los principios de independencia, autonomía, imparcialidad y transparencia, toda vez que tales principios han sido concebidos como garantía de protección y preservación de la voluntad de un colectivo, en este caso de todos los socios que integran el CSIVV.

C. *Derecho a Manifestar*

**TSJ-SPA (840)**

**27-7-2016**

Magistrada Ponente: Eulalia Coromoto Guerrero Rivero

Caso: Delsa Solórzano y Manuel Rojas Pérez vs. Resolución N° 008610 de 23/1/2015 (Ministro del Poder Popular para la Defensa).

Este artículo dispone lo siguiente:

*“Artículo 68. Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a manifestar, **pacíficamente y sin armas**, sin otros requisitos que los que establezca la ley.*

***Se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas.** La ley regulará la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público.”* (Resaltado de la Sala).

La norma transcrita consagra el derecho de todos los ciudadanos a manifestar *pacíficamente y sin armas*. Debe advertirse que el citado derecho no es absoluto, es decir, aun cuando se trate de manifestaciones *pacíficas* ellas estarán sujetas a los requisitos y demás determinaciones que establezca la ley.

El referido precepto prohíbe absolutamente el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones *pacíficas*. También se prevé que la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público estará regulada por la ley.

Del artículo citado se deriva que están prohibidas las armas de fuego para el control de manifestaciones pacíficas, **no así para aquellas que resulten o se tornen violentas**.

Esto último además de emanar del significado propio de las palabras, deviene de la obligación del Estado -también prevista constitucionalmente- de proteger y garantizar al resto de los ciudadanos (que no participan en esa manifestación que se ha tornado violenta) la protección frente a situaciones que constituyan amenaza o riesgo para su integridad física, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. Dicha obligación está contemplada en el artículo 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, norma que dispone lo siguiente:

*“Artículo 55. Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, **frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.***

*La participación de los ciudadanos y ciudadanas en los programas destinados a la prevención, seguridad ciudadana y administración de emergencias será regulada por una ley especial.*

*Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. **El uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionariado policial y de seguridad estará limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley.***” (Resaltado de la Sala).

Debe pues el Estado armonizar y garantizar el respeto de los derechos humanos de todos los ciudadanos, de quienes manifiestan y de quienes no lo hacen, sino que residen, estudian, transitan o trabajan en la zona donde se desarrolla la reunión pública o manifestación, así como los derechos de los funcionarios de los cuerpos policiales, de seguridad ciudadana y militares que participen en el control del orden público.

Es de destacar que el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fue objeto de interpretación por parte de la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, oportunidad en la cual se estableció lo siguiente:

*“(…) La disposición constitucional transcrita **supra** en su primera parte **hace referencia al derecho a la manifestación pacífica, como uno de los derechos políticos que detentan los ciudadanos**, el cual, junto con el derecho a la reunión pública previsto en el artículo 53 de la Carta Magna constituyen una manifestación del derecho a la libertad de conciencia de los ciudadanos (artículo 61). Ahora bien, el derecho a la manifestación en el ordenamiento jurídico venezolano no es un derecho absoluto, entendiéndose por tal, aquella clase o tipo de derecho que no admite restricción de ningún tipo, como es el caso del derecho a la vida, a la salud, entre otros, cuyos ejercicios se encuentran garantizados de forma amplia sin limitación de ningún tipo.*

*En tal sentido, el derecho a la manifestación admite válidamente restricciones para su ejercicio, y así expresamente lo reconoció el Constituyente de 1999 en el artículo 68, -tal como lo estableció la Constitución de 1961 en su artículo 115- al limitar su ejercicio a las previsiones que establezca la Ley. En tal sentido, la Asamblea Nacional en atención al contenido del artículo 68 de la Carta Magna, dictó el 21 de diciembre de 2010 la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010, en la cual en el Título II normó el aspecto relacionado con el derecho constitucional a la manifestación, bajo el Capítulo I denominado “De las reuniones públicas y manifestaciones”, estableciendo así una serie de disposiciones de cumplimiento obligatorio no solo para los partidos políticos, sino también para todos los ciudadanos, cuando estos decidan efectuar reuniones públicas o manifestaciones.*

***En este mismo orden de ideas, se aprecia que en la segunda parte del artículo 68 de la Constitución, también se prevé un acatamiento irrestricto a la ley por parte de los cuerpos policiales y de seguridad encargados del control del orden público, quienes en su actuación no solo estarán en la obligación garantizar el derecho de los ciudadanos y ciudadanas a manifestar pacíficamente, sino también a impedir que éstos, en el curso de la protesta, incurran en excesos que se puedan traducir en lesiones o amenazas de violación de derechos fundamentales del resto de la ciudadanía, como sería el caso del derecho al libre tránsito o al trabajo; sino también a los que estando en ellas no se excedan en dichas concentraciones, velando siempre y en todo momento para que en el control de ese tipo de situaciones exista un respeto absoluto de los derechos humanos, evitando el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas.***

*Determinado como se encuentra el alcance del artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala advierte que la interpretación de autos se planteó en virtud de la necesidad que tiene el accionante (ciudadano Gerardo Sánchez Chacón), como primera autoridad civil del Municipio Guacara del Estado Carabobo, de tener una absoluta claridad en cuanto a su actuar frente al requerimiento de manifestaciones públicas dentro del referido Municipio. (...)” (sentencia de la Sala Constitucional N° 276 del 24 de abril de 2014) (Resaltado de la Sala Político-Administrativa).*

La mencionada sentencia, invocada por los actores en su recurso, precisó que la primera parte del artículo 68 *eiusdem* prevé el derecho a la manifestación *pacífica* no como derecho absoluto sino limitado por las disposiciones contenidas en la Ley. Asimismo, ese fallo expresó que la segunda parte de dicho artículo establece la obligación de los cuerpos policiales y de seguridad encargados del orden público de respetar los derechos humanos *evitando* el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas.

En el presente caso lo alegado por los actores se reduce a lo siguiente:

Que el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no contiene un principio que deba o pueda ser ponderado para dar preeminencia a otro del mismo rango normativo, que ello es así porque lo que subyace detrás de esa prohibición es el derecho a la vida y a la integridad personal de los ciudadanos.

Que a pesar de que el artículo 68 *eiusdem* prohíbe el uso de las armas de fuego en las manifestaciones públicas, la resolución impugnada lo permite expresamente, en cualquier tipo de manifestaciones pacíficas o violentas.

Al respecto se reitera que lo que está prohibido por el texto constitucional es el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas, no así en aquellas que sean violentas o que se tornen violentas.

A fin de determinar, en esta fase cautelar, si la Resolución N° 008610 dictada por el Ministro del Poder Popular para la Defensa en fecha 23 de enero de 2015, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.589 del 27 de enero de 2015 vulnera el mencionado derecho constitucional es preciso revisar su articulado.

En este sentido se observa que el acto impugnado regula la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana para garantizar el orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones y manifestaciones públicas “*dentro del desarrollo del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia y la protección de los derechos Humanos*” (artículo 1° *eiusdem*).

Dentro de las finalidades de la mencionada resolución figura la protección de los derechos humanos de quienes participan en las reuniones públicas y manifestaciones, así como, de las demás personas y la sociedad en general mediante el establecimiento de principios, directrices y procedimientos uniformes sobre la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana para garantizar el orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones y manifestaciones públicas a través del uso progresivo y diferenciado de la fuerza cuando la situación lo amerite, de acuerdo a lo establecido por la normativa nacional e internacional en materia de derechos humanos (artículo 2° *eiusdem*).

En su artículo 5, la resolución impugnada establece que las acciones de los funcionarios de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana se regirán por los siguientes principios: 1) Respeto y garantía del derecho humano a la vida como valor supremo en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia. 2) Ponderación de los Derechos Humanos y Garantías. 3) Protección de las poblaciones en situación de vulnerabilidad. 4) Adecuación profesional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y 5) Uso progresivo y diferenciado de la Fuerza.

Se establece además en la citada resolución que el personal militar que ejerza funciones de control del orden público deberá contar con una formación especial y entrenamiento continuo y obligatorio en esa materia. Dicho entrenamiento se realizará mínimo una vez al año y abarcará los aspectos psicológicos, técnicos y operacionales.

La formación comprenderá, entre otros, la doctrina sobre el uso progresivo y diferenciado de la fuerza, las técnicas de disuasión, uso de equipos, armas y accesorios autorizados para el control de reuniones públicas y manifestaciones, derechos humanos y garantías plasmadas en la Constitución (artículos 8 y 9 *eiusdem*).

Asimismo dispone el acto recurrido que los órganos de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana responsables del control de reuniones públicas y manifestaciones recibirán adecuada dotación de equipos, implementos, armas y accesorios ***“debidamente autorizados y homologados por los organismos internacionales en cuanto al restablecimiento del orden público a fin de garantizar la protección de la vida, integridad y seguridad del personal militar (...), los Derechos Humanos de las personas que participan en las reuniones públicas o manifestaciones y de la población en general (...)”*** (artículo 10 *eiusdem*) (Resaltado de la Sala).

Se precisa en el acto impugnado que la planificación y actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana incluirá el análisis y evaluación de cada situación por parte de personal debidamente adiestrado, capacitado, entrenado y equipado, facilitando así el empleo de técnicas de prevención, solución pacífica de conflictos y uso progresivo y diferenciado de la fuerza, aplicando los principios de legalidad, necesidad y discrecionalidad ***“mediante la utilización de la escala progresiva en función de la resistencia y oposición de las personas y no como producto de la predisposición de la o el efectivo militar, con maltrato físico o psicológico”*** (artículos 14 y 15 *eiusdem*).

Igualmente, el acto impugnado establece que, durante el desarrollo de las reuniones públicas y manifestaciones, la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, previa coordinación con el órgano rector en materia de seguridad ciudadana, cumplirá con el Plan de Operaciones elaborado para tal fin, dependiendo del grado de alteración del orden público. Antes de actuar, evaluará diversos factores y cuando los medios alternativos de resolución de conflictos no resulten satisfactorios, la unidad militar actuante advertirá a quienes participan en esas reuniones públicas y manifestaciones que harán uso progresivo y diferenciado de la fuerza. Entre otras actuaciones, los funcionarios militares extremarán las precauciones para el uso de agentes químicos en forma estrictamente localizada, a fin de evitar su difusión y extensión en inmediaciones de edificaciones que congreguen personas con mayor riesgo de sufrir sus consecuencias.

En este sentido se prevé expresamente que ***“No portarán ni usarán armas de fuego en el control de reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, a menos que, por la necesidad y proporcionalidad de los medios empleados para contrarrestarla, sea necesario su porte y uso.”*** (Artículo 15 *eiusdem*) (Resaltado de la Sala).

Además, el acto recurrido dispone que los efectivos militares aplicarán ***“la fuerza que fuere necesaria de forma progresiva y diferenciada, orientados en todo caso por la afirmación de la vida como valor supremo”*** y en función del nivel de resistencia y oposición de las personas que estén enervando la intervención de la autoridad (artículos 20 y 21 *eiusdem*).

La citada normativa define varias situaciones y precisa los criterios que deben tomarse en cuenta para graduar el uso de la fuerza por parte de los funcionarios militares, los cuales serán los siguientes: proporcionalidad, progresividad, minimización, instrumentalidad y diferenciación (artículo 23 *eiusdem*).

El empleo de armas de fuego está más ampliamente regulado en el artículo 24 de la resolución recurrida, el cual dispone que estas serán utilizadas solo cuando sea inevitable y bajo las determinaciones que ahí se señalan, tales como tomar precauciones especiales para proteger la vida humana, proceder de modo que se preste asistencia médica a las personas heridas o afectadas y notificar lo sucedido a los parientes o personas cercanas al herido o afectado, a la brevedad posible.

Adicionalmente, se regula expresamente que los efectivos militares no podrán hacer uso de lenguaje soez, provocador o desafiante, ni hacer agresión física directa contra cualquier participante en dichas reuniones o manifestaciones, ni utilizar armas o agentes químicos directamente sobre el cuerpo de las personas, ni realizar actos de castigo directo o ensañamiento (artículos 27 y 29 *eiusdem*).

Por otra parte, está previsto en la normativa impugnada, que dentro de los tres (3) meses siguientes a su entrada en vigencia, se elabore un “*Manual de Normas y Procedimientos Operativos del Servicio de Seguridad en Materia de Orden Público de Uso Común para las y los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana*” que desarrollará, entre otras cosas, la participación, entrenamiento, adiestramiento y equipamiento utilizado en las reuniones públicas y manifestaciones (artículos 10 y disposición transitoria segunda *eiusdem*).

Finalmente, se establece en el acto recurrido que los funcionarios militares que utilicen indebidamente o se excedan en el uso de la fuerza durante el desarrollo de reuniones públicas y manifestaciones o que contravinieren disposiciones legales o reglamentarias serán sancionados disciplinariamente, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles y administrativas que se deriven de tales actos.

Luego de revisar la normativa cuya nulidad solicitaron los recurrentes la Sala observa que su finalidad es proteger los derechos y garantías de las personas que participan en las reuniones públicas y manifestaciones, de las demás personas y de la sociedad en general, mediante el establecimiento de directrices claras y uniformes sobre la actuación de los efectivos militares en funciones de control del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana.

Se advierte que el acto impugnado está dirigido a todas las reuniones públicas y manifestaciones, **pero solo permite el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas para el control de las manifestaciones no pacíficas** y aun en ese caso, regula tales situaciones al ordenar un cúmulo de precauciones especiales a fin de proteger la vida y demás derechos humanos de los manifestantes y en general de toda la ciudadanía.

Dentro de tales precauciones figuran el uso progresivo y diferenciado de la fuerza, la utilización de armas de fuego solo cuando sea inevitable y bajo las determinaciones que ahí se detallan, por parte de un personal militar calificado (con formación especial en el área realizada anualmente he instruido en el manejo de técnicas de disuasión) dotado de equipos, implementos, armas y accesorios autorizados por los organismos internacionales para el restablecimiento del orden público.

Por las razones expuestas, en esta fase cautelar, la Sala considera que la Resolución N° 008610 del 23 de enero de 2015 dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa no infringe el derecho a la manifestación pacífica. Así se decide.

### III. ORDENAMIENTO ORGÁNICO

#### 1. Poder Ejecutivo Nacional

##### A. Cargo presidente de la Republica. Limitación de la doble nacionalidad

TSJ-SC (1144)

15-12-2016

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Jaime Pájaro Novoa

**El requisito de poseer la nacionalidad venezolana por nacimiento, como única y excluyente, es una condición esencial para quien aspire a los cargos públicos que requie-**

ren tal condición expresamente en la Constitución, por ello los ciudadanos y las ciudadanas que aspiren a un cargo público y que en el Texto Fundamental se establezca tal condición, estarán sometidos al presupuesto de la nacionalidad venezolana originaria como única y excluyente, y por ende obligados a abstenerse de optar a otra nacionalidad o si es el caso, a renunciar a la otra nacionalidad u otras que ostenten, para poder participar en la elección o en la postulación del cargo. “Quien aspire al cargo de Presidente de la República, tal y como lo establece el artículo 227 constitucional debe ser venezolano o venezolana por nacimiento, y no poseer otra nacionalidad al momento de optar al ejercicio de dicho cargo; y si fuese el caso, que ya la hubiese adquirido, por el cumplimiento de los trámites exigidos por el ordenamiento jurídico del país que se trate, deberá renunciar a dicha nacionalidad.”

La Sala fundamentó su decisión en que “para adquirir la nacionalidad se requiere primero, la manifestación de voluntad y, segundo, el agotamiento del procedimiento establecido por el Estado de la nacionalidad pretendida, y por ende el cumplimiento de los requisitos exigidos para su adquisición”, y por ende “el hecho de que el ordenamiento jurídico del Estado otorgante de la nacionalidad solicitada, establezca que la misma opera de forma inmediata, bien sea por filiación sanguínea o por resultado de uniones matrimoniales, la misma sólo surtirá efecto, como se señaló, una vez que se manifieste la voluntad de adquirirla y se cumpla con los parámetros establecidos para su otorgamiento.”

A la luz de las consideraciones transcritas, observa esta Sala que el presente recurso tiene por objeto la interpretación de la disposición contenida en el artículo 227 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativa a los requisitos para ser Presidente de la República,

Efectuadas tales consideraciones, esta Sala procederá a pronunciarse acerca de la interpretación constitucional solicitada, en relación a los planteamientos de la parte recurrente, para lo cual observa:

El recurrente ha señalado que, de la norma transcrita, se evidencian las siguientes circunstancias fundamentales:

- 1) Que, no se precisa como debe entenderse por “...**NO POSEER OTRA NACIONALIDAD**, al no aclarar, que personas nacidas en el Territorio Nacional, tienen doble Nacionalidad”.
- 2) Que, la ambigüedad “...también consistiría, en que como es un hecho Notorio, muchas personas, nacidas en el Territorio Nacional, su o sus padres, nacieron en otro país, o tienen otra nacionalidad, y por consiguiente, esto admite, distintas interpretaciones al no saber, que si por el hecho, de haber nacido su padre o sus padres en Territorio Extranjero, ellos automáticamente, adquieren la Nacionalidad de su padre o de sus padres; Y (*sic*) por consiguiente, tendrían doble Nacionalidad”.
- 3) Que la norma tampoco precisa “...cuando la Persona Nacida en Territorio Nacional, de padre o padres extranjeros o de otra nacionalidad, adquiere la nacionalidad del padre o de los padres”.
- 4) Que “(t)ampoco precisa, si la persona nacida en Territorio Nacional, de padre o padres extranjeros, cuya Constitución de su padre o de sus padres, establece, que sus hijos nacidos en Territorio extranjero, en este caso, en territorio venezolano, son nacionales de ese país, o como es lo mismo, también tendrían doble Nacionalidad. Esto, sin que el hijo Nacido en Territorio Venezolano, opte por solicitar, previamente, la nacionalidad de su padre o de sus padres, vulnerando a criterio del recurrente, la Soberanía Nacional”.

Ahora bien, el artículo 227 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone, expresamente, lo siguiente: “*Para ser elegido Presidente o Presidenta de la República se requiere ser venezolano o venezolana por nacimiento, no poseer otra nacionalidad, ser mayor de treinta años, de estado seglar y no estar sometido o sometida a condena mediante sentencia definitivamente firme y cumplir con los demás requisitos establecidos en esta Constitución*”.

(...)

Con fundamento de lo anteriormente señalado, esta Sala considera que el artículo sometido a interpretación en cuanto al requisito de no poseer otra nacionalidad para ser elegido Presidente de la República, refiere que para ostentar el cargo de Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, participar en la elección referida al mismo y ejercer dichas funciones, únicamente se deberá poseer una nacionalidad, en este caso la venezolana, pues quien pretenda ejercer el cargo de Presidente y en el caso de ejercerlo, mientras dure su período, no podrá optar a cualquier otra nacionalidad.

(...)

Por ello, quien aspire al cargo de Presidente de la República, tal y como lo establece el artículo 227 constitucional debe ser venezolano o venezolana por nacimiento, y no poseer otra nacionalidad al momento de optar al ejercicio de dicho cargo; y si fuese el caso, que ya la hubiese adquirido, por el cumplimiento de los trámites exigidos por el ordenamiento jurídico del país que se trate, deberá renunciar a dicha nacionalidad, para la satisfacción de las condiciones establecidas en el artículo 227 de la Constitución, debiendo aclararse que fenecido el mandato para el cual fue electo, podrá, si es su voluntad, optar por otra nacionalidad, en el caso de que cuente con tal posibilidad, sea por vínculos de consanguinidad o matrimonial, como expresamente se detalló en la sentencia N° 300/2016.

(...)

Por ello, en esta oportunidad esta Sala, como máxima garante e intérprete de la Constitución, como norma fundamental, establece que el requisito de poseer la nacionalidad venezolana por nacimiento, como única y excluyente, es una condición esencial para quien aspire a los cargos públicos que requieren tal condición expresamente en la Constitución, por ello los ciudadanos y las ciudadanas que aspiren a un cargo público y que en el Texto Fundamental se establezca tal condición, estarán sometidos al presupuesto de la nacionalidad venezolana originaria como única y excluyente, y por ende obligados a abstenerse de optar a otra nacionalidad o si es el caso, a renunciar a la otra nacionalidad u otras que ostenten, para poder participar en la elección o en la postulación del cargo. Así se decide.

**TSJ-SC (907)**

**28-10-2016**

Magistrado Ponente: Gladis María Gutiérrez Alvarado

Caso: Nicolás Maduro Moros

...Respecto de los requisitos para ser elegido Presidente de la República, los artículos 41 y 227 del Texto Fundamental disponen lo siguiente:

**Artículo 41.** *Sólo los venezolanos y venezolanas por nacimiento y sin otra nacionalidad podrán ejercer los cargos de Presidente o Presidenta de la República (...)*

**Artículo 227.** *Para ser elegido Presidente de la República o elegida Presidenta de la República se requiere ser venezolano o venezolana por nacimiento, no poseer otra nacionalidad, (...)*

Sobre la doble nacionalidad, esta Sala, en sentencia N° 300 del 27 de abril de 2016, declaró lo siguiente:

*“...NACIONAL: “Propio de la nación o a ella perteneciente de modo material o abstracto. // Natural de un país, en oposición con el extranjero.// Por extensión política del concepto anterior, también el naturalizado, el que ha adquirido la ciudadanía por acto posterior al nacimiento”. (Ossorio, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial Heliasta, S.R.L., p.478).*

*NACIONALIDAD: “(...) vínculo específico que une a una persona con un Estado. Este vínculo, que determina su pertenencia a dicho Estado, le da derecho a reclamar la protección del mismo; pero la somete también a las obligaciones impuestas por sus leyes”. (Ossorio, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial Heliasta, S.R.L., p.478).*

*Estos conceptos han sido desarrollados en el artículo 4 de la Ley Nacionalidad y Ciudadanía, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.971 de fecha 1° de julio de 2004.*

(...)

*Las cuestiones relacionadas con la nacionalidad corresponden a la esfera de la competencia exclusiva del Estado.*

(...)

*Puede una persona determinada tener una nacionalidad originaria, y ostentar la posibilidad de adquirir otra nacionalidad u otras, dependiendo de la situación que se lo permita (que los padres tengan una nacionalidad distinta, que contraiga matrimonio con un extranjero, por ejemplo); de allí que adquiera relevancia la nacionalidad originaria para la tutela de determinados derechos, y es importante distinguir la situación de una persona nacional con opción a otras u otras nacionalidades, que no la haya solicitado o adquirido, de aquel que sí tenga una doble y hasta una triple nacionalidad, pues estará sujeto no sólo a los derechos de los Estados cuya nacionalidad ostenta sino a los deberes que las leyes que lo rigen le impongan”.*

B. *Proceso de aprobación del Presupuesto Anual: sustitución de la Ley de presupuesto por un decreto ejecutivo del Presupuesto*

**TSJ-SC (814)**

**11-10-2016**

Ponencia Conjunta

**Sala Constitucional habilita al Ejecutivo Nacional a presentar el presupuesto nacional ante esa Máxima Instancia y no ante la Asamblea Nacional.**

(...) Finalmente, de acuerdo a lo expuesto y, en especial, a las circunstancias excepcionales que motivan la solicitud bajo análisis, en esta oportunidad el Presidente la República deberá presentar el presupuesto nacional ante esta máxima instancia de la jurisdicción constitucional, bajo la forma de decreto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente decisión.

Conforme a las razones de hecho y de derecho antes expuestas, esta Sala declara resuelta la presente solicitud de ampliación de la sentencia N° 810 del 21 de septiembre de 2016. Téngase la presente ampliación como parte integrante del referido fallo. Así se decide.

Por último, se ordena la publicación de la presente decisión en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia.

2. *Poder Legislativo*

A. *Control Político parlamentario. Elección de Magistrados*

**TSJ-SC (614)**

**19-7-2016**

Magistrada Ponente: Gladis Gutiérrez Alvarado

Caso: Héctor Rodríguez, Pedro Carreño, Gilberto Pinto, Francisco Torre-alba y Ricardo Molina.

...Se ratifica, en consecuencia, tal como pacíficamente lo ha venido sosteniendo esta Sala desde el año 2002, que el control político-parlamentario previsto en los artículos 187.3, 222, 223 y 224 "...no se extiende a ningún otro Poder; quedando establecido en la Ley los diversos mecanismos de control de los otros poderes", y en lo que atañe al nombramiento de magistrados y magistradas, "la Asamblea Nacional, en cuanto a las condiciones para el nombramiento de los Magistrados puede previamente hacer las investigaciones que crea necesarias".

Resulta, pues, que la Asamblea Nacional está legitimada para hacer la selección definitiva de los magistrados, tal como lo dispone el artículo 264 Constitucional

(...)

En consecuencia, la Asamblea Nacional tiene la atribución de remover a los magistrados o magistradas designados, mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado o interesada, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca (artículos 264 y 265 constitucional)

3. *Poder Judicial*

A. *Principio de expectativa plausible o confianza legítima en el ámbito jurisdiccional*

**TSJ-SC (1149)**

**15-12-2016**

Magistrado Ponente: Calixto Antonio Ortega Ríos

Caso: Sanitas de Venezuela

**La Sala desarrolla el principio de expectativa plausible o confianza legítima, dándole rango constitucional a pesar de no estar expreso en el catálogo de derechos de la Constitución. Así, su vinculación con el principio de precedentes implica que no es posible su vulneración sin la existencia de antecedentes. Por lo tanto, quien alegue su vulneración deberá alegar, probar y evidenciar la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado y que este ha dejado de aplicársele sin fundamentación por parte del juez de dicho cambio de criterio.**

En virtud de lo establecido por esta Sala, el principio de expectativa plausible o confianza legítima tiene un rango constitucional y directo, de la interpretación concordada del artículo 21, 22, 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, incluida como parte de los derechos fundamentales de la persona humana, que si bien no se encuentra ex-

presamente contenidos en el catálogo comprendido en el Texto Fundamental, puede ser abarcado por aquellos que son inherentes a ella, persigue la igualdad de trato en forma genérica y es mecanismo de interdicción a la aplicación retroactiva más allá de la Ley, por lo que forma parte del bloque de la constitucionalidad y debe ser preservado por esta Sala Constitucional y por el resto de los órganos jurisdiccionales de la República.

Sala Constitucional interpretó el principio de expectativa plausible

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fijó criterio con respecto al principio de expectativa plausible, conforme al cual aclaró que su violación viene dada por *“la falta de aplicación de un criterio jurisprudencial o cambio de criterio que afectaría la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y viciaría de falta de exhaustividad a la sentencia”*, y continuó señalando que *“tiene un rango constitucional y directo, de la interpretación concordada del artículo 21, 22, 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, incluida como parte de los derechos fundamentales de la persona humana, que si bien no se encuentra expresamente contenido en el catálogo comprendido en el Texto Fundamental, puede ser abarcado por aquellos que son inherentes a ella, persigue la igualdad de trato en forma genérica y es mecanismo de interdicción a la aplicación retroactiva más allá de la Ley, por lo que forma parte del bloque de la constitucionalidad y debe ser preservado por esta Sala Constitucional y por el resto de los órganos jurisdiccionales de la República.”*

...En el presente caso se pretende la revisión de la sentencia N° 1.241, dictada por la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia el 16 de diciembre de 2015, la cual declaró con lugar el recurso de casación ejercido por el ciudadano Carlos Julio Rodríguez, contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas el 20 de mayo de 2014 y su aclaratoria contenida en la decisión N° 360 del 14 de abril de 2016.

En ese sentido, en sentencia N° 93 del 6 de febrero de 2001 (caso: *Corpoturismo*), esta Sala Constitucional indicó cuáles son los fallos susceptibles de ser revisados de manera extraordinaria y excepcional, a saber: los fallos definitivamente firmes de amparo constitucional, las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional, y las sentencias definitivamente firmes que hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional.

En este orden de ideas, es pertinente destacar que esta Sala ha insistido que la revisión constitucional es una potestad extraordinaria que no es amplia ni ilimitada, sino que se encuentra restringida, no sólo por cuanto se refiere de una manera taxativa a un determinado tipo de sentencias definitivamente firmes, sino que, igualmente, con base en la unión, integración y coherencia que debe existir en las normas constitucionales como parte de un todo, la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer la garantía de la cosa juzgada en su artículo 49 constitucional, limita la potestad extraordinaria de revisión, que busca evitar la existencia de criterios dispersos sobre las interpretaciones de normas y principios constitucionales que distorsionen el sistema jurídico (creando incertidumbre e inseguridad en el mismo), garantizando la unidad del Texto Constitucional y, en fin, la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, cometido que tiene asignado este Alto Órgano Jurisdiccional como máximo y último intérprete de la Constitución.

Una vez expresado esto, observa esta Sala que son dos los grupos de delaciones realizadas por el solicitante de la sentencia recurrida, por una parte, la violación del principio de confianza legítima o expectativa plausible por falta de aplicación de un criterio jurisprudencial o cambio de criterio que afectaría la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y viciaría de falta de exhaustividad a la sentencia y, por la otra, sería el silencio de prueba, la violación de los principio de primacía de la realidad que, de la misma forma, vulneraría la tutela judicial y a la defensa, por lo que la referida sentencia tendría mérito suficiente para ser revisada en virtud del error de actividad o *in procedendo* supuestamente cometido por la Sala de Casación Social, que la afectaría de incongruencia omisiva.

En ese sentido, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse con relación a al principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible (S.C. 956/2001; 3703/2003; 401/2004; 867/2013). Ahora bien, conforme a ello (S.C. núm. 401 del 19 de marzo de 2004), ha dictaminado lo siguiente:

“En sentencia N° 956/2001 del 1° de junio, caso: *Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero*, que aquí se reitera, esta Sala señaló:

‘La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no son contrarios a derecho’.

Con la anterior afirmación, la Sala le dio valor al principio de expectativa plausible, el cual sienta sus bases sobre la confianza que tienen los particulares en que los órganos jurisdiccionales actúen de la misma manera como lo ha venido haciendo, frente a circunstancias similares.

Así, es claro que, en nuestro ordenamiento jurídico, con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala, la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho. Sin embargo, la motivación de los fallos proferidos por las Salas de Casación que trasciendan los límites particulares del caso sub iudice, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen las Salas de Casación de este Alto Tribunal, cuando desacaten o difieran de su doctrina, la cual, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, deben procurar acoger para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Por ello, la doctrina de casación, sin ser fuente formal del Derecho, en virtud de que sienta principios susceptibles de generalización, cuya desaplicación puede acarrear que la decisión proferida en contrario sea casada, se constituye en factor fundamental para resolver la *litis* y, en los casos en que dicha doctrina establezca algún tipo de regulación del proceso judicial, sus efectos se asimilan a los producidos por verdaderas normas generales.

De tal forma, que en la actividad jurisdiccional el principio de expectativa plausible, en cuanto a la aplicación de los precedentes en la conformación de reglas del proceso, obliga a la interdicción de la aplicación retroactiva de los virajes de la jurisprudencia. En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos.

No se trata de que los criterios jurisprudenciales previamente adoptados no sean revisados, ya que tal posibilidad constituye una exigencia ineludible de la propia función jurisdiccional, por cuanto ello forma parte de la libertad hermenéutica propia de la actividad de juzgamiento, sino que esa revisión no sea aplicada de manera indiscriminada, ni con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo criterio, sean exigidos para los casos futuros y que se respeten, en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente.

Conforme a lo expuesto, esta Sala ha reiterado en múltiples fallos (*Vid.* sentencia N° 3702/2003 del 19 de diciembre, caso: *Salvador de Jesús González Hernández*, entre otras), que la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho”.

En virtud de lo establecido por esta Sala, el principio de expectativa plausible o confianza legítima tiene un rango constitucional y directo, de la interpretación concordada del artículo 21, 22, 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, incluida como parte de los derechos fundamentales de la persona humana, que si bien no se encuentra expresamente contenidos en el catálogo comprendido en el Texto Fundamental, puede ser abarcado por aquellos que son inherentes a ella, persigue la igualdad de trato en forma genérica y es mecanismo de interdicción a la aplicación retroactiva más allá de la Ley, por lo que forma parte del bloque de la constitucionalidad y debe ser preservado por esta Sala Constitucional y por el resto de los órganos jurisdiccionales de la República.

Como acertadamente lo ha establecido la distinguida profesora Rondón de Sansó, “...no hay ningún mecanismo que pueda impedir los virajes de la jurisprudencia, por cuanto ello forma parte de la libertad, hermenéutica que es la esencia misma de la función jurisdiccional. Es por lo anterior que la única regla que tácitamente se aplica es la del expreso señalamiento que ha de hacer la sentencia que introduce el cambio jurisdiccional de que el mismo se ha producido.” (Rondón de Sansó, Hildegard. *El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano.*)

El principio de la expectativa plausible en el ámbito de la actividad jurisdiccional del Estado, se encuentra muy vinculado al precedente judicial, que si bien no es fuente de derecho formal sienta principios susceptibles de generalización. Este principio no se ve vulnerado cuando no existen antecedentes, siendo la realidad más variada y compleja que el Derecho, surgen circunstancias fácticas novedosas que constituyen nuevos conflictos a ser resueltos, sobre los cuales las partes no deben tener otra expectativa distinta que la de obtener la tutela judicial efectiva de los órganos de administración de justicia. Diferente, son aquellos supuestos de hecho donde existe un criterio jurisdiccional consolidado, en esos casos no solo se puede esperar –garantía mínima– que se cumplan el debido proceso o juicio justo, sino además que el caso sea resuelto de la misma manera como ha venido siendo resuelto por el Poder Judicial.

En los supuestos que se alegue la violación del principio de la expectativa plausible, corresponderá al solicitante de la revisión alegar, probar y evidenciar dos extremos, en primer lugar que existe un criterio jurisprudencial consolidado, bien por cuanto ha sido dictado por esta Sala con criterio vinculante para el resto de las Sala de este Alto Tribunal y todos los tribunales de la República o se trata un criterio de las Salas especializadas cumpliendo el fin nomofiláctico de la casación, como los últimos y máximos intérpretes de la Ley en sus respectivas competencias, que haya permeado al resto de los tribunales de instancias, por una parte y, por la otra, que dicho criterio ha dejado de aplicársele –circunstancia en la cual se trata de un caso aislado–, fue cambiado y aplicado al momento de producirse el viraje jurisprudencial simultáneamente o de forma retroactiva.

Dada la obligación que tienen los jueces de evidenciar en su sentencia los cambios de criterios, cuando este se aplique para el caso *subjudice*, bastará producir con la solicitud la sentencia recurrida para demostrar que el cambio jurisprudencial se ha aplicado de forma simultánea o retroactivamente. Mientras que, en el caso de la falta de aplicación de un criterio jurisprudencial que afecte este principio, deberá probarse que el mismo ha sido sostenido en el pasado, no fue aplicado al caso particular y, posteriormente ha seguido utilizándose.

(...)

En virtud de lo anterior se observa que, en el caso de la sentencia N° 1.241 dictada por la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia del 16 de diciembre de 2015, se dejó de aplicar un criterio jurisprudencial que, de la revisión realizada sobre la Jurisprudencia de dicha Sala y los tribunales de instancia del trabajo, no existe evidencia que haya variado en el tiempo, muy por el contrario, es un hecho notorio judicial que se ha seguido aplicado. Por otra parte, dicha variación no ha sido referida en el propio texto de la sentencia, por lo cual es forzoso para esta Sala declarar que en el presente caso se dejó de aplicar un criterio jurisprudencial consolidado, con lo cual se vulnera el principio de la confianza legítima o expectativa plausible, por lo que debe declararse Ha Lugar dicha revisión. Así se decide.

Como quiere que el asunto no es de mero derecho, esta Sala Constitucional no considera necesario el ejercicio de la facultad extraordinaria establecida en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y, en tal sentido, remite el presente expediente para que la Sala de Casación Social accidental dicte una nueva sentencia con estricto apego a lo establecido en esta decisión. Así se establece.

En virtud de lo anterior, es para esta Sala inoficioso pronunciarse sobre el resto de los vicios delatados y conforme a la naturaleza de la decisión, es igualmente innecesario pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada.

Con base en las consideraciones expuestas a lo largo del presente fallo se declara Ha Lugar la solicitud de revisión de la sentencia N° 1.241 dictada por la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia el 16 de diciembre de 2015, la cual declaró con lugar el recurso de casación ejercido por el ciudadano Carlos Julio Rodríguez, contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas el 20 de mayo de 2014 y se ordena que la Sala de Casación Social accidental emita un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado Así se decide.

Una vez expresado esto, observa esta Sala que son dos los grupos de delaciones realizadas por el solicitante de la sentencia recurrida, por una parte, la violación del principio de confianza legítima o expectativa plausible por falta de aplicación de un criterio jurisprudencial o cambio de criterio que afectaría la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y viciaría de falta de exhaustividad a la sentencia y, por la otra, sería el silencio de prueba, la violación de los principio de primacía de la realidad que, de la misma forma, vulneraría la tutela judicial y a la defensa, por lo que la referida sentencia tendría mérito suficiente para ser revisada en virtud del error de actividad o *in procedendo* supuestamente cometido por la Sala de Casación Social, que la afectaría de incongruencia omisiva.

(...)

En virtud de lo establecido por esta Sala, el principio de expectativa plausible o confianza legítima tiene un rango constitucional y directo, de la interpretación concordada del artículo 21, 22, 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, incluida como parte de los derechos fundamentales de la persona humana, que si bien no se encuentra expresamente contenidos en el catálogo comprendido en el Texto Fundamental, puede ser abarcado por aquellos que son inherentes a ella, persigue la igualdad de trato en forma genérica y es mecanismo de interdicción a la aplicación retroactiva más allá de la Ley, por lo que forma parte del bloque de la constitucionalidad y debe ser preservado por esta Sala Constitucional y por el resto de los órganos jurisdiccionales de la República.

(...)

El principio de la expectativa plausible en el ámbito de la actividad jurisdiccional del Estado, se encuentra muy vinculado al precedente judicial, que si bien no es fuente de derecho formal sienta principios susceptibles de generalización. Este principio no se ve vulnerado cuando no existen antecedentes, siendo la realidad más variada y compleja que el Derecho, surgen circunstancias fácticas novedosas que constituyen nuevos conflictos a ser resueltos, sobre los cuales las partes no deben tener otra expectativa distinta que la de obtener la tutela judicial efectiva de los órganos de administración de justicia. Diferente, son aquellos supuestos de hecho donde existe un criterio jurisprudencial consolidado, en esos casos no solo se puede esperar –garantía mínima– que se cumplan el debido proceso o juicio justo, sino además que el caso sea resuelto de la misma manera como ha venido siendo resuelto por el Poder Judicial.

En los supuestos que se alegue la violación del principio de la expectativa plausible, corresponderá al solicitante de la revisión alegar, probar y evidenciar dos extremos, en primer lugar que existe un criterio jurisprudencial consolidado, bien por cuanto ha sido dictado por esta Sala con criterio vinculante para el resto de las Sala de este Alto Tribunal y todos los tribunales de la República o se trata un criterio de las Salas especializadas cumpliendo el fin nomofiláctico de la casación, como los últimos y máximos intérpretes de la Ley en sus respectivas competencias, que haya permeado al resto de los tribunales de instancias, por una parte y, por la otra, que dicho criterio ha dejado de aplicársele –circunstancia en la cual se trata de un caso aislado–, fue cambiado y aplicado al momento de producirse el viraje jurisprudencial simultáneamente o de forma retroactiva.

Dada la obligación que tienen los jueces de evidenciar en su sentencia los cambios de criterios, cuando este se aplique para el caso *subjudice*, bastará producir con la solicitud la sentencia recurrida para demostrar que el cambio jurisprudencial se ha aplicado de forma simultánea o retroactivamente. Mientras que, en el caso de la falta de aplicación de un criterio jurisprudencial que afecte este principio, deberá probarse que el mismo ha sido sostenido en el pasado, no fue aplicado al caso particular y, posteriormente ha seguido utilizándose.

(...)

En virtud de lo anterior se observa que, en el caso de la sentencia N° 1.241 dictada por la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia del 16 de diciembre de 2015, se dejó de aplicar un criterio jurisprudencial que, de la revisión realizada sobre la Jurisprudencia de dicha Sala y los tribunales de instancia del trabajo, no existe evidencia que haya variado en el tiempo, muy por el contrario, es un hecho notorio judicial que se ha seguido aplicado. Por otra parte, dicha variación no ha sido referida en el propio texto de la sentencia, por lo cual es forzoso para esta Sala declarar que en el presente caso se dejó de aplicar un criterio jurisprudencial consolidado, con lo cual se vulneró el principio de la confianza legítima o expectativa plausible, por lo que debe declararse Ha Lugar dicha revisión. Así se decide.

Como quiere que el asunto no es de mero derecho, esta Sala Constitucional no considera necesario el ejercicio de la facultad extraordinaria establecida en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y, en tal sentido, remite el presente expediente para que la Sala de Casación Social accidental dicte una nueva sentencia con estricto apego a lo establecido en esta decisión. Así se establece.

*Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, consigna su voto salvado al contenido decisorio del presente fallo, en los siguientes términos:*

La decisión de la Sala declaró ha lugar la solicitud de revisión presentada por las sociedades mercantiles Sanitas de Venezuela, S.A., Empresa de Medicina Prepagada y Plansani-

tas, S.A., Empresa de Medicina Prepagada, de la decisión núm. 1241, dictada por la Sala de Casación Social, el 16 de diciembre de 2015, que a su vez, declaró con lugar el recurso de casación anunciado y formalizado por el ciudadano Carlos Julio Rodríguez Andueza contra la sentencia dictada, el 20 de mayo de 2014, por el Juzgado Segundo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; anuló el fallo recurrido y parcialmente con lugar la demanda que por cobro de prestaciones sociales incoó el referido ciudadano contra las mencionadas empresas.

Al efecto, aprecia quien disiente que los hoy peticionarios en su escrito de revisión de manera genérica señalaron que se dejó de aplicar un criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional que ordena el “...análisis pormenorizado de todas las pruebas cursantes en autos...”; no obstante, la mayoría sentenciadora declaró ha lugar la solicitud presentada, limitándose a establecer que en la sentencia objeto de revisión “...se dejó de aplicar un criterio jurisprudencial...” de la Sala de Casación Social y de los tribunales de instancia del trabajo, referido a la carga de la prueba en los casos de simulación de contratos laborales.

En efecto, aprecia quien salva su voto, el error cometido por la mayoría sentenciadora al revisar una sentencia que, según establecen, obvió un criterio de la Sala de Casación Social contenido en las sentencias núms. 808/2008, 303/2014 y 964/2014, así como en la sentencia dictada el 9 de abril de 2012, en el expediente núm. AP21-R-2011-002026, por el Tribunal Quinto Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, cuando la revisión procede ante la violación o desconocimiento de criterios vinculantes de la Sala Constitucional, tal como lo dispone el artículo 335 Constitucional y el artículo 25.10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en los siguientes términos:

**Artículo 25.-** Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:  
(omissis)

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los tribunales de la República, **cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional**; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales (Subrayado añadido).

Adicional a lo anterior, la mayoría sentenciadora obvió que esta Sala mediante decisión núm. 1264/2013, anuló el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por lo tanto, los únicos criterios vinculantes para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República son los dictados de ésta Sala Constitucional.

Por otra parte, observa quien disiente que en el fallo que antecede se indicó que “[e]n los supuestos que se alegue la violación del principio de expectativa plausible, corresponderá al solicitante de la revisión **alegar, probar y evidenciar dos extremos, en primer lugar que existe un criterio jurisprudencial consolidado (...) y, por la otra, que dicho criterio ha dejado de aplicársele...**”; no obstante, de la revisión del capítulo I del fallo, se advierte que dichos extremos no fueron probados por los hoy solicitantes; a tal magnitud que ni siquiera indicaron cuál es el criterio jurisprudencial que dejó de aplicarse en el caso concreto, por lo que, a juicio de quien disiente, la solicitud de revisión debió desestimarse.

Con base en lo expuesto, quien salva su voto estima que la solicitud de revisión debió declararse no ha lugar, toda vez que el fallo objeto de revisión no desconoció algún precedente dictado por la Sala Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales que hicieran precedente la solicitud presentada.

Queda en estos términos expresados las razones por las cuales la Magistrada salva su voto.

#### IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

##### 1. *El Procedimiento Administrativo*

##### A. *Principio de continuidad administrativa*

CSCA

15-12-2016

Juez Ponente: Freddy Vásquez Bucarito

Caso: José Abel Hernández Oropeza vs. CICPC

**En virtud del principio de continuidad administrativa, al no haberse previsto en la Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación una solución ante el evidente vacío organizacional acaecido, los miembros del Consejo Disciplinario de la Región Central del prenombrado Cuerpo Policial debían mantenerse en el ejercicio de sus funciones, hasta tanto existiese una decisión de la autoridad administrativa competente que designase nuevos miembros o ratificasen la designación de los ya existentes.**

Realizadas las consideraciones anteriores y de la revisión exhaustiva del expediente, observa esta Alzada que el A quo consideró que al no evidenciarse en autos la publicación en Gaceta Oficial de la designación de los miembros integrantes del Consejo Disciplinario de la Región Central del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, conforme lo establece el artículo 77 de la Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación, es por lo que, dicho Consejo no se encontraba investido de la competencia para decidir el procedimiento disciplinario instruido al querellante.

(...)

Hechas las consideraciones que anteceden, observa este Tribunal Colegiado que de la revisión del expediente administrativo, no se evidencia que la Administración Pública demandada haya cumplido con la formalidad antes expuesta, a la luz de lo exigido en el nuevo texto legal, sin embargo, en criterio de esta Corte, el hecho de no constar en el expediente la publicación en Gaceta Oficial de la designación, ratificación o relegitimación de los miembros integrantes del aludido Consejo Disciplinario, no es argumento suficiente por sí solo a los fines de considerarlo incompetente, toda vez que, se trata de una formalidad prevista por el Legislador, a los fines de dotar de publicidad la designación que se efectuare de los miembros de dicho Consejo, siendo precisamente el nombramiento de la persona a desempeñar el cargo el acto que dota de competencia para el ejercicio del mismo y no precisamente su publicación en Gaceta Oficial.

(...)

De las disposiciones normativas transcritas con anterioridad, observa esta Corte que tanto en la derogada Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas como en la vigente Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación, es el Consejo Disciplinario del mencionado Cuerpo Policial el que se encontraba y se encuentra actualmente dotado de competencia a los fines de decidir los procedimientos disciplinarios en los casos de faltas sujetas a la sanción de destitución, razón por la cual, al haber conferido el Legislador, en ambos cuerpos normativos, dicha competencia al referido Consejo, es por lo que, mal podría considerarse que el mismo, y por ende los miembros que lo integran, sean incompetentes a los fines de decidir los procedimientos disciplinarios instruidos a los funcionarios adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, en virtud de existir una atribución legal expresa de dicha competencia.

Por otro lado, no pasa desapercibido para esta Corte que con la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación, se derogaron todas aquellas disposiciones normativas de rango legal y sub-legal contrarias a dicha ley, aunado a ello, el Legislador estableció que a partir de su entrada en vigencia cesaban de pleno derecho en sus funciones todos los funcionarios policiales de investigación, así como también los funcionarios públicos ad honorem y honorarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, lo que se aprecia de la disposición derogatoria única y la disposición transitoria número sexta del referido cuerpo normativo, las cuales son del tenor siguiente:

(...)

En ese sentido, esta Alzada observa que el Legislador no estableció de manera expresa cuales serían los pasos a seguir en aquellos procedimientos disciplinarios que se encontraran en curso para el momento de la publicación de dicho cuerpo normativo, bien sea en fase de sustanciación o a la espera de decisión, aclaratoria ésta que ha debido realizarse en virtud de la disposición derogatoria única y disposición transitoria sexta de dicha Ley.

Ante la situación planteada, considera este Tribunal Colegiado que a pesar de la evidente voluntad del Legislador consistente en que cesasen en sus funciones, de pleno derecho, todos los funcionarios policiales de investigación del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, ello no implica que aquellos procedimientos disciplinarios que se encontraran en curso o a la espera de decisión, deban permanecer suspendidos o paralizados indefinidamente hasta tanto se realicen las gestiones administrativas pertinentes a fin de materializar el proceso de reforma del sistema de seguridad ciudadana propugnado por el Ejecutivo Nacional, puesto que, de sostenerse lo contrario, inevitablemente se estaría violando los derechos fundamentales de aquellos administrados a quienes se les haya instaurado un procedimiento disciplinario, toda vez que, hasta tanto no se ratificase la designación de los entonces miembros del mencionado Consejo Disciplinario, o en su defecto, se designasen nuevos miembros, tales procedimientos no tendrían resolución alguna, bien sea, absolutoria o sancionatoria, razón por la cual considera esta Alzada que la situación antes explanada no es óbice para que los procedimientos se perpetúen en el tiempo en cuanto a su sustanciación o decisión.

Aunado a lo anterior, considera esta Corte que los planteamientos expuestos encuentran respaldo en los postulados del principio de continuidad administrativa, el cual resulta aplicable al caso de autos, tal como fuera sostenido por la representación judicial de la República en su escrito de fundamentación a la apelación, principio que ha sido desarrollado por la Sala Constitucional del máximo Tribunal de la República en sentencia N° 2 de fecha 9 de enero de 2013, de la manera siguiente:

“En este punto, conviene referirse al “Principio de Continuidad Administrativa”, como técnica que impide la paralización en la prestación del servicio público. Según la doctrina y práctica administrativa, conforme a dicho principio, la persona designada para el ejercicio de alguna función pública no debe cesar en el ejercicio de sus atribuciones y competencias, hasta tanto no haya sido designada la correspondiente a sucederle (*vid.* sentencia N° 1300/2005).” (Negrillas de esta Corte).

Del fallo parcialmente transcrito con anterioridad, se observa que el principio de continuidad administrativa sirve como técnica a los fines de evitar la paralización en la prestación del servicio público, buscando excluir la posibilidad de vacíos en la organización administrativa de la Administración Pública, por ende, conforme a los postulados del referido principio, la persona que haya sido designada para el ejercicio de alguna función pública no debe cesar en el ejercicio de sus atribuciones y competencias, hasta tanto no haya sido designada la persona que corresponda a sucederle en el cargo.

Significa entonces, que sería contrario a la sencilla lógica y al sentido común, que ante el cese en el ejercicio de funciones de los funcionarios policiales y funcionarios públicos del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y, al no haberse previsto en la Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación una solución ante el evidente vacío organizacional acaecido con ocasión de la disposición transitoria número sexta de dicho cuerpo normativo, se procediera a suspender las actividades del organismo demandado o se pretendiera perpetuar en el tiempo la sustanciación y decisión de los procedimientos disciplinarios instruidos a los administrados, razón por la cual, conforme al Principio in comento, los miembros del Consejo Disciplinario de la Región Central del prenombrado Cuerpo Policial debían mantenerse en el ejercicio de sus funciones, hasta tanto existiese una decisión de la autoridad administrativa competente que designase nuevos miembros o ratificasen la designación de los ya existentes, ello en aras de garantizar la protección de los intereses públicos; pues de lo contrario se obstruiría la continuidad del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública demandada, dirigida a la represión de conductas contrarias a los valores éticos que deben regir la actuación de los funcionarios policiales.

En fuerza de los razonamientos que anteceden, considera este Órgano Jurisdiccional que contrario a lo decidido por el Juzgador de Instancia, en el presente caso resulta improcedente el vicio de incompetencia denunciado por la parte querellante, razón por la cual, debe esta Corte declarar CON LUGAR el recurso de apelación interpuesto por la representación judicial de la parte recurrida, y REVOCAR el fallo dictado en fecha 31 de julio de 2015 por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Norte de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo con sede en Valencia. Así se decide.

2. *Actos administrativos de remoción y retiro. Diferencias*

CSCA

14-07-2016

Juez Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo

Caso: Nory Yaguaramay Sarmiento vs. Ministerio Del Trabajo

**La Sala reitera su jurisprudencia referente a las diferencias existentes entre los actos administrativos de remoción y de retiro, pues, en efecto la remoción está dirigida a privar al funcionario o funcionaria de la titularidad del cargo que venía desempeñando, siendo una excepción al régimen de estabilidad que gozan los funcionarios públicos, los funcionarios de libre nombramiento y remoción y los funcionarios afectados por medidas de reducción de personal.**

La remoción en el caso de los funcionarios de carrera que se encuentren en alguno de los supuestos anteriores, no pone fin a la relación de empleo público puesto que estos funcionarios o funcionarias pueden ser reubicados en un cargo de igual o mayor jerarquía y remuneración al cargo que desempeñaban; mientras que el retiro implica la finalización de la relación de empleo público, en los casos de ejercicio de un cargo de libre nombramiento y remoción o en los casos en que se aplica la medida de reducción de personal. Además, es importante mencionar que el acto de remoción en ningún momento implica la decisión de retirar, ya que ésta depende de un hecho futuro e incierto, como lo es la no reubicación.

De allí, se concluye que los actos de remoción y retiro son actos administrativos diferentes, producen consecuencias distintas, se fundamentan en normas que regulan supuestos de hecho disímiles y requieren procedimientos administrativos particulares para su emanación.

El acto administrativo de retiro no implica necesariamente un acto de remoción previo, siendo que, aún en el caso de que el retiro se produzca luego de una remoción y de una gestión reubicatoria infructuosa, es un acto independiente de aquél. Si bien en ocasiones ambos actos están vinculados en una relación de procedencia, pero no de causalidad, esa relación procedimental no altera el hecho de que se trata de actos distintos y susceptibles de producir efectos diferentes.

En ese sentido, conviene destacar que el derecho a la impugnación garantizado en sede jurisdiccional del acto de remoción viene determinado por el hecho de que si bien no es el acto administrativo definitivo que materializa la terminación de la relación funcional existente entre la querellante y la Administración Pública, el cual es el acto de retiro, el de remoción es el acto definitivo a través del cual se separa a la querellante del cargo que venía desempeñando, excepción al régimen de estabilidad de los funcionarios públicos.

## V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### 1. *Contencioso administrativo de anulación*

#### A. *Motivos de inconstitucionalidad. Medidas cautelares*

**TSJ-SC (797)**

**19-8-2016**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Pedro Carreño, Víctor Clark y otros interpusieron demanda de nulidad por inconstitucionalidad conjuntamente con solicitud de amparo cautelar contra las sesiones de la Asamblea Nacional celebradas los días 26 y 28 de abril de 2016.

Admitido el recurso de nulidad, esta Sala observa que la parte recurrente, solicitó amparo cautelar contra las sesiones de la Asamblea Nacional celebradas los días 26 y 28 de abril, y 03, 05, 10, 12 y 17 de mayo de 2016, así como contra las decisiones que se tomaron en los referidos días, las cuales, según señalan los solicitantes, subvierte lo establecido por esta Sala en la sentencia N° 269, del 21 de abril de 2016, [Véase *Revista de Derecho Público* N° 145-146 de enero-junio 2016, p. 228] la cual, declaró entre otras cosas, lo siguiente:

En sentencia del 14 de marzo de 2000 (Caso: *Ducharme de Venezuela*), la Sala estableció el procedimiento del amparo cautelar en los recursos de nulidad, y al efecto expuso:

(...) Con fundamento en la sentencia parcialmente transcrita, en concordancia con el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y atendiendo a los principios procesales consagrados en la nueva Constitución que se inspira en lograr la preservación de la tutela judicial efectiva y una pronta decisión a los asuntos sometidos a los órganos jurisdiccionales (artículo 26), esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia establece el siguiente procedimiento para tramitar las acciones de nulidad interpuestas conjuntamente con medida cautelar de amparo:

Una vez recibida en esta Sala la acción de nulidad, interpuesta conjuntamente con amparo constitucional, el Juzgado de Sustanciación de la Sala decidirá mediante auto sobre la admisibilidad de la acción principal, a menos que por la urgencia del caso la Sala decida pronunciarse sobre la admisión de la misma, supuesto en que también la Sala se pronunciará sobre el amparo ejercido conjuntamente con la referida acción de nulidad.

En caso de que se declare inadmisibles las acciones principales, se dará por concluido el juicio y se ordenará el archivo del expediente.

Para el supuesto que se admita la acción de nulidad, en el mismo auto se ordenará abrir cuaderno separado en el cual se designará Ponente, a los efectos de decidir sobre el amparo constitucional.

El procedimiento de nulidad continuará su trámite por ante el Juzgado de Sustanciación, y la Sala decidirá sobre la procedencia o no del amparo constitucional. En el caso que se acuerde el amparo se le notificará de dicha decisión al presunto agravante, para que, si lo estima pertinente, formule oposición contra la medida acordada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación, supuesto en el cual se convocará para una audiencia oral y pública que se efectuará en el tercer (3°) día siguiente a la formulación de la oposición, a fin de que las partes expongan sus alegatos. En el auto en el que se fije la celebración de la audiencia oral y pública, se ordenará la notificación del Ministerio Público.

Una vez concluido el debate oral, la Sala en el mismo día deliberará, y podrá:

Pronunciarse inmediatamente sobre la oposición, en cuyo caso se expondrá de forma oral los términos de la decisión, la cual deberá ser publicada íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó aquélla.

Diferir la audiencia oral por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho (48) horas por estimar que es necesario la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental para decidir el caso, o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público.

6. La decisión recaída sobre el amparo constitucional en nada afecta la tramitación de la causa principal.

Respecto a la oportunidad para emitir pronunciamiento sobre la solicitud de medida cautelar en casos similares al de autos, esta Sala estima oportuno citar su decisión N° 1795 del 19 de julio de 2005, (caso: *Inversiones M7441, C.A. y otros*); criterio ratificado en sentencias números 1114 y 1291, (caso: *Otoniel Portillo*) y (caso: *Omar Patiño*) respectivamente, ambas del 12 de noviembre de 2010, en la cual se estableció lo siguiente:

(...) En la misma decisión donde sea admitido el recurso, se emitirá el pronunciamiento relativo a la medida cautelar solicitada, sea que se trate de medida cautelar innominada o de amparo cautelar, para lo cual no sólo deberán tomarse en cuenta los alegatos y la debida argumentación relativa a los hechos y al derecho que se invocan para lograr la convicción de la Sala respecto a su procedencia, sino que también se tomará en cuenta todo instrumento que pueda ser aportado junto al escrito para tales efectos, siempre que ello sea posible. Claro está, en toda esta tramitación debe tenerse siempre presente que el estudio de la constitucionalidad de las normas y en general de los actos u omisiones estatales, no exige mucho de los hechos.

**TSJ-SC (893)**

**25-10-2016**

Magistrado Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Rafael Darío Ramírez Carreño

Admitida la pretensión de nulidad, por razones de inconstitucionalidad, conjuntamente con solicitud de medida cautelar innominada, esta Sala observa que la abogada Petrica López Ortega, actuando en su carácter de apoderada judicial del ciudadano Rafael Darío Ramírez Carreño, solicitó a esta Sala, de conformidad con el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con lo establecido en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, "...la suspensión inmediata de los efectos de los actos impugnados, así como del procedimiento que les diera lugar y en el mismo sentido de cualquier otro acto de naturaleza análoga que por motivos ajenos al Derecho (razones partidistas o de índole semejante) pudiesen determinar la iniciación de procedimientos en contra de [su] representado, fundados en la supuesta existencia de una facultad de control político o jurídico de las actuaciones que al mismo efectuara en el ámbito de los poderes públicos...".

(...)

En ese sentido, esta Sala pasa a realizar el análisis referente a los requisitos de procedencia para el otorgamiento de la protección cautelar solicitada, a saber: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

En cuanto al primero de dichos requisitos (presunción de buen derecho), debe precisarse que su confirmación consiste en la existencia de apariencia de buen derecho. Puede comprenderse entonces como un cálculo preventivo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante; correspondiéndole al Juez analizar los recaudos o elementos presentados junto con el libelo de la demanda o escrito recursivo, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama.

En cuanto al segundo de los requisitos mencionados, a saber, el *periculum in mora*, ha sido reiterado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia que su verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho, si éste existiese.

B. *Derecho al debido proceso: necesidad de que el expediente administrativo sea remitido al juez*

**TSJ-SC (44)**

**18-10-2016**

Magistrado Ponente: Arcadio de Jesús Delgado Rosales

Caso: Sociedad mercantil Aeropostal Alas de Venezuela C.A.

**La ausencia del expediente administrativo en sede judicial –al fallar el juez tiene el deber de hacerlo traer al proceso–, acarrea el menoscabo de los derechos a la tutela efectiva y al debido proceso del administrado.**

Ahora bien, determinado lo anterior y dada la importancia del expediente administrativo dentro del procedimiento de la demanda de nulidad, el cual está previsto bajo la vigencia de la ley anterior, así como en la ley vigente.

Esta Sala considera que, en el presente caso, si bien los tribunales laborales solicitaron el expediente administrativo, éste efectivamente no fue traído al proceso, hecho que a todas luces resulta violatorio tanto de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva como al debido proceso de la parte hoy solicitante, pues debió el juez contencioso eventual insistir en traer tal elemento al proceso, por constituir un requisito fundamental para la búsqueda de la verdad material; igualmente debió, ante la ausencia del mismo, determinar con claridad si en efecto las pruebas indicadas por la hoy solicitante, tal como la participación de los despidos de los trabajadores, fueron anteriores o no a la fecha en la cual se indicó la constitución del mencionado sindicato a los fines de saber si para ese momento eran trabajadores o no y si, en efecto, se encontraban protegidos por el fuero sindical previsto en el artículo 450 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente para el momento.

En virtud de los planteamientos antes expuestos, esta Sala Constitucional considera que la sentencia objeto de examen no aplicó lo referido por las sentencias de esta Sala en cuanto a la importancia de la presencia del expediente administrativo en el procedimiento de la demanda de nulidad, en menoscabo del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y al debido proceso de la solicitante.

En efecto, de lo que antecede se desprende que el Tribunal Superior Primero de la Coordinación del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, mediante el acto

decisorio objeto de revisión, se apartó de la doctrina que estableció esta Sala Constitucional y declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión dictada el 13 de abril del 2015 por el Tribunal Segundo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, confirmó la decisión dictada por el Tribunal *a quo* y sin lugar la demanda de nulidad, vulnerando así los derechos constitucionales del solicitante.

Así las cosas, resulta forzoso declarar que ha lugar la revisión constitucional solicitada por la abogada Lelis Ortiz Verhooks, apoderada judicial de la sociedad mercantil Aeropostal Alas de Venezuela C.A., anular la sentencia dictada el 24 de noviembre de 2015 por el Tribunal Superior Primero de la Coordinación del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas y ordenar a un nuevo Tribunal Superior, que corresponda por distribución, que se pronuncie nuevamente respecto del recurso de nulidad interpuesto con arreglo a lo expuesto en la presente decisión. Así se decide.

## VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. *Recurso de inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y de los otros órganos del Poder Público*

#### A. *Legitimación*

**TSJ-SC (686)**

**4-8-2016**

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Giovani Piermattei

De acuerdo con el criterio establecido en la sentencia N° 1.556 del 9 de julio de 2002, reiterado en los fallos N° 819 del 16 de julio de 2014 y N° 1865 del 26 de diciembre de 2014, la legitimación requerida para incoar esta solicitud es la misma que la exigida para la acción popular de inconstitucionalidad a la que se refiere el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

De allí que la solicitud de inconstitucionalidad por omisión es un mecanismo procesal que constituye una categoría inserta en la acción popular de inconstitucionalidad, que sería el género. En consecuencia, todas las personas naturales y jurídicas detentan la legitimación suficiente para incoarla de acuerdo con la ley. Por tanto, en el presente caso, visto que la solicitud la efectuó el representante legal de la Asociación Civil Venezuela Igualitaria, cuyo objeto, entre otros, es desarrollar estrategias de información, formación y sensibilización de la ciudadana, en relación al derecho a la no discriminación por orientación sexual, identidad de género y expresión de género, pretendiendo que esta Sala supla la aludida omisión, con lo cual podría vulnerarse el deber del órgano legislativo, previsto en el artículo 205 del Texto Fundamental, en cuanto a realizar la primera discusión del Proyecto de Ley de Matrimonio Civil Igualitario en Venezuela, presentado por iniciativa popular de acuerdo a lo establecido en el artículo 204 de la Carta Magna, la Sala evidencia la legitimación del accionante para ejercerla. Así se decide.

### 2. *Recurso de Interpretación; Intervención de terceros*

**TSJ-SC (1421)**

**15-12-2016**

Magistrada Ponente: María Carolina Ameliach Villarroel

Caso: Procuradora General de la República

Mediante escrito de fecha 28 de junio de 2011, los abogados Inés del Valle Marcano Velásquez, Carlos Luis Mendoza Guyón y Reina De Sousa Márquez, ya identificados, actuando con el carácter de apoderados judiciales de la Contraloría General de la República, solicitaron se considere a su representada como parte en la presente causa “(...) *por tener interés legítimo, personal y directo en las resultas de este caso, en razón de que las normas cuya interpretación se pretende (...) son disposiciones contenidas directamente en el ordenamiento jurídico de la Contraloría General de la República*”.

En tal sentido, este Máximo Tribunal a fin de emitir un pronunciamiento en torno a la referida petición, considera necesario señalar que en decisiones anteriores se ha afirmado que puede aceptarse “(...) *dentro de estos especiales recursos de interpretación que un interesado acuda al proceso para coadyuvar u oponerse al recurso ejercido, siempre que se cuente con la misma legitimación exigida al recurrente, la cual deriva en estos casos en forma directa, como se ha dicho, de la necesaria vinculación o participación en las circunstancias específicas que conforman ese caso concreto, ante el cual se plantea la solicitud*”. (Véase, entre otras, sentencia de esta Sala N° 5.686 del 21 de septiembre de 2005).

Así, la cualidad para intervenir como terceros en los recursos de interpretación de normas legales, como es el asunto bajo análisis, se encuentra restringida a aquellos casos en los cuales esté demostrada la existencia de un interés personal y directo, esto es, la situación jurídica particular que hace relevante para el interviniente el pronunciamiento que emita este Alto Tribunal sobre el alcance y aplicación del dispositivo objeto del recurso. Por ende, quien pretenda intervenir en un recurso de interpretación debe invocar un interés jurídico actual, fundado en una situación jurídica concreta y específica, la cual requiere necesariamente el estudio de las normas legales aplicables a su estatus particular, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica. (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 414 del 9 de abril de 2008).

En el presente caso, la pretensión de las apoderadas de la Procuraduría General de la República está dirigida a que se determinen las “(...) *funciones de control que ejerce la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana*” sobre los órganos y entes del Sector Defensa y sobre las “(...) *unidades de auditorías internas de los órganos y entes adscritos al Sector Defensa*”, atendiendo a la interpretación legal del “(...) *espíritu, alcance, sentido e inteligencia*” de los artículos 43 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (2010), en concordancia con los artículos 26 *eiusdem*, 13 y 16, numerales 8 y 9 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (2010).

De otra parte, el interés invocado por los representantes de la Contraloría General de la República obedece al carácter que ostenta esta última como órgano rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, al cual pertenece, entre otros, la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

Se advierte de lo anterior, y de los términos en que ha sido planteado el presente recurso de interpretación legal que, en efecto, la Contraloría General de la República ostenta un interés directo en las resultas del juicio, en virtud de que la pretensión de la parte recurrente está referida a determinar el alcance y sentido de disposiciones contenidas en la Ley Orgánica que rige a dicho órgano de control fiscal, así como de la incidencia directa que en el ámbito de las competencias de este último pudiera producir la sentencia que se emita en el caso de autos. En consecuencia, visto el interés jurídico actual que ostenta la Contraloría General de la República, esta Sala admite su intervención en el proceso. Así se decide.

3. *Acción de Amparo*A. *Motivos. Amenaza inminente***TSJ-SC (948)****15-11-2016**

Ponencia Conjunta

Caso: Procuraduría General de la Republica

...En tal sentido, se observa que esta modalidad de tutela constitucional –en casos de amenaza–, consagrada en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, requiere para su procedencia dos requisitos fundamentales, cuales son, la existencia de una amenaza por parte del presunto agravante y que tal amenaza sea inminente, definida esta última por la Real Academia Española como aquello que está por suceder prontamente, lo cual implica un fundado temor de que se cause un mal pronto a ocurrir, esto es, que el acto, hecho u omisión que va a generar tal amenaza inminente debe ya existir o al menos, estar pronto a materializarse, tal como lo ha señalado esta Sala en sentencia N° 326 del 9 de marzo de 2001.

B. *Admisibilidad. Inepta acumulación de pretensiones***TSJ-SC (1187)****15-12-2016**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Migdely Miranda Rondón

De manera que, esta Sala considera indispensable hacer referencia a que la parte actora ejerció varios señalamientos contra distintos presuntos agravantes en una misma acción de amparo constitucional; en tal sentido, denunció como agravantes a dos (02) órganos jurisdiccionales distintos como lo son el Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional y el Tribunal Superior Tercero del mismo Circuito Judicial de Protección, así como a la Oficina Nacional de Registro Civil.

Al respecto, es necesario acudir al artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, como ya lo ha hecho esta Sala en otras oportunidades (*Vgr.* Sentencia N° 441 del 22 de marzo de 2004, caso: “*Jorge Luis Caraballo*”), el cual es aplicable supletoriamente a los procesos de amparo constitucional según lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en el que se establece que la acumulación procede siempre que “*hubiere conexión por el objeto de la demanda o por el título o hecho de que dependa*”.

En este sentido, es posible acumular en una sola demanda varias pretensiones contra distintas personas, en razón de la conexión que existe entre ellas; ya sea por el objeto que se pretende o por la razón que motiva la pretensión. Sin embargo, el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, prohíbe la acumulación de pretensiones en un mismo libelo, en los casos en que las pretensiones se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí; cuando, por razón de la materia, no correspondan al conocimiento del mismo tribunal; y en los casos en que los procedimientos sean incompatibles.

Así pues, toda acumulación de pretensiones realizada en contravención a lo dispuesto por la mencionada ley adjetiva, es lo que la doctrina denomina inepta acumulación. Por otra parte, la inepta acumulación de pretensiones, en los casos en que éstas se excluyan mutua-

mente o cuyos procedimientos sean incompatibles, constituye causal de inadmisibilidad de las demandas o solicitudes que se intenten ante este máximo Tribunal, según lo previsto por el artículo 133 numeral 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Ciertamente, esta Sala en diversas oportunidades ha advertido sobre la inadmisibilidad que se produce cuando se presenta una acumulación inicial de pretensiones en un mismo libelo, de conformidad con lo expuesto *supra*, por lo que no puede pretenderse que un mismo órgano jurisdiccional resuelva sobre varias denuncias de presuntas violaciones o amenazas a derechos y garantías constitucionales que no pueden atribuirse a un solo agravante, pues la diversidad de accionados en amparo acarrearía la incompetencia del órgano jurisdiccional para conocer respecto de alguno o varios de ellos (*Vid.* Sentencia N° 1.279 del 20 de mayo de 2003, caso: “Luis Emilio Ruíz Celis”, así como sentencia N° 3.192 del 14 de noviembre de 2003, caso: “Aurea Isabel Suniaga y Otros”), siendo éste el supuesto bajo el cual se encuentra el asunto *sub lite*.

No cabe duda de que en la presente acción de amparo constitucional ha operado la figura de la inepta acumulación, dado que se denuncian como presuntamente lesivas las siguientes decisiones: La dictada el 16 de abril de 2015, por el Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, mediante la cual se declaró improcedente, la acción mero declarativa interpuesta a los fines de que se declarara “oficialmente como Único y universal (sic) Heredero al Niño (...) hijo reconocido por la hoy fallecida **GINIVETH SOTO QUINTANA** (...); contra la decisión dictada el 29 de julio de 2015, por el Tribunal Superior Tercero del mismo Circuito Judicial de Protección, mediante la cual se declaró “inadmisible” el amparo interpuesto contra la referida decisión; y, contra la comunicación emanada de la Oficina Nacional de Registro Civil, del 13 de abril de 2015, signada con el N° ONRC/2056/2015, mediante la cual se dio respuesta a la hoy accionante respecto de la solicitud de inserción del “acta de nacimiento y nacionalización” del niño, y de su “deseo” y “exigencia” de que “su hijo sea reconocido con sus dos madres, sin alteración del acta de nacimiento original argentina”.

Por tanto, esta Sala no sería competente para conocer del amparo que se interpone contra el Tribunal de Primera Instancia y aun cuando resulta competente para conocer del amparo ejercido contra la decisión del Juzgado Superior y la Oficina Nacional de Registro Civil, en el presente caso se ha planteado incorrectamente un amparo autónomo contra diversos presuntos agravantes por actuaciones en diversos procedimientos, por lo que se concluye en la inadmisibilidad por inepta acumulación de pretensiones en la acción de amparo constitucional incoada por el apoderado judicial de la ciudadana Migdely Miranda Rondón y de su hijo, cuya identidad se omite de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, ello con fundamento en lo establecido en el artículo 133, numeral 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, 81 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 78 *eiusdem*, que prevén la inadmisibilidad de las demandas o solicitudes que se intenten ante este Tribunal Supremo de Justicia, en los casos en que éstas se excluyan mutuamente. Así se decide.



## Comentarios Jurisprudenciales

### LA RATIFICACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE SU DECISIÓN DE DESCONOCIMIENTO DE LA POTESTAD DE LA ASAMBLEA NACIONAL PARA REVISAR Y REVOCAR SUS PROPIOS ACTOS

Allan R. Brewer-Carías

*Director de la Revista*

**Resumen:** *Este comentario jurisprudencial se refiere a la sentencia No. 614 de 19 de julio de 2016, mediante la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ratificó sus sentencias N° 9 de marzo de 2016 y 225 de 29 de marzo de 2016, mediante las cuales desconociendo la potestad de la Asamblea Nacional de revisar y revocar sus propios actos.*

**Palabras clave:** *Asamblea Nacional. Poderes; Actos parlamentarios. Revocación.*

**Abstract:** *These comments are referred to the decision No. 614 of July 19, 2016, of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, ratifying previous decisions N° 9 of March 1st 2016 and No. 225 of March 29, 2016, through which it ignored the powers of the National Assembly to review and repeal its own previous decisions.*

**Key words:** *National Assembly. Powers; Parliamentary acts. Repeal.*

A pesar de lo expresado en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de N° 9 de 1 de marzo de 2016, y de su ratificación mediante sentencia N° 225 de 29 de marzo de 2016,<sup>1</sup> la Asamblea Nacional ejerciendo autónomamente sus competencias constitucionales como titular de la representación popular, procedió a designar una nueva Comisión Especial para resolver el mismo tema de la inconstitucional designación de los Magistrados del Tribunal Supremo el día 23 de diciembre de 2015 por la anterior Asamblea, procediendo el 19 de julio de 2016 a aprobar el Informe de la nueva Comisión, habiendo con ello declarado dejar sin efectos aquellos actos de nombramientos.

Dicho acto parlamentario fue impugnado por un grupo de diputados del gobierno, y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ignorando el mandato constitucional de que “el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia” (art. 257), procedió a dictar una sentencia de nulidad del acto parlamentario impugnado *sin proceso*, es decir, sin siquiera molestarse en citar y oír a la autoridad autora del acto impugnado para conocer sus alegatos, violando así la garantía constitucional del debido proceso que exige garantizar el derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso (art. 49.1). Algo realmente nunca visto en la historia de la justicia, y en particular, de la Justicia Constitucional en el mundo.

---

<sup>1</sup> Véase los comentarios en *Revista de Derecho Público*, N° 145-146 (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016.

Eso, en efecto, fue lo que ocurrió con la sentencia de dicha Sala N° 614 el 19 de julio de 2016,<sup>2</sup> mediante la cual la misma “asumió la causa” resultado de la mencionada solicitud de nulidad, y sin llegar siquiera a “admitir” la demanda, *in limine* anuló el acto parlamentario impugnado que había dictado la Asamblea Nacional solo cinco días antes, como se dijo, el 14 de julio de 2016, mediante el cual se aprobó el Informe que había presentado la “Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia,” recomendando dejar sin efectos el proceso de selección para el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo y el acto de su juramentación desarrollados el 23 de diciembre de 2015.

Como el objeto de la solicitud de nulidad era un acto de la Asamblea Nacional, cuya “abolición” había sido decretada por la Sala Constitucional en sus múltiples sentencias dictadas después de la elección parlamentaria del 6 de diciembre de 2015 y durante el primer semestre de 2016, como resulta de los estudios insertos en este libro, ese “trámite” procesal obligatorio de tener que “admitir” la demanda para poder entrar a conocer de la causa, y tener que citar a los representantes de la entidad demandada para que puedan alegar sus argumentos en defensa del acto impugnado, por lo visto, para la Sala Constitucional en Venezuela no fue más que una “nimiedad” sin importancia.

Por ello, como lo dice la sentencia, la Sala sin más y sin trámite alguno “asumió” la causa y pasó a decidir, sin que los Magistrados cuyo nombramiento había sido dejado sin efecto por el Parlamento siquiera se hubiesen molestado en inhibirse de conocer del asunto. Simplemente no firmaron la decisión porque no asistieron a la audiencia supuestamente “por motivos justificados.”<sup>3</sup>

En cuanto a la información sobre la sentencia *express*, en la página web del Tribunal Supremo, en la información de decisiones del 19 de julio de 2016,<sup>4</sup> apareció la referencia a la sentencia, donde a pesar de que el número de la misma (614) y su contenido se identifican correctamente, como una decisión que “declara nulo el acto parlamentario” impugnado, sin embargo no sucedió lo mismo con la información sobre el “procedimiento” en el cual se dictó, pues se hizo referencia, no a una “demanda de nulidad” sino a un “procedimiento de interpretación” que nunca existió, y las “partes” que se identificaron fueron otras distintas a los diputados Héctor Rodríguez, Pedro Carreño, Gilberto Pinto, Francisco Torrealba y Ricardo Molina que fueron los impugnantes, identificándose las partes como “Gabriela Flores Ynserny, Daniel Augusto Flores Ynserny, Andrea Carolina Flores Ynserny.”

En esta forma, con esta sentencia N° 614 de 19 de julio de 2016,<sup>5</sup> y la errada información oficial sobre la misma, dictada sin juicio o proceso alguno en una forma expedita como

<sup>2</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189122-614-19716-2016-16-0153>. HTML. Véase el comentario sobre la sentencia de Hernández, José Ignacio. “El TSJ anuló decisión de la AN sobre los magistrados: ¿cuáles son las implicaciones?,” en Prodavinci, 2 de julio de 2016, en <http://prodavinci.com/blogs/el-tsj-anulo-decision-de-la-an-sobre-los-magistrados-cuales-son-las-implicaciones-por-jose-i-hernandez/r>

<sup>3</sup> En la sentencia aparecen al final los nombres de todos los integrantes de la Sala,: Gladys M. Gutiérrez Alvarado (Ponente), Arcadio de Jesús Delgado Rosales, Carmen Zuleta de Merchán, Juan José Mendoza Jover, Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos, y Lourdes Benicia Suárez Anderson, con la inclusión al final de una nota que dice: “No firman la presente sentencia los magistrados *Doctores* Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos y Lourdes Benicia Suárez Anderson, quienes no asistieron por motivos justificados.”

<sup>4</sup> Véase en <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#1> (Última consulta el 24 de julio de 2016).

<sup>5</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189122-614-19716-2016-16-0153>.HTML

nunca antes se había visto en los anales de la “justicia constitucional” en Venezuela, en solo cuatro días, el Juez Constitucional declaró nulo el acto parlamentario dictado el 14 de julio de 2016 por la Asamblea Nacional, que fue impugnado el 15 de enero de 2016, mediante el cual, como se dijo, se aprobó el Informe presentado por la “Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia.”

Al aprobar dicho Informe de la Comisión Especial, la Asamblea decidió declarar “dejar sin efectos” los actos de procedimiento de lo que consideró un “irrito proceso” de selección y designación de los magistrados realizados en diciembre de 2015, así como del acto de designación y juramentación de los mismos, decidiendo en consecuencia proceder a la elección de los mismos conforme a la Constitución.<sup>6</sup>

Como se indicó, una Comisión parlamentaria había sido anulada por la Sala en su sentencia N° 9 de 1° de marzo de 2016,<sup>7</sup> y ello fue lo que motivó al grupo de diputados representantes del Gobierno a solicitar la nulidad de la decisión adoptada por la nueva Comisión designada con el mismo propósito de la anterior, alegando que la misma constituía un desacato a dicha sentencia, y violaba la Constitución. Este fue el único alegato que tuvo ante sí la Sala Constitucional para decidir, por lo visto considerando “innecesario” oír los alegatos de la Asamblea Nacional en violación a la garantía del debido proceso (art. 49.1), que con esta decisión formalmente dejó de ser una garantía constitucional, o quedó reducida a ser una mera formalidad según lo decida circunstancialmente la Sala.

La sentencia sin proceso, en todo caso, se dictó por la Sala Constitucional actuando como juez en su propia causa, después de transcribir la sentencia precedente antes mencionada N° 9 de 1 de marzo de 2016, en la cual había decidido que la Asamblea Nacional no podía revisar sus actos parlamentarios sin forma de ley como era el caso del acto de la elección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, declarando que incluso que:

“la creación de una comisión o cualquier otro artificio para tal efecto, sería evidentemente inconstitucional, por atentar contra la autonomía del Poder Judicial y la supremacía constitucional, constituyendo un fraude hacia el orden fundamental que, siguiendo las más elementales pautas morales, no subordina la composición del Máximo Tribunal de la República al cambio en la correlación de las fuerzas político-partidistas a lo interno del Legislativo Nacional.”

En dicha sentencia N° 9 la Sala incluso decidió, como se ha señalada, que la Asamblea Nacional no estaba “legitimada para revisar, anular, revocar o de cualquier forma dejar sin efecto el proceso interinstitucional de designación de los magistrados” del Tribunal Supremo de Justicia. La Sala incluso, en la misma sentencia en una forma totalmente desusada, llegó a

<sup>6</sup> Véase por ejemplo lo expuesto en “10 magistrados nombrados en diciembre no cumplen requisitos,” en Acceso a la Justicia. El observatorio venezolano de la justicia, Caracas 22 de julio de 2016, en <http://www.accesoalajusticia.org/wp/infojusticia/noticias/10-magistrados-nombrados-en-diciembre-no-cumplen-requisitos/>

<sup>7</sup> Véase los comentarios a esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra a la sentencia N° 9 de 1-3-2016, disponible en [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016\).pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016).pdf)

declarar “la nulidad de los actos futuros que se sustentasen en esa Comisión y en los actos y fines que la fundamentan, así como en los documentos emanados de la misma.” Es decir, una sentencia que declaró la nulidad sobre actos que no existían y que pudieran llegar a dictarse con posterioridad.

Acatando sin embargo dicha decisión, en virtud de que lo que la misma había “anulado” era una específica Comisión y sus actos futuros, la Asamblea procedió a designar otra Comisión distinta que fue la que produjo el Informe que fue aprobado el 14 de julio de 2016, en el cual se constató, entre otros aspectos, que en el procedimiento de designación de Magistrados del Tribunal Supremo ocurrido en diciembre de 2015, durante unas sesiones extraordinarias, la Asamblea de entonces (i) había incumplido las normas constitucionales para la conformación y funcionamiento del Comité de Postulaciones Judiciales” (arts. 264 y 270); y (ii) había violado las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (arts. 70, 71, 73 y 74) y del Reglamento Interno del Comité de Postulaciones Judiciales (arts. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31), regulatorios del procedimiento para convocar, recibir, evaluar, seleccionar y postular candidatos elegibles para los cargos de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

Además, la Asamblea consideró que el Poder Ciudadano también había incumplido sus obligaciones constitucionales de verificación del cumplimiento por parte del Comité de Postulaciones Judiciales de las disposiciones antes mencionadas, en lo que respecta al proceso de convocatoria y selección inicial de postulados previos a la elaboración de la lista definitiva de los candidatos, habiendo examinado el listado de postulados sin que se hubiese efectuado un proceso de selección con base en dichas normas. Y, por último, la Asamblea estimó que la Junta Directiva saliente de la Asamblea Nacional también había incumplido “las normas inherentes al proceso de juramentación de los candidatos,” que habían sido “seleccionados en un “proceso completamente inconstitucional e ilegal.”

Teniendo a su vista como “motivación” única y exclusiva la solicitud de nulidad que se había presentado, el texto del acto impugnado y la sentencia previa N° 9 de 1 de marzo de 2016, la Sala sin siquiera iniciar el proceso procedió a dictar sentencia basándose sólo en que en la mencionada sentencia N° 9 ya había declarado que “la Asamblea Nacional no está legitimada para revisar, anular, revocar o de cualquier forma dejar sin efecto el proceso interinstitucional de designación de los magistrados” del Tribunal Supremo de Justicia, agregando que:

“además de no estar previsto en la Constitución y atentar contra el equilibrio entre Poderes, ello sería tanto como remover a los magistrados y magistradas sin tener la mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, sin audiencia concedida al interesado o interesada, y en casos de –supuestas– faltas –graves– no calificadas por el Poder Ciudadano, al margen de la ley y de la Constitución (ver art. 265 Constitucional)”, por lo que afirmó que “constituye un imperativo de esta Sala declarar, como en efecto lo hace a través de esta sentencia, la nulidad absoluta e irrevocable de los actos mediante los cuales la Asamblea Nacional pretende impulsar la revisión de procesos constitucionalmente precluidos de selección de magistrados y magistradas y, por ende, de las actuaciones mediante las cuales creó la comisión especial designada para evaluar tales nombramientos, así como de todas las actuaciones derivadas de ellas, las cuales son, jurídica y constitucionalmente, inexistentes.”

Reconoció, sin embargo, la Sala, porque supuestamente era “público, notorio y comunicacional,” que la Asamblea Nacional con posterioridad había creado una nueva Comisión denominada “Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia,” a la cual, a juicio de la Sala, le asignó básicamente el mismo objeto atribuido a la anulada “Comisión Especial para el estudio y análisis del proceso de selección de magistrados principales y suplentes del Tribunal Supremo de Justicia,” la cual emitió su Informe, también a juicio de la Sala, con “argumentos y recomendaciones similares al primero pero

definiendo algunas acciones diferentes, pues en este caso sugirieron no revocar los actos aprobados por la mayoría de diputados y diputadas de la Asamblea Nacional que culminó funciones el pasado 4 de enero de 2016, sino que recomendó “dejar sin efecto” dichas actuaciones.”

La Sala, en su sentencia, no dio importancia alguna a esta circunstancia, e insistió en que una vez designados los magistrados, incluso en las sesiones extraordinarias de diciembre de 2015 que la propia Sala avaló en su sentencia N° 1.758 del 22 de diciembre de 2015,<sup>8</sup> los Magistrados designados entre los cuales estaban miembros de la propia Sala que decidía, sólo podían ser “removidos” por las causales establecidas en la Constitución y la Ley, cuando la Asamblea a nadie había “removido”, declarando:

“que es nula de toda nulidad la “*Comisión especial para el rescate de la institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia*”, así como el acto de su creación, acciones desplegadas por la misma e informes y demás instrumentos por ella producidos, los cuales carecen de validez, existencia y eficacia jurídica.

Asimismo, debe señalarse que es nulo el acto parlamentario por medio del cual la mayoría de los diputados y diputadas de la Asamblea Nacional aprobaron el informe presentado por la “Comisión Especial para el rescate de la institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia”, en la sesión ordinaria de fecha 14 de julio de 2016.

También debe declarar esta Sala que cualquier comisión u otro artificio o acción que tenga el objeto de anular la designación de magistrados y magistradas, subvirtiendo el procedimiento constitucional para la remoción de magistrados y magistradas del Tribunal Supremo de Justicia y, en fin, contraviniendo el ordenamiento jurídico, sería írrito y nulo de toda nulidad, por ende, carente de validez, existencia y eficacia jurídica, y quienes participen en ellos están sujetos a la responsabilidad penal, civil y administrativa que corresponda.”

La Asamblea Nacional en su decisión, por supuesto, no había “removido” a magistrado alguno, lo que solo puede ocurrir en la forma y conforme a las causales establecidas en la Constitución y en la Ley Orgánica, sino lo que hizo fue dejar sin efecto unos nombramientos írritos por haber sido hechos en violación a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, no siendo ello “artificio” alguno para subvertir el procedimiento de remoción. La “remoción” de Magistrados es una cosa, y el ejercicio por la Asamblea de su poder de autotutela de sus actos írritos es una potestad constitucional de la Asamblea, que no le puede ser coartada como lo hizo la Sala Constitucional en estas sentencias N° 9 de 1 de marzo de 2016 y N° 614 de 19 de julio de 2016.

Pero aparte de estas declaratorias, adicionalmente, en la sentencia N° 614 de 19 de julio de 2016, la Sala Constitucional declaró la nulidad del acto parlamentario de aprobación del Informe de la Comisión Especial del día 14 de julio de 2016, por contener otros vicios de nulidad por inconstitucionalidad, porque la Asamblea, que es la única que puede regular su régimen interior y de debates, sin embargo, a juicio de la Sala, habría inobservado a través de su Junta Directiva “de manera flagrante” lo señalado por la Sala en la sentencia N° 269

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

del 21 de abril de 2016,<sup>9</sup> en la cual la Sala se había convertido inconstitucionalmente en órgano regulador del régimen interior y de debates de la Asamblea, pasando a establecerlo a su arbitrio.

La Sala, en efecto, consideró que la Junta Directiva, la Secretaría y los diputados de la Asamblea Nacional, al aprobar el Informe de la Comisión Especial “desacataron la sentencia N° 269 del 21 de abril de 2016, emanada de esta Sala, y quebrantaron el orden constitucional;” sentencia en la cual, al decir de la propia Sala por supuesto inconstitucionalmente, “amplió además el procedimiento jurídico para las convocatorias de las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional, extendiendo el lapso de convocatoria establecido en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional,” para lo cual, por supuesto la Sala no tenía competencia alguna.

Consideró así, la Sala, que como en el curso del procedimiento parlamentario se habían emitido “dos agendas del orden del día” para la sesión del 14 de julio de 2016, incorporándose en la segunda “de forma extemporánea” la presentación del Informe de la Comisión Especial,” lo que a juicio de la Sala, “demuestra de forma incontrovertible la flagrante violación” por parte de la Junta Directiva y de la Secretaría de la sentencia de la Sala N° 269, con ello consideró que los diputados que aprobaron el Informe, habían cometido “semejante afrenta al orden constitucional y a la sentencia de esta Sala N° 269.”

De ello, concluyó la Sala, que era su deber:

“*anular* la convocatoria y la sesión ordinaria de la Asamblea Nacional del 14 de julio de 2016, junto a los actos producidos en ella, y *ordenar* a la Junta Directiva, al resto de diputados incurso en las irregularidades señaladas en esta sentencia y, en fin, a esa institución en general, que respete cabalmente el orden dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuya vigencia y eficacia, ante estos actos que constituyen en definitiva evidentes desviaciones de poder y fraudes constitucionales, será protegida de manera irrestricta por este Máximo Tribunal de la República, en tutela del Pueblo venezolano y de los intereses de la Nación. Así se decide.”

No contenta con lo anterior, la Sala Constitucional continuó indicando, amenazando a los diputados con poner la justicia penal al servicio del Gobierno para perseguirlos, a pesar de que gozan del privilegio de la inmunidad parlamentaria,<sup>10</sup> que:

“en razón de la *posible comisión de delitos* contra los Poderes Nacionales y contra la Administración de Justicia, entre otros bienes jurídicos tutelados y otras formas de responsabilidad jurídica, se ordena remitir copia certificada de esta sentencia al Ministerio Público, a los fines jurídicos consiguientes. Así se decide.”

---

<sup>9</sup> Véase los comentarios a esta sentencia en Brewer-Carías, Allan R. “El fin del Poder Legislativo. La regulación por el Juez Constitucional del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional, y la sujeción de la función legislativa de la Asamblea a la aprobación previa por parte del Poder Ejecutivo,” 3 de mayo de 2016, disponible en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20EL%20FIN%20DEL%20PODER%20LEGISLATIVO.%20SC.%20mayo%202016.pdf>

<sup>10</sup> Véase los comentarios de Hernández, José Ignacio en “El TSJ anuló decisión de la AN sobre los magistrados: ¿cuáles son las implicaciones?,” en Proavinci, 2 de julio de 2016, en <http://prodavinci.com/blogs/el-tsj-anulo-decision-de-la-an-sobre-los-magistrados-cuales-son-las-implicaciones-por-jose-i-hernandez/>

Y concluyó así la sentencia, con una decisión en la cual luego de expresar que la Sala “*es competente* para conocer y decidir la presente solicitud de nulidad del acto parlamentario sin forma de ley emanado de la Asamblea Nacional,” que fue impugnado por un grupo de diputados, sin siquiera “admitir” la solicitud y antes de iniciar juicio alguno, declaró:

“que es nula de toda nulidad” la “*Comisión Especial para el rescate de la institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia*”, así como el acto de su creación, acciones desplegadas por la misma e informes y demás instrumentos por ella producidos, los cuales carecen de validez, existencia y eficacia jurídica.”

Como consecuencia de ello, la sentencia repitió, hasta la saciedad, como si ello contribuiría a que la misma pudiera tener credibilidad, que lo decidido por el Parlamento era “nulo,” de “nulidad absoluta,” y que todos los actos que originaron el acto impugnado eran “irritos y nulos de toda nulidad y carentes de validez, existencia y eficacia jurídica;” para al final declarar que el acto parlamentario del 23 de diciembre de 2015, en el cual fueron designados y juramentados 34 magistrados del Tribunal Supremo de Justicia:

“conserva su total validez y, en consecuencia, permanecerán en sus cargos en el tribunal supremo de justicia para el periodo constitucional correspondiente.”

O sea, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, actuando como juez en su propia causa, resolvió que los magistrados que la integraban, aun cuando no firmaron la sentencia solo por supuestas “razones justificadas,” permanecerían en sus cargos siendo inamovibles por algo más de dos lustros hacia el futuro; ordenando a los diputados de la Asamblea Nacional, “ante estos actos que constituyen evidentes desviaciones de poder y fraudes constitucionales,” a “acatar” lo decidido.

Así es como se imparte justicia en Venezuela, de forma extraordinariamente expedita, con una sentencia dictada en solo cuatro días después de presentada una solicitud, por un Juez juzgando en su propia causa, sin seguir proceso judicial alguno, y violando descaradamente la garantía del debido proceso. Pero como la Sala no tiene quien la controle, no pasa nada. *Quis custodiet ipsos custodes?*<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> La frase es del poeta romano Juvenal (Siglo I y II), en sus *Sátiras* (Sátira VI 346–348), traducida como ¿Quién vigilará a los vigilantes?, ¿Quién guardará a los guardianes?, ¿Quién vigilará a los propios vigilantes? Véase la referencia en [https://es.wikipedia.org/wiki/Quis\\_custodiet\\_ipsos\\_custodes%3F#Origen](https://es.wikipedia.org/wiki/Quis_custodiet_ipsos_custodes%3F#Origen). Véase sobre el tema en relación con la Sala Constitucional, Brewer-Carías, Allan R. “*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,” en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

# COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL N° 614/2016 (19-7-2016) A propósito de la inconstitucional designación de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia

José Ignacio Hernández G.

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

**Resumen:** *La sentencia de la Sala Constitucional N° 614/2016 impidió ilegítimamente a la Asamblea Nacional revisar las designaciones de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia realizadas en diciembre de 2015, en clara violación a la Constitución.*

**Palabras Clave:** *Sala Constitucional, Designación de Magistrados, Tribunal Supremo, Asamblea Nacional.*

**Abstract:** *Constitutional Chamber Decision N° 614/2016 illegitimately overruled the review by the National Assembly of the appointment of Judges of the Supreme Tribunal made in December 2015, in a clear violation of the Constitution.*

**Key words:** *Constitutional Chamber, Appointment of Judges of the Supreme Tribunal, National Assembly.*

El 14 de julio de 2016 la Asamblea Nacional aprobó el Informe de la Comisión especial que declaró inexistentes las designaciones de magistrados efectuadas por la anterior Asamblea en diciembre de 2015. De esa manera, la Comisión consideró que los magistrados principales y suplentes designados, específicamente, en la sesión de la saliente Asamblea de 23 de diciembre de 2015, no había sido consecuencia del procedimiento definido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Por ello, se consideró que tales designaciones no revestían la forma jurídica exigida para designar a magistrados del Tribunal Supremo.

Al día siguiente algunos diputados del bloque oficialista acudieron a la Sala Constitucional para demandar la nulidad de todo el procedimiento de investigación adelantado por la Asamblea, incluyendo la propia decisión final del 14 de julio.

Como es sabido, un juicio de nulidad de actos con rango de Ley puede tardar meses, incluso años. En este caso, sin embargo, la Sala tardó apenas cuatro días, pues el 19 de julio declaró la nulidad de todo el procedimiento adelantado por la Asamblea, y con ello, la nulidad de la propia decisión dictada el 14 de julio.

Por ello, se trató de una sentencia de nulidad emitida sin juicio: la Sala no tramitó el proceso que, según la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, debería seguirse en estos casos. Esto implica que la Sala Constitucional no permitió a la Asamblea Nacional ejercer la defensa de su decisión.

## II

Los argumentos para anular la decisión de la Asamblea Nacional no son muy novedosos. En efecto, ya la Sala Constitucional había adelantado opinión en cuanto a que la Asamblea Nacional no puede investigar, revisar o anular las designaciones de magistrados del TSJ.

Así, en sentencias N° 09/2016 y 225/2016, la Sala Constitucional concluyó que “*la Asamblea Nacional no está legitimada para revisar, anular, revocar o de cualquier forma dejar sin efecto el proceso interinstitucional de designación de los magistrados y magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, principales y suplentes, en el que también participan el Poder Ciudadano y el Poder Judicial (este último a través del comité de postulaciones judiciales que debe designar –art. 270 Constitucional), pues además de no estar previsto en la Constitución y atentar contra el equilibrio entre Poderes, ello sería tanto como remover a los magistrados y magistradas sin tener la mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, sin audiencia concedida al interesado o interesada, y en casos de supuestas faltas– graves no calificadas por el Poder Ciudadano, al margen de la ley y de la Constitución (ver art. 265 Constitucional)*”.

En la sentencia comentada 614/2016 la Sala, básicamente, se limitó a repetir esos argumentos para anular el Informe aprobado por la Asamblea. Es decir, que, de acuerdo con la Sala, la Asamblea carece de competencia para investigar la designación de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y para anular o revocar tales designaciones.

Sin embargo, lo cierto es que la decisión de la Asamblea Nacional se limitó a constar que las designaciones efectuadas por la anterior Asamblea no revestían la forma jurídica adecuada, razón por la cual no puede considerarse que los magistrados en cuestión fueron debidamente designados. Por el contrario, se trataría de una designación de hecho, lo que podría permitir considerar a esos magistrados como funcionarios de hecho.

## III

Además, en la sentencia comentada de 19 de julio, la Sala Constitucional decidió que la Asamblea Nacional había incumplido las limitaciones impuestas por la propia Sala para realizar sesiones, en su sentencia N° 269/2016.

En relación con ello, la Sala advirtió –o amenazó, más bien– a la Asamblea Nacional, en cuanto a la necesidad de que “*respete cabalmente el orden dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuya vigencia y eficacia, ante estos actos que constituyen en definitiva evidentes desviaciones de poder y fraudes constitucionales, será protegida de manera irrestricta por este Máximo Tribunal de la República, en tutela del Pueblo venezolano y de los intereses de la Nación*”.

En pocas palabras: la Sala Constitucional le recuerda a la Asamblea Nacional –único representante legítimo del pueblo venezolano– que ella anulará cualquier decisión de la Asamblea para proteger al pueblo venezolano.

Luego de esta advertencia, no es de extrañar que la Sala Constitucional haya señalado que “*en razón de la posible comisión de delitos contra los Poderes Nacionales y contra la Administración de Justicia, entre otros bienes jurídicos tutelados y otras formas de responsabilidad jurídica, se ordena remitir copia certificada de esta sentencia al Ministerio Público, a los fines jurídicos consiguientes*”.

De esa manera, la Sala Constitucional ordenó remitir copia de su sentencia al Ministerio Público, para que éste decida si inicia una investigación penal en contra de los diputados que aprobaron el mencionado Informe, ante la posibilidad de que se hubieran cometido delitos.

Se trata de un gesto inútil. Pues como muy bien conoce la Sala Constitucional, los diputados que aprobaron ese Informe lo hicieron en ejercicio de la función parlamentaria. Y de acuerdo con el Artículo 200 de la Constitución, los diputados gozan de inmunidad en el ejercicio de esa función parlamentaria.

#### IV

Tres de los magistrados de la Sala Constitucional fueron designados mediante actos que la actual Asamblea Nacional había anulado. O sea, que son parte interesada en la demanda de nulidad presentada contra la decisión de la Asamblea que dejó sin efecto sus designaciones.

En el deber ser, según las reglas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esos magistrados han debido inhibirse. Pero lo que sucedió fue otra cosa: según se lee en la sentencia, esos magistrados no firmaron la sentencia pues “no asistieron por motivos justificados” a la sesión de la Sala en la cual se aprobó tal sentencia. No explica la sentencia cuáles son esos “motivos justificados”.

No obstante, la sentencia comentada, y que lleva el número 614, tiene la siguiente mención común, por lo demás: “*Dada, firmada y sellada en el Salón de Sesiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los (19) días del mes de julio de dos mil dieciséis (2016)*”. Eso lo que significa que es la sentencia fue discutida y aprobada en el Salón de Sesiones de la Sala el 19 de julio, una sesión a la que, según dice la sentencia, “no asistieron” los tres magistrados cuya designación había sido anulada.

Pero es el caso que ese mismo día se aprobó otra sentencia de la Sala Constitucional, bajo el número 615. Se trata de la sentencia que declara la constitucionalidad de la prórroga del Decreto de estado de excepción y de emergencia económica. Esta otra sentencia tiene la misma coletilla: “*Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los (19) días del mes de julio dos mil dieciséis (2016)*”. Lo interesante es que esa sentencia 615 sí aparece firmada por los tres magistrados que, según se dice en la sentencia 614, no asistieron a la sesión en la cual se aprobó la sentencia 614, que es la misma sesión en la cual se aprobó la sentencia 615.

Esto quiere decir que, según la Sala Constitucional, en la sesión del 19 de julio de 2016 estos tres magistrados asistieron y no asistieron al mismo tiempo. Asistieron para declarar la constitucionalidad del Decreto de estado de excepción (sentencia 615), y no asistieron para anular la decisión de la Asamblea que había dejado sin efecto su designación (sentencia 614).

Todo ello lo que demuestra es la precipitación con la cual obró la Sala Constitucional, en el marco del conflicto iniciado desde la instalación de la actual Asamblea Nacional, el 5 de enero de 2016.

# ¿PUEDE HABER INCONSTITUCIONAL OMISIÓN LEGISLATIVA, RESPECTO DE UN PROYECTO QUE PRETENDE MODIFICAR LA CONSTITUCIÓN? (Comentario con motivo de la sentencia N° 686 dictada por la Sala Constitucional el 4/08/ 2016<sup>1</sup>)

María Alejandra Correa Martín  
Profesora de Derecho Administrativo UCV

**Resumen:** La Constitución de 1999 estableció un mecanismo de control de la constitucionalidad ante las omisiones legislativas, respecto de la adopción de leyes indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución. Esa acción no puede ser ejercida para exigir a la Asamblea Nacional inicie la discusión de un proyecto legislativo, cuyo contenido sea contrario a la Constitución, ni siquiera en el caso que la Asamblea Nacional estuviere en la obligación de iniciar la discusión del proyecto de ley, en virtud de haber sido presentado por iniciativa de los electores. Se trata de una acción especialísima, que procede en el supuesto específico previsto en el artículo 336, numeral 7 de la Constitución y no respecto de cualquier omisión de la Asamblea Nacional.

Por otra parte, no puede entenderse que la Asamblea Nacional esté constitucionalmente obligada a discutir un proyecto de ley abiertamente contrario a la Constitución. El proyecto de ley de matrimonio igualitario viola el artículo 77 de la Constitución, conforme al cual se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer.

**Palabra clave:** Acción por inconstitucional omisión legislativa, iniciativa legislativa de los electores, constitucionalidad de las leyes, matrimonio.

**Abstract:** The 1999 Constitution established a mechanism of control of constitutionality due to legislative omissions to adopt the necessary laws to ensure compliance with the Constitution. This action cannot be exercised to require the National Assembly initiated the discussion of a bill which content is contrary to the Constitution, even in the case that the National Assembly abide in the obligation to initiate the discussion of the bill, by virtue of having been presented at the initiative of the voters. Such action is a very special action, which can only be invoked in the specific case provided for in Article 336, paragraph 7 of the Constitution and not for any omission of the National Assembly.

Moreover, this constitutional rule cannot interpret as the obligation of the National Assembly to discuss a draft of a law that it is openly contrary to the Constitution. The proposed with respect to same sex marriage law violates Article 77 of the Constitution, under which protects marriage between a man and a woman

**Key words:** Unconstitutional legislative omission, legislative initiative voter's constitutionality of laws, marriage.

---

<sup>1</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/189771-686-4816-2016-16-0368.HTML>

La Sala Constitucional admitió en la sentencia objeto del presente comentario una acción por supuesta inconstitucional omisión legislativa, incoada por la Asociación Civil Venezuela Igualitaria, alegando inobservancia del procedimiento legislativo y morosidad de la Asamblea Nacional en iniciar la discusión del “*Proyecto de Ley de Matrimonio Civil Igualitario en Venezuela*”, introducido por iniciativa popular legislativa el 31 de enero de 2014.

La demanda fue admitida por la Sala Constitucional a pesar de no configurarse el supuesto del numeral 7 del artículo 336 de la Constitución y del artículo 25, cardinal 7, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, los cuales atribuyen competencia a la Sala Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas respecto de un supuesto muy específico.

A tenor de la disposición constitucional, incluida con idéntica redacción en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la omisión legislativa que la Sala puede declarar inconstitucional se produce cuando el Poder Legislativo “*haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución*”.

El control jurisdiccional atribuido a la Sala Constitucional ante las omisiones de los cuerpos legisladores no es general y absoluta; está limitada a determinadas normas que resulten absolutamente necesarias para garantizar el cumplimiento de la Constitución, como lo dispuso expresamente el Constituyente en la norma atributiva de esa competencia y lo reiteró el legislador al desarrollar esa atribución en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, respetando el espíritu del Constituyente, expresado en la exposición de motivos de la Constitución, en la cual se lee: “La inconstitucionalidad por omisión se produce por falta de desarrollo, durante un tiempo excesivamente largo, **de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo**, de forma tal que impida su eficaz aplicación”.

La Sala Constitucional reconoce que ello es así cuando en la motivación del fallo afirma que “*la omisión consiste en el incumplimiento de un acto o conducta de una autoridad ordenado por la Constitución, sea el mismo total o parcial...*”.

De manera que la demanda por inconstitucional omisión legislativa no procede ante cualquier omisión, sino ante el incumplimiento de un acto ordenado por la Constitución, respecto del cual no puede la Asamblea Nacional discrecionalmente decidir legislar o no, porque en cumplimiento de un mandato específico del constituyente deba dictar normas para garantizar la vigencia y efectividad de la Norma Fundamental.

En el caso concreto ese supuesto no se configuraba.

El proyecto legislativo que motivó la demanda admitida por la Sala Constitucional no se refiere a normas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, por el contrario, ese proyecto, lejos de garantizar la Constitución, contraviene lo dispuesto en el artículo 77 de la Norma Fundamental, en el cual en forma expresa se dispone la protección del matrimonio entre un hombre y una mujer y excluye el matrimonio igualitario propuesto en el proyecto de ley; esa fue la voluntad del Constituyente de 1999, avalada por los electores en el referendo aprobatorio de la Constitución vigente.

En efecto, en el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 se lee:

“...el constituyente Brewer-Carías salvó su voto y expuso: “salvo mi voto por considerar que no debió eliminarse, al protegerse el matrimonio, la referencia al ‘hombre y la mujer’ que traía la redacción original, pues ya no parece ser obvio, en el mundo moderno, que los matrimonios sólo deban existir entre hombre y mujer”. No obstante, con el contraste del texto de ese proyecto de norma que fue aprobado en primera discusión **respecto del actual artículo 77, es evidente que, durante la segunda discusión, la mayoría de los miembros de la**

**Asamblea Nacional Constituyente acogió esta última postura, modificó la que originalmente fue votada y optó por la redacción actual, que especifica que tanto el matrimonio como las uniones estables de hecho serán entre un hombre y una mujer** (Cfr. Diario de Debates Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constituyente, imprenta del Congreso de la República, Caracas, noviembre 1999-2000, pp. 15 y ss. de la sesión ordinaria N° 29)” (Citado en Sentencia N° 190, de la Sala Constitucional de fecha 28/2/2008, expediente N° 03-2630 <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/190-280208-03-2630.HTM>).

De lo anterior se desprende claramente que el proyecto de ley presentado por la Asociación Civil Venezuela Igualitaria no encuadraba en el supuesto de leyes indispensables para garantizar la vigencia de la Constitución, por lo que la Sala Constitucional erró al apreciar que la omisión por parte de la Asamblea Nacional respecto de la discusión de ese pudiera configurar el supuesto de inconstitucional omisión legislativa y declarar admisible esa acción especial prevista en el artículo 336, numeral 7 de la Constitución.

Por otra parte, si bien la Asamblea Nacional como órgano del Estado está en la obligación de proteger el matrimonio entre un hombre y una mujer, como lo dispone el artículo 77 de la Constitución, en virtud de lo cual podía rechazar el proyecto presentado por la Asociación Civil Venezuela Igualitaria, no es menos cierto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 205 de la Constitución no debió en enero de 2014 omitir pronunciamiento respecto de ese proyecto de ley, toda vez que tratándose de una iniciativa legislativa de un grupo de electores estaba obligada a iniciar su discusión a más tardar en el período de sesiones ordinarias siguientes a aquel en el que se hubiere presentado.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 205 de la Constitución, la consecuencia jurídica de no haberse iniciado oportunamente la discusión del proyecto presentado por iniciativa de los electores oportunamente es que la iniciativa legislativa debe ser sometida a referendo aprobatorio.

La parte actora hizo mal uso de la acción judicial por inconstitucional omisión legislativa y la Sala Constitucional, a pesar de haber hecho referencia en la motivación del fallo a lo dispuesto en el artículo 336, numeral 7 y en el artículo 205, ambos de la Constitución, admitió la demanda y ordenó citar al Presidente de la Asamblea Nacional.

Esperemos que la Sala Constitucional en su afán de anular a la Asamblea Nacional, no pretenda ahora que los ciudadanos vayamos a votar ante esa instancia jurisdiccional, respecto de ese proyecto de ley de matrimonio civil igualitario en Venezuela.

# LA CONSTITUCIÓN NO PIERDE VIGENCIA POR LAS DECISIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL

## (Comentario con motivo de las sentencias número 795<sup>1</sup> y 797<sup>2</sup> dictadas por la Sala Constitucional el 19/08/2016)

María Alejandra Correa Martín  
Profesora de Derecho Administrativo UCV

**Resumen:** *Las decisiones judiciales tienen la autoridad del Derecho que aplican. La falta de objetividad e imparcialidad del órgano jurisdiccional, desacredita la autoridad de sus decisiones. La Constitución no pierde vigencia por la inobservancia de sus normas por parte de la Sala Constitucional, en virtud de lo cual los diputados de la Asamblea Nacional, ciudadanos investidos de la autoridad que les infunde el voto popular, están legitimados para desconocer la autoridad de las decisiones judiciales dictadas en contravención a las disposiciones constitucionales y principios democráticos, todo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 333 y 350 de la Constitución.*

**Palabra clave:** *Independencia del Poder Judicial, fundamento de las decisiones judiciales, desacato, usurpación de poder, deber de restablecimiento de la vigencia de la Constitución.*

**Abstract:** *Judicial decisions have the authority of law they attempt to apply. The lack of objectivity and impartiality of the Court discredits the authority of its decisions. The Constitution does not lose force by the breach of its rules by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, under which the deputies of the National Assembly, whose members that are citizens vested with the authority given to them by the popular vote, members of the National Assembly are entitled to disregard the authority of the judicial decisions issued contrary to constitutional and democratic principles, this would be in accordance with the provisions of articles 333 and 350 of the Constitution.*

**Key words:** *Independence of the Judiciary, the foundation of judicial decisions, contempt, usurpation of power, duty of restoring force of the Constitution.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó este viernes 19 de agosto de 2016 dos fallos identificados con los N° 795 y 797, el primero en el expediente 15-0215 relativo a la demanda por intereses colectivos y difusos incoada por unos Concejales del Concejo Municipal del Municipio Páez del Estado Apure contra la Alcaldesa de ese Municipio, en el cual se había decretado el 1/06/2015, como medida cautelar “la aplicación del Acuerdo N° 049-2015 del 26 de febrero de 2015, publicado en Gaceta Municipal N° 028, en

---

<sup>1</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/190382-795-19816-2016-15-0215.HTML>

<sup>2</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/190390-797-19816-2016-16-0449.HTML>

*el cual, se designó al ciudadano Víctor Argenis Blanco Sáez, entonces Presidente del Concejo Municipal del Municipio Páez del Estado Apure, como Alcalde encargado*”<sup>3</sup>.

El segundo, dictado en el expediente N° 16-0449, con motivo de un recurso de nulidad interpuesto conjuntamente con solicitud de amparo cautelar por los diputados del Bloque de la Patria de la Asamblea Nacional contra las sesiones de la Asamblea Nacional celebradas los días 26 y 28 de abril y 03, 05, 10, 12 y 17 de mayo de 2016. Los accionantes fundamentan el recurso y la pretensión cautelar de amparo en argumentando que las sesiones de la Asamblea Nacional estaban viciadas por inobservancia de la interpretación del artículo 57 del Reglamento de Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, establecida por la Sala Constitucional, en la Sentencia N° 269 del 21/4/2016<sup>4</sup>.

En ambas sentencias se analiza el incumplimiento de decisiones previas de la Sala Constitucional y el desacato o desconocimiento de la autoridad de las mismas. En la motivación para decidir, la Sala hace énfasis en el deber de respetar las decisiones judiciales, con fundamento en los principios de seguridad jurídica y estabilidad institucional, agregando que el pretendido desacato quebranta el orden constitucional.

En la sentencia dictada con motivo del Acuerdo dictado por el Concejo Municipal del Municipio Páez del Estado Apure, se lee lo siguiente:

“uno de los presupuestos básicos del Estado Social de Derecho y de Justicia es la sumisión de todos los particulares, así como de las instituciones del Estado, al sistema judicial del cual este Tribunal es la cúspide, y dicha sumisión se extiende al acatamiento de los decidido, pues el cumplimiento y ejecución de las sentencias, forma parte tanto del derecho a la tutela judicial efectiva, como de los principios de seguridad jurídica y estabilidad institucional, y su quebrantamiento, vulnera las bases mismas del Estado”.(<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/190382-795-19816-2016-15-0215.HTML>)

En la otra sentencia, mediante la cual se decreta medida cautelar de suspensión de efectos de las sesiones de la Asamblea Nacional, se afirma:

“incurriendo nuevamente en flagrante incumplimiento de la sentencia N° 269 del 21 de abril de 2016, y, por ende, en quebrantamiento del orden constitucional que debe privar en las instituciones democráticas de la República Bolivariana de Venezuela”. (<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/190390-797-19816-2016-16-0449.HTML>)

No se discute la autoridad de las decisiones judiciales y el hecho que, en un Estado de Derecho, los órganos de administración de justicia –garantes del respeto al orden jurídico– deben ser acatadas y respetadas, a condición de ser fieles a la Constitución y a las leyes.

La autoridad de las decisiones judiciales deriva de ser los jueces intérpretes objetivos de la ley. La Sala Constitucional está llamada a ejercer uno de los controles institucionales esenciales para el Estado de Derecho, garantizando que los demás órganos del Poder Público ajusten sus actos a las previsiones de la Constitución.

Pero ese órgano jurisdiccional no es un *supra poder*. La Sala Constitucional está igualmente sujeta a la Constitución; ella debe permanecer ajena al debate democrático que puede surgir entre las otras ramas del Poder Público e imponer el orden, sin sustituir a los actores políticos; su autoridad es la del Derecho que aplica y carece de autoridad cuando lo viola, desconoce o interpreta a su antojo.

<sup>3</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178017-675-1615-2015-15-0215.HTML>

<sup>4</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/187363-269-21416-2016-11-0373.HTML>

En su obra *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Eduardo García de Enterría hace referencia a los casos de abuso judicial en el que, con el pretexto de la revisión judicial de los actos legislativos, los jueces constitucionales han usurpado poderes que pertenecen al cuerpo parlamentario, ante lo cual se debe exigir como principio esencial de la justicia constitucional que los jueces sean “*intérpretes estrictos del texto constitucional y no inventores de sus supuestos preceptos*”<sup>5</sup>.

La politización de los jueces es uno de los mayores riesgos de la justicia constitucional, cuando se verifica, la justicia se distancia del Estado de Derecho y deja de cumplir su rol fundamental de garante de la institucionalidad y de la plena vigencia de los derechos fundamentales.

Es cierto que los cuerpos legislativos no pueden controlar las decisiones judiciales, pero también es cierto que en el ejercicio de sus funciones están sujetos a la Constitución (artículo 7) y que esa sujeción es indeclinable e inexcusable.

Si un diputado acata una sentencia de la Sala Constitucional que viola el principio constitucional de separación de poderes estaría faltando al juramento de defender la Constitución. De manera que no puede calificarse de desacato el ejercicio de las atribuciones constitucionales, incluso si ello implica desconocer una decisión judicial manifiestamente inconstitucional.

No puede la Sala Constitucional negar la atribución privativa de la Asamblea Nacional de dictar su reglamento interno y modificar su contenido, o pretender que la Asamblea Nacional claudique en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales; tampoco puede imponer condiciones no previstas en la Constitución al procedimiento de formación de las leyes, ni negar las atribuciones constitucionales de control.

Inconstitucional sería que la Asamblea Nacional cediera en el ejercicio de esas atribuciones, frente a las amenazas de nulidad de sus actos y de violación de inmunidad parlamentaria de los diputados; si con actitud blandengue la Asamblea Nacional se resignará a los inconstitucionales designios de la Sala Constitucional no solo se haría cómplice de las faltas graves en que aquella incurre contra el orden constitucional, sino que además traicionaría a los electores quienes los eligieron para ejercer su representación, sin sujeción a mandato o instrucción alguna de otro Poder Público y ante quienes juraron cumplir la Constitución.

La autoridad de las decisiones de la Asamblea Nacional está amparada en su representatividad del pueblo soberano, circunstancia que en la coyuntura política actual tiene mayor relevancia, por ser la rama del poder público más recientemente legitimada.

Por su parte, la autoridad de la Sala Constitucional hoy está cuestionada por el hecho que, desde su creación, ninguno de los magistrados que la integran ha sido designado conforme a lo previsto en la Constitución, en particular por la flagrante violación del procedimiento de designación de los últimos tres magistrados designados en diciembre de 2015.

A la ilegitimidad de origen de los magistrados, se suma el hecho que sus decisiones contrarían abiertamente expresas disposiciones constitucionales y los principios democráticos, lo que hace sospechar de su falta de objetividad e incluso hace presumir la desviación de poder en que se incurre al adoptar sentencias con el objeto de obstaculizar el ejercicio de las atribuciones de la Asamblea Nacional.

---

<sup>5</sup> García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1994, p. 171.

La Asamblea Nacional en legítima defensa del orden constitucional debe ajustar sus actuaciones a las previsiones de la Constitución, por encima de las cuales no están las decisiones de la Sala Constitucional.

La propia Constitución en su artículo 350 autoriza a desconocer cualquier autoridad que contrarie las garantías democráticas. Las decisiones dictadas por la Sala Constitucional se perciben como violatorias de la Constitución en criterio, no solamente de la Asamblea Nacional, sino de la opinión pública<sup>6</sup>, de las organizaciones no gubernamentales y profesores de Derecho<sup>7</sup>.

Las pretensiones de la Sala Constitucional de calificar de incumplimiento de sus sentencias las actuaciones de la Asamblea Nacional no son sino una muestra más de la usurpación de poderes en que incurre esa Sala y hace que cobren actualidad en nuestro sistema las objeciones a un gobierno de jueces.

Casi parece escrito para nuestra realidad el discurso pronunciado contra la Corte Suprema de los Estados Unidos por Franklin Roosevelt en 1937:

“En tanto que nación, estamos en la situación en que es preciso tomar medidas para salvar la Constitución de las garras del Tribunal ... los tribunales han destruido el equilibrio de poderes entre las tres ramas del gobierno federal, oponiéndose así directamente a los grandes objetivos que se habían fijado los redactores de la Constitución”<sup>8</sup>

Si los actuales magistrados del Tribunal Supremo de Justicia hubieran sido designados conforme al procedimiento previsto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuya finalidad es ofrecer mayores garantías de independencia, objetividad y mérito la seguridad jurídica, el orden constitucional en Venezuela no estaría tan gravemente amenazado.

---

<sup>6</sup> El Universal, 17/047 2016, José Vicente Rodríguez Aznar: “...habría que preguntarse si la Sala Constitucional aplica distintas interpretaciones de la Constitución sobre un mismo texto legal, según quien sea el legislador que lo apruebe y el grupo político que domine la Asamblea. Habría que preguntarse también cómo queda la seguridad jurídica tan necesaria para nuevas inversiones que reactiven la producción”.

<sup>7</sup> <http://grupolacolina.blogspot.com/2016/01/comunicado-del-grupode-profesores-de.html>, <http://www.accesoalajusticia.org/wp/noticias/>, <https://supremainjusticia.org/juicio-al-tsj/>

<sup>8</sup> García de Enterría, Eduardo, *ob. cit.* p. 169.

# LA PARALIZACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL: LA SUSPENSIÓN DE SUS SESIONES Y LA AMENAZA DE ENJUICIAR A LOS DIPUTADOS POR “DESACATO”

Allan R. Brewer-Carías

*Director de la Revista*

**Resumen:** *Comentario sobre la sentencia N° 797 de 19 de agosto de 2106 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en la cual se amenazó de enjuiciar a los diputados a la Asamblea Nacional que sesionaron desconociendo la “reforma” del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea efectuada por dicha Sala Constitucional sin tener competencia para ello.*

**Palabras Clave:** *Asamblea Nacional. Reglamento Interior; Actos parlamentarios sin forma de ley.*

**Abstract:** *This comment is referred to the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice Decision N° 797 of July 19, 2106, through which it threatened to persecute the representatives to the National Assembly that delivered ignoring the “reform” of the internal regulations of the Assembly without having attributions.*

**Key words:** *National Assembly. Internal regulations. Parliamentary acts.*

Los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, apenas se publicó la sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016 mediante la cual la Sala Constitucional “reformó” inconstitucionalmente el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea, como correspondía, rechazaron el contenido de la sentencia, expresando que la misma no se acataría,<sup>1</sup> de manera

---

<sup>1</sup> Así lo expresó el Presidente de la Asamblea como lo indicó la prensa el 28 de abril de 2016: “El presidente de la Asamblea Nacional, Henry Ramos Allup, aseguró este jueves 28 de abril que no acatarán la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) sobre el Reglamento de Interior y de Debate del Parlamento luego de una petición hecha en 2011 por representantes de la oposición cuando el oficialismo era mayoría en el Parlamento. / Parte de lo establecido en la sentencia indica que las sesiones y el orden del día deberán ser dadas a conocer 48 horas antes como mínimo. La decisión ha sido cuestionada por el actual parlamento por considerarla a destiempo y de carácter política. / El Reglamento de interior y de debate fue modificado por la decisión inconstitucional de la Sala Constitucional por inconstitucional reavivando un recurso que tenía cinco años en la nevera constitucional y nunca modificaron ese reglamento para no afectar el ejercicio de la Asamblea Nacional que ustedes controlaban, pero en síntesis y en definitiva esta Asamblea Nacional va a aplicar estrictamente la Constitución, no vamos a acatar ninguna decisión de la Sala Constitucional que sea contraria a la Constitución o que viole la norma elemental (...).” Véase en <http://www.unbombazo.com/2016/04/28/cinicos-del-tsj-ramos-allup-no-acataremos-recurso-5-anos/>. Véase igualmente la reseña: “Rechazan nueva sentencia del TSJ que suspende artículos del Reglamento de la Asamblea,” en <https://www.lapatilla.com/site/2016/04/23/rechazan-nueva-sentencia-del-tsj-que-suspende-articulos-del-reglamento-de-la-asamblea/>

que efectivamente, la Asamblea Nacional realizó sus sesiones sin acatar una inconstitucional regulación de su régimen interior y de debates, que sólo la Asamblea puede regular:

“Ello motivó que un grupo de diputados oficialistas acudieran ante la Sala Constitucional el 9 de mayo de 2016 demandando “la nulidad por inconstitucionalidad conjuntamente con solicitud de amparo cautelar contra las sesiones de la Asamblea Nacional celebradas los días 26 y 28 de abril de 2016,” a lo cual se sumó otra solicitud de 19 de mayo de 2016, de otro diputado, formulada como “alcance” a la demanda anterior, en relación con “las sesiones de los días: 03, 05, 10, 12 y 17 de Mayo de este año 2016,” por haberse realizado sin seguirse la inconstitucional “reforma” del Reglamento Interior y de Debates aprobadas por la Sala Constitucional.”

La solicitud de medida de amparo cautelar que se formuló junto con la demanda de nulidad, sin que siquiera los recurrentes hubieran indicado cuál derecho fundamental habría sido violado, cual podría haber sido su titular, ni quien supuestamente lo habría vulnerado, fue sin más decidida por la Sala Constitucional mediante sentencia N° 797 de 19 de agosto de 2106,<sup>2</sup> sin indicar en protección de cuál derecho constitucional se dictó ni contra cual supuesto agravante, la cual se decidió lo que sigue:

*“Suspende los efectos de las sesiones celebradas los días 26 y 28 de abril, y 03, 05, 10, 12 y 17 de mayo de 2016, junto a los actos producidos en ellas; así como también, ordena de manera cautelar a la Asamblea Nacional, a través de su Presidente, en atención a lo dispuesto en el artículo 26, 49, y 257 constitucional, que remita la documentación –en el lapso de cinco días continuos siguientes a su notificación– donde evidencie el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas en el fallo N° 269 del 21 de abril de 2016, en lo relativo a la convocatoria de las sesiones celebradas los días 26 y 28 de abril, y 03, 05, 10, 12 y 17 de mayo de 2016 y el orden del día fijado para cada una de ellas, con la advertencia de que dicho mandamiento debe ser acatado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.”*

Recuérdese que el artículo 31 de dicha Ley Orgánica de Amparo establece el delito de desacato de las sentencias de amparo al disponer que “quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, será castigado con prisión de seis (6) a quince (15) meses.”

Ahora bien, para adoptar esta decisión de tanta trascendencia como fue el inicio del procedimiento para proceder a sancionar a la mayoría de los diputados de la Asamblea Nacional por desacato, y consecuentemente aplicando la doctrina que ya sentó en 2014 contra los Alcaldes de los Municipios de San Diego y San Cristóbal de los Estados Carabobo y Táchira, respectivamente, quizás proceder a revocar inconstitucionalmente el mandato de los diputados y decretar su encarcelamiento, la Sala explicó que los impugnantes habían alegado que en dichas sesiones de la Asamblea se habrían “aprobado inconstitucionalmente” diversos requerimientos de comparecencia de Ministros, votos de censura a Ministros, discusiones de proyectos de Ley y otros Acuerdos parlamentarios, habiendo sido convocadas las sesiones “24 horas antes y no 48 horas antes, tal como lo señaló esta Sala Constitucional en sentencia N° 269 del 21 de abril de 2016, al interpretar el artículo 57 del Reglamento de Interior y de Debates de la Asamblea Nacional;” y además, “con cambios efectuados en la agenda” des-

<sup>2</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/190390-797-19816-2016-16-0449.HTML>

pués de la convocatoria, todo ello en supuesto “franco desacato” a dicha sentencia N° 269, a cuyo efecto citaron lo expresado en su momento por el Presidente de la Asamblea.<sup>3</sup>

Los impugnantes, en particular, denunciaron ante la Sala desacato a la sentencia N° 269:

“en la convocatoria realizada al Ministro [Ministro del Poder Popular para la Alimentación] cuya moción de censura se aprobó de manera irregular y debía ser declarado nulo por cuanto incumplió la referida sentencia N° 269, ya que el Ministro es un General activo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, cuya convocatoria debió ser por conducto del Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, Presidente de la República Bolivariana de Venezuela.”

Todo lo anterior se explicó por los demandantes, para solicitar a la Sala Constitucional que “evaluara iniciar el procedimiento que por desacato se estableció en las sentencias de los ex alcaldes Enzo Escarano y Daniel Ceballos,” que resultaron despojados de su mandato popular por la Sala, habiendo sido detenidos y condenados a prisión, argumentando que:

“la Junta Directiva de la Asamblea Nacional y su mayoría relativa estarían atentando contra lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que señala: “*Quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, será castigado con prisión de seis (6) a quince (15) meses.*”

Para decidir la solicitud de amparo cautelar, la Sala Constitucional comenzó por “recordar” que en la sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016, ella misma, de oficio, primero, había extendido “el lapso de convocatoria establecido en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, de 24 horas a 48 horas,” y segundo, que al ser “incluido en el sistema automatizado el orden del día a ser debatido en la sesión de la Asamblea, éste debe mantenerse y no admitirá modificaciones de última hora.”

Con base en ello, para dictar la sentencia y evaluar el supuesto desacato denunciado, la Sala estimó como “prueba” suficiente para dictarla, la supuesta existencia de un “hecho notorio comunicacional” que tanto ha usado para dictar sentencia sin pruebas, afirmando sin embargo en este caso, falsamente, que supuestamente era:

“público, notorio y comunicacional, según se evidencia de la página web de la Asamblea Nacional, que la Junta Directiva de la Asamblea Nacional ha tildado las medidas cautelares decretadas por esta Sala en la sentencia N° 269 del 21 de abril de 2016, como “absolutamente nulas”, en comunicado del 5 de julio de 2016, que aparece en el siguiente enlace web (<http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc1cce92be2c893e0f0f266ac32f05e89d7ad28579.pdf>),” donde se lee, lo siguiente:

“La sentencia señalada de la Sala Constitucional infringe gravemente el orden constitucional y democrático y cercena el derecho a la defensa en juicio de la Asamblea Nacional, y lo hace en una decisión en la cual también amenaza con sancionar al Presidente de la Asamblea Nacional ante el supuesto incumplimiento de unas medidas cautelares absolutamente nulas, entre otras razones por haber sido ratificadas sin permitir a la Asamblea Nacional el ejercicio del derecho a la defensa frente a ellas por medio de una representación judicial propia (...).”

Lo anterior era completamente falso porque en el mencionado y citado “Comunicado” de la Junta Directiva simplemente no hizo referencia y ni siquiera citó la sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016, pues el mismo se emitió solo en relación con otra sentencia, la N° 473 de 14 de junio de 2016.

<sup>3</sup> Véase en <http://www.panorama.com.ve/politicayeconomia/Ramos-Allup-sobre-sentencia-del-TSJ-No-acataremos-un-recurso-de-hace-5-anos-que-sacaron-de-la-nevera--20160428-0038.html>

Sin embargo, la Sala Constitucional basándose en esa “prueba” falsa y en otras declaraciones de prensa que citó, con base en las denuncias formuladas sobre supuesto “quebrantamiento del orden constitucional que debe privar en las instituciones democráticas” de la República, pasó a ejercer su potestad cautelar:

“atendiendo a la presunta violación de lo dispuesto en la sentencia de esta Sala Constitucional N° 269, antes mencionada, por parte de la Junta Directiva y de la Secretaría de la Asamblea Nacional, así como también por parte de los diputados que conforman la mayoría parlamentaria, quienes respaldaron a través de sus votos las decisiones tomadas en las sesiones celebradas los días 26 y 28 de abril, y 03, 05, 10, 12 y 17 de mayo de 2016, acuerda amparo cautelar solicitado por los actores, y, en consecuencia, se suspenden los efectos de las sesiones celebradas los días 26 y 28 de abril, y 03, 05, 10, 12 y 17 de mayo de 2016, junto a los actos producidos en ellas; así como también, ordena de manera cautelar a la Asamblea Nacional, a través de su Presidente, en atención a lo dispuesto en el artículo 26, 49, y 257 constitucional, que remita la documentación donde evidencie el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas en el fallo N° 269 del 21 de abril de 2016, en lo relativo a la convocatoria de la sesiones antes señaladas y el orden del día fijado para cada una de ellas, con la advertencia de que dicho mandamiento debe ser acatado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.”

En esta forma quedó formalmente abierta la puerta por la propia Sala Constitucional, para efectivamente comenzar a “aplicar” la doctrina sentada en los casos de los Alcaldes Enzo Scarano y Daniel Ceballos de los Municipios San Diego del Estado Carabobo y San Cristóbal del Estado Táchira, quienes por “desacato” a una medida cautelar de amparo de la Sala, ella misma, mediante sentencias N° 245 el día 9 de abril de 2014,<sup>4</sup> y N° 263 el 11 de abril de 2014,<sup>5</sup> los despojó de sus cargos electivos, revocándoseles inconstitucionalmente su mandato popular que solo el pueblo puede hacer mediante un referendo revocatorio, habiendo la propia Sala dispuesto el encarcelamiento de los mismos usurpando la competencias de la Jurisdicción Penal.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205.HTML>. Véase también en *Gaceta Oficial* N° 40.391 de 10 de abril de 2014.

<sup>5</sup> Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162992-263-10414-2014-14-0194.HTML>.

<sup>6</sup> Véase los comentarios a esas sentencias en Brewer-Carías, Allan R. *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 115-170.

# DE LA INCONSTITUCIONAL EVASIÓN DEL CONTROL PARLAMENTARIO DECRETADA POR EL EJECUTIVO NACIONAL Y AVALADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL

María Alejandra Correa Martín  
Profesor de Derecho Administrativo de la UCV

**Resumen:** *El Ejecutivo Nacional mediante un decreto ley dictado en virtud de una ley habilitante se había excepcionado unilateralmente de la autorización parlamentaria con relación a los contratos de interés público nacional en materia de minas. La Asamblea Nacional sancionó la Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 2.165 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos, con el objeto de restablecer el necesario control parlamentario de las contrataciones propuestas por el Ejecutivo Nacional en esa materia, considerada estratégica para la economía nacional.*

*La Sala Constitucional distrajo su rol de garante de la constitucionalidad al declarar la inconstitucionalidad de esa ley de reforma bajo el argumento del supuesto desacato de la Asamblea Nacional, obviando el análisis de la inconstitucionalidad de la evasión del control parlamentario dispuesto unilateralmente por el Ejecutivo Nacional, en perjuicio de los intereses nacionales.*

**Palabras Clave:** *Control parlamentario, contratos de interés público, minas, actividades estratégicas para la economía nacional, leyes orgánicas, decretos leyes, justicia constitucional.*

**Abstract:** *The National Executive, by means of a decree-law issued under an enabling law, had unilaterally excepted from the parliamentary authorization in relation to contracts of national public interest in mines. The National Assembly sanctioned the Partial Reform Law of Decree No. 2,165 with rank, value and force of Organic Law that reserves to the State the Activities of Exploration and Exploitation of Gold and other Strategic Minerals, in order to restore the necessary parliamentary control of the hirings proposed by the National Executive in this matter, considered strategic for the national economy.*

*The Constitutional Judge distracted its role as guarantor of constitutionality by declaring the unconstitutionality of this law of reform under the argument of the alleged contempt of the National Assembly, obviating the analysis of unconstitutionality of the evasion of parliamentary control unilaterally disposed by the National Executive, to the detriment of national interests*

**Key words:** *Parliamentary control, contracts of public interest, mines, strategic activities for the national economy, organic laws, decrees laws, constitutional justice.*

La Sentencia N° 808 de fecha 2 de septiembre de 2016<sup>1</sup>, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró la inconstitucionalidad de la *Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 2.165 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos*, sancionada por la Asamblea Nacional el 9 de agosto de 2016.

#### I. DE LA EVASIÓN DEL CONTROL PARLAMENTARIO DECRETADA POR EL EJECUTIVO NACIONAL

El objeto de la ley sancionada por la Asamblea Nacional era, como lo expresa su título, la reforma de un Decreto Ley dictado por el Ejecutivo Nacional en virtud de una Ley Habilitante, cuyas disposiciones excluían del requerimiento de autorización parlamentaria, la creación de empresas mixtas y la determinación de las condiciones de realización de las actividades de exploración y explotación minera<sup>2</sup>.

El Ejecutivo Nacional, mediante un Decreto ley, había legislado en el año 2014 sobre la materia, eliminando el régimen de autorización parlamentaria, previsto como mecanismo de control por parte de la Asamblea Nacional, respecto de las decisiones de la Administración Pública sobre las alianzas y contrataciones para la realización de las actividades de exploración y explotación minera, consideradas estratégicas para la economía nacional y por ende de interés público nacional.

En efecto, el régimen de autorización parlamentaria estaba previsto *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las Conexas y Auxiliares del año 2011*<sup>3</sup>, cuyo artículo 6 disponía:

“La constitución de las empresas públicas referidas en el artículo anterior, para la realización de las actividades primarias y las condiciones que regirán la realización de las mismas requerirán la aprobación por Acuerdo de la Asamblea Nacional adoptado con por lo menos la mayoría simple de los diputados, a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del poder popular con competencia en materia minera, deberá informarla de todas las circunstancias pertinentes a dicha constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República”.

Ese requerimiento de aprobación por parte de la Asamblea Nacional es un imperativo constitucional dado el carácter estratégico y de interés público nacional, que representan las actividades mineras. La constitución de empresas mixtas, así como los términos y condiciones de las alianzas para la realización de las actividades de exploración y explotación minera estaban y deberían seguir estando sometidas al control parlamentario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 150<sup>4</sup> y 187, numeral 9 de la Constitución.

<sup>1</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831.HTML>. La declaratoria de nulidad se fundamenta, según el particular segundo del dispositivo de la sentencia, en que esa ley habría sido dictada por la Asamblea Nacional “*en franco desacato de decisiones judiciales emanadas de este Máximo Tribunal de la República, sin que ello prejuzgue sobre otras posibles causales de nulidad por inconstitucionalidad, tanto de forma como de fondo, en las que pudiera estar incurso la referida ley*”.

<sup>2</sup> Véase artículo 15 del Decreto con rango, fuerza y valor de ley N° 2.165 publicado en la *Gaceta Oficial* Ext. N° 6.210 del 30/12/2015

<sup>3</sup> *Gaceta Oficial* N° 6.063 Ext. de fecha 15 de diciembre de 2011.

<sup>4</sup> Artículo 150: “*La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley. ...*”

Así expresamente lo había afirmado la Sala Constitucional en el año 2011 al pronunciarse sobre el carácter orgánico atribuido al referido *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las Conexas y Auxiliares a estas*, aprobado en Consejo de Ministros N° 733, de fecha 23 de agosto de 2011 y publicado luego en la *Gaceta Oficial* del 15/12/2011. En esa oportunidad, la Sala Constitucional consideró que el régimen de administración y explotación de las minas debía regularse en un instrumento de carácter orgánico, conforme a lo previsto en el artículo 302 de la Constitución, por ser la industria minera una actividad de carácter estratégico, dada la importancia para el desarrollo económico del país. Así en sentencia del 24 de agosto de 2011, se lee:

“el desarrollo de la industria del oro en nuestro país, y la adopción de aquellas medidas legales o administrativas dirigidas a consolidar el manejo directo por parte del Estado venezolano de ese recurso natural, en tanto manifestación de su soberanía, constituyen en criterio de la Sala, elementos suficientes que permiten subsumir dentro de la categoría normativa de ley orgánica por denominación constitucional no sólo aquellas leyes que permiten la regulación del sector petrolero, sino también aquellas que inciden directamente sobre las actividades mineras desarrolladas en nuestro país.

Así, la importancia que tiene para un país el manejo de sus recursos mineros y, en tal sentido, la necesidad de establecer la ordenación del sector en función del valor económico de los minerales objeto de extracción y explotación, avala sobradamente el carácter estratégico de dicha actividad”<sup>5</sup>.

En esa decisión del 2011, la Sala Constitucional observó e hizo referencia expresa al hecho que en ese Decreto Ley se contemplaba la necesaria aprobación por parte de la Asamblea Nacional, para la constitución de las empresas mixtas a través de las cuales se realizarían las actividades establecidas en esa normativa. Así, en el Capítulo I de la sentencia, relativo al contenido del decreto, se lee:

“Seguidamente, en el Título II denominado “*Del Ejercicio de las Actividades Reservadas*”, se establece que las actividades establecidas en la presente Decreto Ley, sólo podrán ser ejercidas por la República o a través de sus institutos públicos o empresas de su exclusiva propiedad, o filiales de estas, o por empresas mixtas, en las cuales la República o alguna de las empresas de la República, en las cuales ésta tenga control de sus decisiones y mantenga una participación, mayor del cincuenta y cinco por ciento del capital social (artículo 5); y asimismo, se establece la aprobación por Acuerdo de la Asamblea Nacional para la constitución de las empresas mixtas, para la realización de las actividades primarias y las condiciones que regirán las mismas (artículo 6)”. (Resaltado agregado)

La verificación de si el decreto ley establecía ese régimen de aprobación parlamentaria era necesaria para establecer la constitucionalidad del texto legislativo, aun cuando en esa oportunidad, la Sala Constitucional fue instada con el objeto de determinar si procedía otorgarle el carácter orgánico al Decreto ley.

La calificación de la actividad como estratégica para la economía apareja necesariamente su consideración como de interés público nacional e impone que el legislador –o el Presidente de la República actuando como legislador en virtud de ley habilitante– someta al régimen de aprobación parlamentaria, los convenios que celebre el Ejecutivo Nacional de asociaciones estratégicas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución.

---

<sup>5</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Agosto/1484-24811-2011-2011-1014.html>

Incluso obviando la discusión sobre si por ley habilitante se puede autorizar al Presidente de la República para legislar en materias de leyes orgánicas, práctica común desde 1999 hasta el 2015<sup>6</sup>, resulta jurídicamente inadmisibles que el Jefe del Estado pueda decidir unilateralmente excepcionar del control parlamentario, los contratos de interés público nacional que suscriba el Ejecutivo Nacional.

#### 1. *Leyes Orgánicas vía Decretos Leyes en virtud de ley habilitante*

La calificación de una ley como orgánica, conforme a lo dispuesto en el artículo 203 de la Constitución de 1999, no es una decisión discrecional de la mayoría de los miembros del cuerpo legislativo, como era en la Constitución de 1961, sino que responde a un criterio material, basado en la consideración que ciertas materias, particularmente importantes y sensibles, como son la organización de los poderes públicos, el desarrollo de los derechos fundamentales y la legislación que deba servir de marco de referencia de otras leyes, deben contar con el respaldo de una mayoría calificada.

El constituyente dispuso que en el procedimiento de formación de las leyes orgánicas, se requiere el voto calificado de las dos terceras partes de los integrantes presentes de Asamblea Nacional, para la admisión del proyecto legislativo, así como para la modificación de una ley orgánica, previsión constitucional que persigue garantizar mayor legitimidad de la legislación que se dicte en las materias de las leyes orgánicas, para asegurar que en esas materias la decisión legislativa sea la expresión más representativa de la voluntad general.

En ese sentido Carlos García Soto expresa:

*“La justificación de exigir una mayoría calificada para las Leyes Orgánicas se encuentra en la necesidad de obtener unos mayores consensos para determinadas materias que se consideran especialmente delicadas e importantes”*<sup>7</sup>

De manera que, aun cuando el Constituyente no haya hecho distinción entre las materias que podrían ser objeto de delegación, a través de la ley habilitante, y no haya excluido expresamente las materias de las leyes orgánicas, entre aquéllas en las cuales se podría autorizar al Presidente de la República para dictar actos con rango, fuerza y valor de ley; consideramos que la ley habilitante no puede delegar la potestad legislativa en esas materias reservadas a las leyes orgánicas, porque la producción legislativa por el Ejecutivo Nacional no puede ofrecer esa garantía de mayor consenso en el procedimiento de formación de las leyes.

#### 2. *De la exclusión por parte del Ejecutivo Nacional del control legislativo*

Pero es que aún en el supuesto que se quiera asumir como válida la práctica de dictar y reformar leyes orgánicas, a través de Decretos leyes, no podría jurídicamente admitirse que el Presidente de la República, por la vía de un Decreto ley, pueda derogar el control parlamentario de la autorización que requiere el Ejecutivo Nacional, para la celebración de contratos de interés público nacional.

---

<sup>6</sup> Nótese que las reformas a la Legislación con carácter orgánico de reserva al Estado las *Actividades de Exploración y Explotación del Oro, minerales, así como las Conexas y Auxiliares*, a que hemos hecho referencia se adoptaron por la vía de Decretos con rango, fuerza y valor de ley.

<sup>7</sup> García Soto, Carlos. *La Asamblea Nacional: lugar en el sistema constitucional y funciones*. Caracas, 2016, pp. 39-40.

Ello por una valoración intrínseca de la competencia, que va más allá del requisito de legitimidad de las leyes, y que atañe al conflicto de intereses que surge cuando el Presidente legisla sobre aspectos del control que corresponde ejercer a la Asamblea Nacional sobre la actividad del Ejecutivo Nacional.

El Presidente de la República no puede unilateralmente disponer que el Ejecutivo Nacional quedara excluido del control parlamentario, porque ese control está previsto precisamente como contrapeso de la actividad del Ejecutivo Nacional que él dirige.

Sin embargo, el hecho es que el Presidente de la República, en ejercicio de la delegación legislativa que le fue otorgada en el año 2014 eliminó ese mecanismo de control, al disponer que las empresas a través de las cuales se desarrollarían las actividades de exploración y explotación del oro y minerales estratégicos *se entenderían incluidas en la excepción a la autorización legislativa*, contenida en el Sistema de Crédito Público previsto en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>8</sup>.

Ese es el contenido del artículo 15 del Decreto con rango, fuerza y valor de Ley de Reforma de la Ley orgánica que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las Conexas y Auxiliares a éstas del año 2014, disposición que se mantiene con la misma redacción en el Decreto con rango y fuerza de ley de reforma de ese instrumento legislativo publicado en la Gaceta Oficial del 30 de diciembre de 2015.

Al cambiar la composición mayoritaria de la Asamblea Nacional, resultado de las elecciones parlamentarias celebradas el 6 de diciembre de 2015, la nueva Asamblea Nacional quiso corregir la inconstitucionalidad derivada de la evasión del control parlamentario dispuesta por el propio Ejecutivo Nacional, respecto de sus decisiones en un área estratégica de la economía nacional.

La Asamblea Nacional discutió y sancionó la ley de reforma del Decreto ley vigente, con la finalidad de restablecer el orden constitucional. Así se desprende de la exposición de motivos y del contenido de los artículos de esa ley sancionada por la Asamblea Nacional el 9 de agosto de 2016; su objeto era:

“consagrar ese necesario control por parte del Poder Legislativo respecto de la creación, condiciones de funcionamiento y modificación de las empresas y alianzas estratégicas, según sea el caso, a través de las cuales se realicen las actividades reguladas, y en ese sentido, se dispone expresamente el requerimiento de la autorización previa, por parte de la Asamblea Nacional, de los actos de constitución de las empresas mixtas, así como para el establecimiento y modificación de las condiciones que regirán las actividades de dichas empresas. De la misma manera se consagra ese control respecto de las alianzas estratégicas previstas en el instrumento legislativo”<sup>9</sup>.

La Sala Constitucional no se pronuncia sobre la legitimidad de esa finalidad, ni sobre el contenido de los artículos de la ley sometida a su control; tampoco se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones de los Decretos leyes dictados por el Ejecutivo Nacional en el 2014 y el 2015.

<sup>8</sup> Véase artículo 15 del Decreto 2.165 publicado en la *Gaceta Oficial* Ext. N° 6.210 del 30/12/2015.

<sup>9</sup> <http://www.asambleanacional.gob.ve/tabs/proyectoleyes?id=1598>

## II. DE LO DECIDIDO POR LA SALA CONSTITUCIONAL

La Sala Constitucional en las consideraciones para decidir de la sentencia N° 808, expresa:

“la solicitud formulada por el Presidente de la República corresponde en forma exclusiva y excluyente al conocimiento de esta Sala (en virtud de lo previsto en el artículo 214 Constitucional), y que además resulta que esta Sala Constitucional es la máxima y última intérprete y garante del Texto Constitucional, como lo dispone el artículo 335 de la Norma Fundamental; razón por la que debe procederse a la evaluación y al control de la constitucionalidad de la ley sometida en esta oportunidad al conocimiento de este órgano jurisdiccional, en base al análisis de la misma, en función de la supremacía constitucional y de cada una de las normas, valores y principios constitucionales, así como también en razón al posible incumplimiento de lo dispuesto por un órgano jurisdiccional, en este caso, por el propio Tribunal Supremo de Justicia actuando en Sala Electoral (ver sentencias N° 260/2015, 1/2016 y 108/2016), por parte de la Asamblea Nacional y, por ende, de dicha Ley aquí controlada, y lo que dicho incumplimiento –de efectivamente existir– puede conllevar desde la perspectiva constitucional” (Subrayado agregado).

Pero a pesar de haber reconocido su competencia para estudiar el contenido de la ley sancionada, únicamente analizó y decidió los argumentos planteados por el Presidente de la República con relación al desacato a las decisiones de la Sala Electoral por parte de la Asamblea Nacional.

En las consideraciones para decidir se obvia toda referencia al problema constitucional de fondo a que hemos hecho referencia y que parecía más relevante desde el punto de vista de la justicia constitucional y del rol de garante de la integridad y vigencia de la Constitución, porque es en la Constitución donde se establece que la Asamblea Nacional debe aprobar los contratos de interés público nacional.

El órgano de justicia constitucional se hizo eco del planteamiento del Presidente de la República y eclipsó su rol de garante de la constitucionalidad, en su decisión obvió el necesario análisis del contenido de los artículos de la ley sancionada por la Asamblea Nacional.

Al hacerlo sacrificó el respeto a las normas, valores y principios constitucionales, ello por haber considerado más importante el pretendido desacato a las decisiones de la Sala Electoral.

Si la Sala Constitucional hubiera ejercido su competencia de manera objetiva, como un tercero imparcial en el conflicto planteado por el Ejecutivo Nacional con relación a la ley sancionada por la Asamblea Nacional, hubiera restablecido el control sobre los contratos de interés público nacional, previsto en artículo 150 de la Constitución.

En efecto, en su rol de garante de la supremacía constitucional –incluso anulando la ley sancionada por la Asamblea Nacional el 9 de agosto de 2016–, debía haber declarado la inconstitucionalidad de las disposiciones del Decreto Ley dictado en diciembre de 2015 y del anterior de 2014, dejando vigente el artículo 6 del Decreto ley del año 2011, con lo cual se habrían dejado sin efecto las normas que entienden excluidas de la autorización legislativa, la creación de las empresas mixtas para el desarrollo de las actividades en materia minera y el establecimiento de las condiciones por las cuales se rigen dichas empresa.

No lo hizo y con ello avaló la inconstitucional evasión de ese control decretada por el Presidente de la República.

Los argumentos del Presidente de la República para solicitar el control de constitucionalidad, por el pretendido desacato de las decisiones de la Sala Electoral y la incorporación de

los diputados electos por el Estado Amazonas, cuya proclamación había sido suspendida cautelarmente en diciembre de 2015, no eran más que subterfugios para rehuir el respeto a la Constitución.

Conforme al principio de separación de poderes y los contrapesos, que se establecen como mecanismos del control institucional, propios de un Estado de Derecho, para evitar los abusos en el ejercicio del Poder Público, constituye un fraude constitucional que el Ejecutivo Nacional haya derogado el régimen de control parlamentario, por la vía de un Decreto Ley.

Igualmente es un fraude constitucional que se mantenga vigente esa exclusión de la necesaria aprobación por la Asamblea Nacional, bajo el pretexto del desacato de unas decisiones de la Sala Electoral.

En su decisión la Sala Constitucional no explica cómo la incorporación de esos diputados puede conllevar a anular la representatividad del resto del cuerpo legislativo, integrado por representantes de los demás Estados, cuya legitimidad no está cuestionada y quienes no están sujetos en el ejercicio de sus funciones más que a sus electores y a la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 199 de la Constitución.

Por otra parte, surge la inquietud de si no era pertinente más bien que la Sala Constitucional le advirtiera a la Sala Electoral que debía decidir el fondo del recurso electoral, sin mayores dilaciones, a fin de garantizar el derecho de los electores del Estado Amazonas a estar representados en la Asamblea Nacional.

Esos aspectos no se mencionan en la decisión de la Sala Constitucional que solamente atribuyó faltas a la Asamblea Nacional

La inconstitucionalidad del régimen legal de exploración y explotación del oro y minerales estratégicos pudo haber sido corregido por la Asamblea Nacional, pero la Sala Constitucional una vez más impidió que una ley sancionada por el Poder Legislativo entrara en vigencia.

El argumento de la Sala Constitucional para declarar la nulidad de la ley sancionada por la Asamblea Nacional es el desacato en que habría incurrido la Asamblea Nacional, al incorporar y juramentar a los diputados electos en el Estado Amazonas, en contravención a la medida cautelar, decretada por la Sala Electoral en la sentencia N° 260 de fecha 30-12-2015, mediante la cual se suspendieron los efectos, mientras durare el juicio de impugnación electoral, de los actos de elección, totalización y proclamación de los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana, electos diputados por el Estado Amazonas.

La Sala Constitucional tomando como fundamento el hecho que la Sala Electoral, en sentencia N° 108 del 1-8-2016, había declarado el desacato a sus decisiones previas N° 260 de fecha 30-12-2015 y N° 1 del 11-01-2016 y, como consecuencia de ese desacato, *la nulidad e ineficacia jurídica de todos los actos de cualquier índole que sean dictados por la Asamblea Nacional, mientras se mantenga la incorporación de los referidos ciudadanos, fungiendo como Diputados de dicho órgano legislativo*, concluyó que conforme a esa sentencia era nula e ineficaz la actuación de la Asamblea Nacional del 9 de agosto de 2016.

La Sala Constitucional invoca entre las justificaciones de lo decidido, el derecho a la tutela judicial efectiva, pero únicamente desde la perspectiva de la ejecución de las sentencias. La decisión comentada no analiza si en el proceso seguido ante la Sala Electoral se ha respetado ese derecho a la tutela judicial efectiva o si se han cumplido las garantías del debido proceso.

Una vez más la Sala Constitucional nos hace sentir que no se ha hecho justicia; la violación al derecho a la tutela judicial efectiva, mal se le puede imputar a la Asamblea Nacional, porque ese es un derecho que corresponde garantizar a los órganos de administración de justicia. Son los órganos del poder judicial quienes violan ese derecho.

Se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución, cuando el órgano jurisdiccional no provee con prontitud la decisión correspondiente o cuando no se juzga de manera imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, ni formalismos o reposiciones inútiles.

De manera que el derecho a la tutela judicial efectiva se viola cada vez que un Magistrado no hace justicia y en sus decisiones se aparta del Derecho. La fiel interpretación del Derecho es la base de la legitimidad de las sentencias, sin esa legitimidad las decisiones judiciales carecen de autoridad.

El que la Asamblea Nacional desconozca la legitimidad de las decisiones emanadas del Tribunal Supremo de Justicia, por encontrarlas reñidas con la Constitución, no puede calificarse como una violación a la tutela judicial efectiva.

Ese proceder de los representantes legítimos del pueblo es el cumplimiento del deber de restablecer el orden constitucional, que les imponen los artículos 333 y 350 de la Constitución.

La Asamblea Nacional, investida de la autoridad que le da la representatividad del soberano, no puede apartarse de la Constitución y acatar las decisiones inconstitucionales adoptadas por la Sala Electoral y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En el ejercicio de sus funciones, la Asamblea Nacional se debe a sus electores, ante quienes asumieron el deber de respetar la Constitución y ante quienes responden por el ejercicio de sus atribuciones, declinar en el ejercicio de ese deber sería incumplir sus funciones.

La Sala Constitucional aclara en su sentencia que no pretende hacer nugatorio el ejercicio de las atribuciones que corresponden a la Asamblea Nacional<sup>10</sup>. Ese efecto no se producirá mientras la Asamblea Nacional continúe ejerciendo la representación de sus electores y se mantenga firme en el cumplimiento de las funciones que le atribuye la Constitución, sin someterse a mandato o instrucción alguna proveniente de otro Poder Público, que pretenda desconocer la voluntad de los electores.

Al declarar inconstitucionales todas las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional durante el 2016 y declarar nulas e ineficaces sus actuaciones, lo que la Sala Constitucional hace nugatorio es la vigencia del Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos fundamentales.

---

<sup>10</sup> En uno de sus párrafos expresa “Lo anterior no significa que se esté haciendo nugatorio o impidiendo el ejercicio de las competencias y atribuciones que detenta la Asamblea Nacional, sino que las mismas deben ser ejercidas dentro del marco del ordenamiento constitucional, lo cual significa, en relación al caso que nos ocupa, que la Asamblea Nacional asuma una conducta acorde con los principios y valores constitucionales y democráticos, y proceda ajustada a derecho, cumpliendo las decisiones judiciales emanadas de los distintos órganos jurisdiccionales del país, y en el presente caso, con las decisiones emanadas de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia”.

# LA CREMACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL Y LA USURPACIÓN DE SUS FUNCIONES PRESUPUESTARIAS POR PARTE DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Allan R. Brewer-Carías  
*Director de la Revista*

**Resumen:** *Este comentario se refiere a la sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016, de la Sala Constitucional, mediante la cual la misma asumió directamente las competencias del Parlamento en materia presupuestaria, sustituyendo la Ley de Presupuesto por un decreto ejecutivo aprobado por la Sala sin intervención parlamentaria.*

**Palabras Clave:** *Asamblea Nacional. Competencias en materia de Presupuesto. Ley de Presupuesto.*

**Abstract:** *These comments refer to the decision N° 814 of October 11, 2016, through which the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, directly assumed the powers of the National Assembly on Budget matters, substituting the Budget Law by an Executive Decree approve by the Chamber.*

**Key words:** *National Assembly. Budget attributions; Budget Law.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016,<sup>1</sup> dictada con motivo de supuestamente “ampliar” lo resuelto en una sentencia anterior, le ha puesto fin definitivo a lo que podía haber quedado de la Asamblea Nacional en Venezuela, luego de todo el proceso de consolidación de la dictadura judicial mediante sentencias dictadas durante los meses anteriores de 2016, que le fueron cercenando todas sus funciones, habiendo ahora simplemente asumido, directamente, las competencias de la Asamblea, esta vez en materia presupuestaria, en una evidente usurpación de autoridad, que hace a la supuesta Ley de Presupuesto para 2017 simplemente nulo e ineficaz conforme al artículo 135 de la Constitución.

## I. LA “AMPLIACIÓN” DE SENTENCIAS COMO NUEVA FORMA INCONSTITUCIONAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL PARA DICTAR SENTENCIAS, SIN PROCESO Y EN VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia N° 808 del 2 de septiembre de 2016,<sup>2</sup> dictada con motivo de la incorporación y juramentación de los diputados electos por el Estado Amazonas el 6 de diciembre de 2015, que habían sido debi-

<sup>1</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897>. HTML

<sup>2</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831>. HTML

damente proclamados por las autoridades del Consejo Nacional Electoral, pero cuya proclamación fue “suspendida” por la Sala Electoral mediante sentencia cautelar N° 260 de 30 de diciembre de 2015;<sup>3</sup> declaró a los diputados de la Asamblea Nacional en desacato, decidiendo, en general, hacia futuro, que “*mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia,*” todos “los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas” son y “*resultan manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica.*”

Unas semanas después, mediante sentencia N° 810 de 21 de septiembre de 2016,<sup>4</sup> la misma Sala Constitucional, al revisar la constitucionalidad del decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016<sup>5</sup>, por el cual el Presidente de la República *declaró* el estado de excepción por emergencia económica, y luego de declararse sobre la “constitucionalidad” de dicho Decreto por supuestamente haber sido dictado “en cumplimiento de los parámetros que prevé el Texto Constitucional, la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción y demás instrumentos jurídicos aplicables, preservando los Derechos Humanos y en protección del Texto Fundamental, el Estado, sus Instituciones y el Pueblo;” procedió de paso, sin que ello fuera el *thema decidendum*, a “reiterar” lo que había declarado en la antes mencionada sentencia N° 808 del 02 de septiembre de 2016, en el sentido de que la Asamblea Nacional en Venezuela no podía adoptar ninguna decisión válida, mientras “se mantenga el desacato” respecto de la indicada sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Es decir, la Sala Constitucional, paralizó totalmente la voluntad popular que representa la Asamblea Nacional, declarando de antemano y hacia futuro que todas las decisiones que pudiera adoptar, fueran leyes o acuerdos de cualquier naturaleza, incluso los actos parlamentarios sin forma de ley, como podrían ser su *interna corporis*, serían “*manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica.*”

En el contexto de esa situación creada exclusivamente por la Sala Constitucional, el Presidente de la República que estaba obligado a someter a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Presupuesto para el año 2017 para su discusión y sanción antes de 15 de octubre de 2016 (arts. 187.5; y 313 Constitución), pues sin ello no podría hacerse gasto alguno (art. 314), se negó a hacer dicha presentación a la Asamblea Nacional. A raíz de ello, el Presidente, primero, amenazó públicamente que haría aprobar la Ley de Presupuesto, al margen de la Constitución, por alguna fantasmagórica asamblea popular,<sup>6</sup> y segundo, ante lo descabellado del planteamiento, decidió acudir ante la Sala Constitucional, como si fuese su órgano de asesoría jurídica, para que le resolviera la situación constitucional que la propia Sala había creado; de lo que resultó que fuera la misma Sala Constitucional la que decidió usurpar las funciones de la Asamblea Nacional, auto atribuyéndose la función de aprobar el Presupuesto así ello hubiese sido solo “para esa oportunidad.”

<sup>3</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146>. HTML

<sup>4</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190408-810-21916-2016-16-0897>. HTML

<sup>5</sup> Véase en *Gaceta Oficial No. 6.256 Extra.* de 13 de septiembre de 2016.

<sup>6</sup> Véase lo declarado por el Vice Presidente Ejecutivo, Aristóbulo Istúriz, desde el 5 de octubre de 2016: “Istúriz dijo que el Presupuesto de 2017 será aprobado en Asamblea Popular”, en *El Norte. El periódico completo*, 5 de octubre de 2016, en <http://www.elnorte.com.ve/isturiz-dijo-que-presupuesto-2017-sera-aprobado-en-asamblea-popular/>

Como lo observó Laura Louza de *Acceso a la Justicia*:

“cuando la Sala Constitucional se nombra a sí misma como la autoridad “competente” para ejercer el control del proceso presupuestario, en sustitución de la AN, viola de manera clara los artículos 136 y 137 de la Constitución que consagran, por una parte, el principio de separación de poderes según el cual cada rama del poder público tiene sus propias funciones; y por la otra, que solo la Constitución y la ley definen las atribuciones del poder público y a estas normas debe sujetarse su ejercicio.”<sup>7</sup>

Bajo esas inconstitucionales premisas, fue que mediante escrito de 3 de octubre de 2016, el Presidente de la República le solicitó a la Sala “de conformidad con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil,” en concordancia con el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,” que procediera a decidir sobre la “ampliación de la decisión N° 810, dictada por esta Sala el 29 de septiembre de 2016,” la cual, como se ha dicho, había declarado la constitucionalidad del Decreto N° 2.452 de Estado de Excepción y Emergencia Económica, y había ratificado la declaración de nulidad de todos los actos del órgano legislativo, mientras se mantuviera el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Una “ampliación” de sentencia es realmente un asunto excepcionalísimo, que sólo es posible aplicar en precisos casos, como excepción al principio que establece el Código de Procedimiento Civil (art. 252), de que “después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, *no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.*”

Ese principio, que es uno de los pilares del sistema judicial, sin embargo, tiene una excepción y es que el Tribunal puede, a solicitud de parte, como lo dice el mismo artículo:

“aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de tres días, después de dictada la sentencia, con tal de que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes en el día de la publicación o en el siguiente.”

Independientemente de los lapsos procesales establecidos, que por lo perentorio pueden considerarse como no razonables,<sup>8</sup> lo importante de la norma es que regula dos supuestos distintos que permiten al juez intervenir en su propia sentencia, una vez dictada, que son la aclaratoria y la ampliación.

<sup>7</sup> Véase, Louza, Laura. “El TSJ usurpa a la AN el control del presupuesto,” en *Acceso a la Justicia. El observatorio venezolano de la justicia*, Caracas 18 de octubre de 2016, en <http://www.accesoalajusticia.org/wp/infojusticia/noticias/el-tsj-usurpa-a-la-an-el-control-del-presupuesto/>

<sup>8</sup> La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 48 del 15 de marzo de 2000, recurriendo a la idea del plazo razonable, consideró necesario “aplicar con preferencia la vigencia de las normas constitucionales sobre el debido proceso relativas al razonamiento de los lapsos con relación a la norma del artículo 252 Código de Procedimiento Civil y, en ejecución de lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución, dispone en forma conducente, con efectos *ex nunc*, que el lapso para oír la solicitud de aclaratoria formulada es igual al lapso de apelación del artículo 298 CPC.” Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/48-150300-99638>. HTM Véase igualmente, sentencia N° 124 de la Sala Político Administrativa del 13 de febrero de 2001, (Caso: *Olimpia Tours and Travel, C.A.*), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00124-130201-11529.htm>. Dicha decisión se cita, también en la sentencia N° 209 de la Sala de Casación Social del 25 de febrero de 2016, (Caso: *Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda*), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/185475-00209-25216-2016-2013-1575.HTML>.

Sobre ésta última, la ampliación, concepto que no se desarrolla en la norma, la doctrina jurisprudencial tradicional en Venezuela la ha considerado siempre como un “complemento conceptual de la sentencia requerido por omisiones de puntos, incluso esenciales, en la disertación y fundamento del fallo o en el dispositivo, siempre que la ampliación no acarree la modificación del fallo.”<sup>9</sup>

Por tanto, la ampliación no significa que se puedan realizar modificaciones de lo establecido en el fallo, sino que son “adiciones o agregados que dejan incólumes los dispositivos ya consignados,” pues “su causa motiva obedece a un *lapsus* o falta en el orden intelectual, en el deber de cargo del magistrado, y su causa final es la de inteligenciar un razonamiento o completar una exigencia legal.”<sup>10</sup> En otras palabras, la “ampliación tiene por objeto complementar la decisión sobre la cual versa el recurso, *añadiendo los aspectos omitidos en ella en razón de un error involuntario del tribunal,*” y en ningún caso “significa que *pueda versar sobre asuntos no planteados en la demanda,* o disminuir o modificar los puntos que han sido objeto de pronunciamiento en la decisión.”<sup>11</sup>

La Sala Constitucional, sin embargo, desvirtuando el significado de la norma, al referirse a la misma afirmó que:

---

<sup>9</sup> Véase Ricardo Henríquez La Roche, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Tomo II, Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas 2009, pág. 267. Así lo expone R. Henríquez La Roche, quien trae a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, de 6 de agosto de 1992, en Oscar Pierre Tapia, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, N° 8-9, Editorial Pierre Tapia, Caracas 1992, pp. 385-386.

<sup>10</sup> Véase sentencia del Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Extensión Territorial Puerto Ordaz, de 22 de noviembre de 2010... <http://bolivar.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/NOVIEMBRE/1928-22-FP11-R-2010-000342-.HTML>. Como también lo ha expresado R. Marcano Rodríguez, que “*La ampliación no supone, como la aclaración, que el fallo sea oscuro, ambiguo o dudoso, sino más bien insuficiente o incompletamente determinativo de las soluciones dadas al problema jurídico planteado con la acción y la excepción (...), la ampliación no es remedio de los vicios congénitos del fallo, sino que, por el contrario, presupone la existencia de una decisión válida, que ha resuelto todos y cada uno de los puntos del litigio de acuerdo con el pro y el contra, pero que, en su dispositivo hay una insuficiencia de generalización, de determinación, de extensión en el modo de fijar el fin y el alcance de algunos o algunos de los puntos debatidos.*” Véase en *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Editorial Bolívar, Caracas, 1942, Tomo III, p. 75-76. Véase igualmente sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2676 del 14 de noviembre de 2001, caso: *VENEVISIÓN* en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/02676-141101-0816.HTM>

<sup>11</sup> Véase Ricardo Henríquez La Roche, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, tomo II, Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas, 2009, p. 267. Véase igualmente sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2676 del 14 de noviembre de 2001, (Caso: *VENEVISIÓN*) en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/02811-271101-14950.HTM>. En el mismo sentido se pronunció la misma Sala Político Administrativa en sentencia N° 570 del 2 de junio de 2004 en la cual sostuvo, respecto de la ampliación, que “dicha figura está prevista con miras a subsanar omisiones de la sentencia pronunciada, corrigiendo la falta de congruencia del fallo con la pretensión o con la defensa en algún punto específico, es decir, es necesario para su procedencia que la sentencia sea insuficiente en cuanto a la resolución del asunto a que se contraen las actuaciones. Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00570-020604-2003-0971.HTM>.

“la aclaratoria tiene por objeto lograr que sea expresada en mejor forma la sentencia, de manera que permita el conocimiento cabal de su contenido, evitando las dudas o los malos entendidos que la lectura de su texto pueda generar, a los fines de la apropiada comprensión integral de la decisión, mientras que la *ampliación persigue resolver un pedimento cuyo análisis se deriva del acto decisorio.*”

Esta afirmación es contraria a lo que es y ha sido siempre la institución de la ampliación de sentencias en Venezuela, la cual *no puede versar sobre asuntos que no fueron planteados inicialmente en la demanda que originó la sentencia*, y pueda pretenderse que se aplica, como erradamente lo indicó la Sala, a asuntos cuyo “*análisis se deriva*” de la sentencia, es decir, a asuntos que no fueron planteados al juez para decidir y que por tanto, nunca pudieron ser incluidos en la sentencia cuya aclaratoria se pide. Es decir, la ampliación solo puede referirse a aspectos que fueron originalmente pedidos en la demanda y que no fueron considerados en la sentencia cuya aclaratoria se pide.

Con esta sentencia de la Sala Constitucional, por tanto, la misma ha inventado una nueva forma inconstitucional de decidir, desvirtuando la institución de la ampliación de sentencias establecida en el Código de Procedimiento Civil, emitiendo decisiones sobre asuntos no planteados anteriormente en el juicio, proceso o procedimiento que originó la sentencia cuya “*ampliación*” se pide, pero sin proceso judicial, es decir, sin garantizar el debido proceso ni el derecho a la defensa, contrariando la garantía judicial prevista en el artículo 49 de la Constitución.

## II. EL PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL EN EL CUAL SE DICTÓ LA SENTENCIA CUYA “AMPLIACIÓN” SE SOLICITÓ Y LA AUSENCIA DE REFERENCIA SOBRE LA APROBACIÓN DE LA LEY DE PRESUPUESTO

La sentencia cuya “*ampliación*” se solicitó, en efecto, fue la sentencia N° 810 del 21 de septiembre de 2016 dictada por la Sala Constitucional, en la cual después de seguirse el procedimiento constitucional respectivo conforme a la competencia que le asigna el artículo 336.6 de la Constitución, , simplemente declaró la constitucionalidad del Decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016 de declaratoria de estado de excepción, de cuyo contenido nada resultaba necesario ampliar, porque nada se había omitido. La Sala, en efecto, en la sentencia decidió sobre lo único que podía decidir, que era sobre la constitucionalidad o no del Decreto.

Sin embargo, la Sala Constitucional , bajo la excusa de dictar una “*aclaratoria*” de dicha sentencia, mediante la mencionada N° 814 de 11 de octubre de 2016,<sup>12</sup> pasó a emitir una nueva sentencia en la cual, sin que ello tuviese relación alguna con la materia decidida en sentencia supuestamente “*aclarada,*” decidió, contrariando la Constitución, sobre asuntos que no fueron considerados en la sentencia, como son las competencias constitucionales para la aprobación de la Ley de Presupuesto y sobre la propia noción de ley en la Constitución. A tal efecto dispuso, por lo que respecta a la Ley de Presupuesto correspondiente a 2017, que:

“el Presidente la República deberá presentar el presupuesto nacional *ante esta máxima instancia de la jurisdicción constitucional*, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente decisión, bajo la forma de *decreto que tendrá rango y fuerza de ley*, la cual ejercerá el control de ese acto del Poder Ejecutivo Nacional, *conforme a lo previsto en el Texto Fundamental*, todo ello en garantía de los principios constitucionales que rigen la materia presupuestaria.

<sup>12</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-20> 16-897. HTML.

4. Que ese *decreto* de presupuesto nacional, *con rango y fuerza de ley*, tendrá vigencia para el ejercicio fiscal 2017, estará sujeto a las normas y principios que rigen la materia y al control constitucional de esta Sala, conforme a lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como parte del sistema de garantías previstos en el Texto Fundamental, sin perjuicio de las atribuciones inherentes al Poder Ciudadano en esta materia.

6. Que en el presente caso *no procede la reconducción presupuestaria* y que, por ende, la *Asamblea Nacional no podrá alterar en ningún momento las partidas presupuestarias* ni pretender obstruir ni incidir en la integridad de las disposiciones establecidas en el correspondiente decreto de presupuesto nacional.”

Esta sentencia, por supuesto, viola abiertamente lo establecido en los artículos 187.6, 311 y 313 de la Constitución que le atribuyen a la Asamblea Nacional la competencia exclusiva para “discutir y aprobar el presupuesto nacional;” lo establecido en el artículo 202 de la Constitución sobre la noción de “ley” en Venezuela como acto emanado de la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador; lo previsto en el mismo artículo 202 de la Constitución, sobre la competencia exclusiva de la Asamblea Nacional para sancionar leyes; y lo previsto en los artículos 203; 236.8 de la Constitución, que establecen la competencia excepcional del Ejecutivo Nacional de poder dictar actos ejecutivos con fuerza y valor de ley, es decir, los “decretos leyes” que pueda dictar por delegación el Presidente en Consejo de Ministros, en ejecución de una ley orgánica de habilitación legislativa; todo lo cual significó la violación del principio democrático conforme al cual sólo los representantes electos del pueblo son los que pueden aprobar el presupuesto nacional.

Los vicios de la sentencia los resumió la Academia Nacional de Economía, en un acertado “Pronunciamiento” publicado el 13 de octubre de 2016,<sup>13</sup> en el cual luego de referirse a la Ley de Presupuesto Nacional como “un elemento central de la política pública para el desarrollo de cualquier país,” que “constituye el principal instrumento para el manejo de la política fiscal de la Nación,” por lo cual “en una sociedad democrática, el Gobierno Central no puede decidir arbitrariamente el nivel y composición de los ingresos y gastos públicos,” y más bien, debe ser presentado por el Ejecutivo para su aprobación por “el órgano constitucional que representa a los venezolanos, vale decir: la Asamblea Nacional,” consideró a la sentencia como un “atentado contra el Orden Constitucional en un área tan relevante para el buen funcionamiento de la economía y de la institucionalidad democrática,” que “impide el cumplimiento de un precepto constitucional fundamental que define nuestro carácter como sociedad democrática.” La Academia dijo, en resumen, que:

“El Poder Legislativo encarna la pluralidad necesaria para asegurar que las prioridades recogidas en la estructura del presupuesto respondan a las necesidades del país, conforme a la diversidad de enfoques y perspectivas, ahí expresadas. Además, el Poder Legislativo realiza su función contralora al Gobierno y del cumplimiento de sus compromisos. A esta función contralora se suma el derecho de la ciudadanía a la realización de contraloría social, a quien en última instancia se debe responder por el uso de los fondos públicos.

Debemos insistir, los ingresos previstos en la Ley de Presupuesto Nacional no son sino los tributos impuestos a las personas naturales y jurídicas por sus actividades económicas.

<sup>13</sup> Véase en <http://www.ance.org.ve/>

En ejercicio de su soberanía, consagrada en el artículo 5 de la Carta Magna, es la misma sociedad la que debe decidir, a través de sus órganos de representación, cómo financiar la provisión de los bienes y servicios que el Gobierno Central debe proveerle con el objeto de garantizar y mejorar el nivel del bienestar social.”<sup>14</sup>

Evidentemente que estos temas no fueron considerados por la Sala Constitucional en la sentencia N° 810 del 21 de septiembre de 2016 cuya “ampliación” se solicitó violando el Código de Procedimiento Civil, para poder haberse pretendido obtener alguna “ampliación” de esta última originando la sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016, razón por la cual la misma, al no “ampliar” nada de lo resuelto en aquella, no es más que una sentencia nueva, dictada en forma inconstitucional por el Juez Constitucional, sin proceso alguno, es decir, sin respetar instrumento alguno para la realización de la justicia como lo exige la Constitución (art. 257); dictada, además, de oficio, sin que nadie se lo pidiera a la sala, violando el principio dispositivo que rige en materia de justicia constitucional; y todo en violación absoluta de la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa (artículo 49 de la misma Constitución), al no haberse asegurado la participación en juicio de los representantes de la propia Asamblea Nacional, cuyas funciones constitucionales cercenó.

### III. LA INCONSTITUCIONAL “AMPLIACIÓN” DE UNA SENTENCIA PARA INTERPRETAR LA CONSTITUCIÓN MEDIANTE UN NUEVO PROCEDIMIENTO Y UNA NUEVA “SENTENCIA”

La Sala Constitucional, para cometer esta aberración jurídica, comenzó “entresacando” de entre los “Considerandos” del Decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016, declarativo del estado de emergencia, que la misma había declarado “constitucional” en la sentencia N° 810 de 11 de octubre de 2016, el “Considerando” que hacía referencia a la declaratoria de la Sala “sobre la invalidez, inexistencia e ineficacia jurídica de todos los actos y actuaciones dictados por la Asamblea Nacional, por encontrarse este órgano legislativo en desacato y en flagrante violación del orden público constitucional;” para luego pasar a constatar, de noticias de prensa, lo que calificó como un hecho “notoriamente comunicacional,” que fue el pronunciamiento realizado por la Asamblea Nacional el 20 de septiembre de 2016, rechazando el mencionado Decreto N° 2452 de 13 de septiembre de 2016 sobre estado de excepción;<sup>15</sup> pronunciamiento que la Sala, de entrada, sentenció declarándolo como “absolutamente nulo, de conformidad con la sentencia 808/2016, ya mencionada.” A esa decisión, le siguió el “Acuerdo sobre el rescate de la democracia y la Constitución” de la Asamblea Nacional de 13 de octubre de 2016, en el cual resolvió

“Desconocer, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7 y 333 de la Constitución, la autoridad y vigencia de los actos del Poder Ejecutivo y de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, que contraríen los valores, principios y garantías democráticos y lesionen los derechos fundamentales.”<sup>16</sup>

<sup>14</sup> *Ídem.*

<sup>15</sup> Véase en <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticia/show/id/16338>.

<sup>16</sup> En dicho Acuerdo, la Asamblea Nacional expresó además, con toda claridad: “Que no hay democracia sin la vigencia efectiva de un texto constitucional que ordene de acuerdo a la justicia, el ejercicio de los poderes públicos, así como las relaciones del poder público con los ciudadanos;” que no hay democracia sin respeto de los derechos humanos, que el ejercicio de los derechos humanos es irrenunciable y que los órganos del Poder Público están obligados a velar por su efectiva vigencia;” y que “Que no hay democracia sin voto y que el ejercicio del voto es el cauce democrático para exigir a las autoridades del Poder Público el cumplimiento de sus funciones en be-

La Sala, así, violando la Constitución sin proceso constitucional de nulidad alguno, de oficio declaró la nulidad de un acto parlamentario sin forma de Ley, lo que solo puede ocurrir conforme al proceso de anulación regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 336 de la Constitución. Es decir, con esta decisión, la Sala Constitucional incurrió en una inconstitucionalidad adicional al violar los principios más elementales de la justicia constitucional, mediante dicha declaración de oficio, sin que nadie se lo hubiese solicitado, y violando el derecho a la defensa y el debido proceso, un acto parlamentario sin forma de ley dictado por la Asamblea Nacional como fue el mencionado Acuerdo de la Asamblea Nacional.

Luego de glosar el contenido del articulado del Decreto de estado de excepción, y transcribir párrafos de múltiples sentencias anteriores de la Sala en las cuales ya había declarado la “constitucionalidad” de varios decretos de excepción anteriores, pasó la Sala a constatar que la solicitud de “ampliación” formulada por el Presidente se circunscribía a “las condiciones de presentación y aprobación del Presupuesto de la República,” ante la Asamblea Nacional, pues en virtud de la declaración judicial de que sus actos se consideraban “nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica,” entonces el Poder Ejecutivo no podría presentar el Presupuesto ante la Asamblea “debido a la situación irregular en que se encuentra ese órgano legislativo.”

De todo ello, el Presidente de la República en realidad no pidió “aclaratoria” alguna sobre supuestas omisiones de puntos en la disertación y fundamento de la sentencia anterior, o de algún *lapsus* o falta en la misma, de manera que la Sala pudiese completar la decisión añadiendo los aspectos omitidos en ella en razón de algún error involuntario de la misma, sino como se indica en la propia sentencia, lo que solicitó en realidad fue que la Sala Constitucional “interpretara”:

“sobre la factibilidad de que fundamentado en el Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica N° 2.4.52, publicado en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 6.256 de fecha 13 de septiembre de 2016, se pueda decretar el Presupuesto de la República y normativa excepcional para la asignación de recursos presupuestarios, los límites máximos de autorizaciones para gastar, la distribución de los egresos y las operaciones de financiamiento, que regirán para el ejercicio económico financiero 2017.”

---

neficio de los ciudadanos, así como el medio para garantizar la paz y que los cambios políticos anhelados por la ciudadanía se alcancen pacífica y cívicamente.” Véase el texto en [http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc\\_e1f2b1e2f50dc2e598d87dbf11d989a2f560e4d5.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_e1f2b1e2f50dc2e598d87dbf11d989a2f560e4d5.pdf). Dicho Acuerdo, a juicio de Antonio Sánchez García, “constituye una auténtica declaración de guerra a la dictadura. La primera –y última– tras diecisiete años de humillaciones, de abusos, de atropellos, de fraudes y crímenes e iniquidades sin nombre. [...]. Estamos ante un documento de alta valoración histórica que establece una tajante línea divisoria en la historia política de la República: un antes y un después del 13 de octubre de 2016. Un decreto que apela a la verdad y a las tradiciones democráticas de Venezuela, reivindica los derechos que le asisten a quienes detentan de iure y de facto el Poder soberano de la Nación y que expresa la voluntad indeclinable de la inmensa mayoría ciudadana de la Nación por restituir el Estado de Derecho y la integridad de la Patria, ultrajada por quienes no han trepidado en traicionar su soberanía, entregarle la disposición sobre nuestros recursos a una tiranía extranjera y usurpar la presidencia de nuestro gobierno a uno de sus agentes. [...]. Es un acto de alta política que honra a nuestra Asamblea, un “no va más”. Irreductible y sin retorno. Llegamos a la encrucijada definitiva de nuestro destino: dictadura o democracia. La soberanía reclama libertad, justicia y democracia. Es la hora de su reconquista.” Véase: Antonio Sánchez García, “La hora final, Declaración de guerra de la Asamblea Nacional a la dictadura,” 17 de octubre de 2016, en [http://www.twitlon-ger.com/show/n\\_1sp74lo](http://www.twitlon-ger.com/show/n_1sp74lo) y en <http://noticiasvenezuela.org/2016/10/18/la-hora-final-declaracion-de-guerra-de-la-asamblea-na-cional-a-la-dicta-dura/>.

No hubo por tanto en la solicitud del Presidente, requerimiento alguno de “ampliación” de la sentencia N° 816 de 29 de septiembre de 2016, habiéndose reducido la solicitud misma a la formulación de una de interpretación constitucional nueva que nada tenía relación con la sentencia de declaratoria de constitucionalidad de un Decreto de estado de excepción.

Sin embargo, la Sala consideró que el Presidente solicitante, quien supuestamente conocía “a cabalidad el contenido y alcance de la decisión,” no pretendía “aclaratoria” alguna, sino que supuestamente se “ampliase” el análisis desarrollado por la Sala, en cuanto a la declaratoria de la nulidad de todos los actos de la Asamblea, lo que implicaba “la imposibilidad jurídica de someter el presupuesto 2017 a la aprobación del órgano legislativo nacional,” lo cual obviamente no encajaba dentro de la posibilidad de “ampliación,” pues ello no se había discutido ni mencionado, ni se planteó en el procedimiento que originó la sentencia.

#### IV. UN NUEVO “INVENTO” INCONSTITUCIONAL DE LA “JUSTICIA CONSTITUCIONAL” IMPARTIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL: EL SUPUESTO CONTROL “INNOMINADO” DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Olvidándose entonces de que lo que se le había solicitado era una supuesta “ampliación” de la sentencia N° 810 de 11 de octubre de 2016, la Sala Constitucional pasó a decidir una especie de solicitud de interpretación, considerando que la “interpretación y aplicación es una de las funciones principales de la jurisdicción constitucional,” para lo cual comentó los diversos artículos constitucionales que regulan tanto la Jurisdicción Constitucional en Venezuela, como aquellos relacionados con el tema de la aprobación del Presupuesto en el marco de la Hacienda Pública, y los artículos de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, y en particular los que regulan la competencia del Presidente de la República para dictar medidas, entre ellas, las “*de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos*”.

De estas normas queda claro que corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional, la elaboración del presupuesto nacional (además de las otras atribuciones constitucionales, inclusive, en materia de régimen de excepción), y que, a su vez, corresponde en exclusividad a la Asamblea Nacional” discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público” (art. 187.6).

Y entonces, sin embargo, teniendo como base en esas claras atribuciones constitucionales, y sin considerar la voluntad manifiesta de la Asamblea Nacional de querer funcionar y ejercer sus atribuciones constitucionales, que la propia Sala le fue cercenando durante todo el año 2016, lo que constató la Sala Constitucional fue que la solicitud de “ampliación” aun cuando improcedente, lo que evidenciaba era, en cambio, “la voluntad manifiesta del Presidente de la República de cumplir las fases constitucionales para la aprobación del presupuesto nacional” para 2017. La Sala, además, consideró que presentar el proyecto de Ley “ante un órgano que actualmente está al margen de la Constitución en razón del desacato en el que se encuentra frente a decisiones de este alto tribunal” acarrearía “consecuencias Jurídicas” pues la propia Sala ya había declarado que todas las actuaciones de la asamblea Nacional carecían de validez y eficacia por inconstitucionales.” (*Lo declaró en sentencia N° 808 del 2 de septiembre de 2016 y lo reiteró en el fallo objeto de la “ampliación”*); circunstancias estas que según la Sala le exigieron proceder a ejercer un denominado e inexistente “*control innominado de la constitucionalidad*” para determinar “la solución de esa situación, en tutela del sistema constitucional.”

Por supuesto, esto es absolutamente inconstitucional. No existe ni puede existir un “control *innominado* de constitucionalidad,” pues la Jurisdicción Constitucional en Venezuela, como todos los órganos constitucionales, solo puede ejercer las competencias establecidas expresamente en la Constitución (art. 336). La Sala Constitucional, ante todo, está sujeta a la Constitución, y no puede “inventarse” competencias que la Constitución no establece, usurpando el poder constituyente.<sup>17</sup>

Y eso fue lo que hizo la Sala Constitucional, después de que había sido la propia Sala Constitucional la que había sucesivamente ahogado a la Asamblea Nacional, violando el deber que tenía de honrar los postulados de separación de poderes, de equilibrio entre los Poderes Públicos, de garantía de los derechos fundamentales y del orden constitucional, afectando gravemente el funcionamiento del Estado.

Sin embargo, insólitamente y con todo cinismo, la Sala Constitucional, para usurpar las funciones de la Asamblea Nacional, lo que argumentó fue, como si nadie supiera lo que ha estado ocurriendo en el país por obra de la dictadura judicial<sup>18</sup> que ha impuesto, que:

“frente a la imperiosa necesidad de cumplir una fase del proceso de formación jurídica del presupuesto nacional, ante el deber de honrar los postulados de separación y equilibrio entre los poderes que conforman el Poder Público y con el propósito de mantener el funcionamiento del Estado, la garantía de los derechos fundamentales y el orden constitucional, esta Sala, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, *declara que en esta oportunidad el Presidente la República deberá presentar el presupuesto nacional ante esta máxima instancia de la jurisdicción constitucional, bajo la forma de decreto, la cual ejercerá el control de ese acto del Poder Ejecutivo Nacional*, conforme a lo previsto en el Texto Fundamental, todo ello en garantía de los principios constitucionales que rigen la materia presupuestaria.”

Es decir, la Sala Constitucional, en lugar de buscar la “solución constitucional” al problema que ella misma había originado, en la propia Constitución, reconociendo la representación popular de la Asamblea Nacional y las competencias que tiene, decidiendo que “en esta oportunidad,” en lugar de que el proyecto de Ley de Presupuesto se presentara por el Presidente ante la Asamblea Nacional, la cual incluso podía haberlo aprobado sin la participación en la votación de los diputados por el Estado Amazonas, simplemente, en lugar de ello, violando abiertamente la Constitución, lo que resolvió fue: *primero*, liberar inconstitucionalmente al Presidente de la República de su obligación de presentar el proyecto de Ley de Presu-

<sup>17</sup> Véase lo expuesto en Brewer-Carías, Allan R. *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 179-182. Por ello, con razón, José Ignacio Hernández expresó que en este caso, la Sala Constitucional se “inventó” una competencia que no tiene, agregando que: “no hay en la Constitución ninguna norma que atribuya a la Sala Constitucional la competencia para aprobar el presupuesto. Todo lo contrario: la Constitución es clara cuando señala que el presupuesto se aprueba mediante Ley, y sólo la Asamblea Nacional puede dictar leyes.” Véase en “¿Qué significa que la Sala Constitucional y no la Asamblea Nacional apruebe el presupuesto 2017?,” en *Prodavinci*, Caracas, 12 de octubre de 2016, en <http://prodavinci.com/blogs/que-significa-que-la-sala-constitucional-y-no-la-asamblea-nacional-apruebe-el-presupuesto-2017/>

<sup>18</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. *Dictadura Judicial y pervisión del Estado de derecho*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2016; “La Corrupción del Estado de Derecho y la “Dictadura Judicial”, de Brewer-Carías, Allan R. p. 4-9, disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab241efb849fea2/Content/1,%201,%201127.%20Brewer.%20La%20corrupci%C3%B3n%20del%20Estado%20de%20derecho%20y%20la%20dictadura%20judicial%20.%20Guanajuato%202016.pdf>.

puesto ante la Asamblea Nacional; *segundo*, auto-atribuirse como Juez Constitucional, usurpando la potestad de la Asamblea Nacional, la competencia para discutir y aprobar el presupuesto nacional, ignorando así que sus competencias solo pueden ser las establecidas en la Constitución; *tercero*, cambiar la naturaleza constitucional del acto de aprobación del presupuesto que es única y exclusivamente mediante ley de la Asamblea Nacional, autorizando, al margen de la Constitución, que el Presupuesto para 2017 se adoptase mediante un decreto, que son los actos del Presidente de la República; y *cuanto*, también violando la Constitución, otorgar a dicho decreto, la jerarquía de decreto con “rango y fuerza de Ley”, es decir, de un decreto ley, cuando estos solo son los dictados mediante el ejercicio de competencias legislativas delegadas mediante Ley Habilitante (art. 103), o los decretos de Estados de excepción que nunca pueden ser dictados usurpando competencias constitucionales de otros órganos del Poder Público.

El “fundamento” para asignarle al decreto sui generis e inconstitucional del Presidente contenido de la Ley de Presupuesto el rango y valor de ley que esgrimió la Sala Constitucional, fue el artículo 2.2 del Decreto N° 2.452, de 13 de septiembre de 2016, declarativo del estado de Excepción que estableció entre las “medidas” que podía adoptar el Presidente, la siguiente:

“Decretar normativa excepcional para la asignación de recursos presupuestarios, los límites máximos de autorizaciones para gastar, la distribución de los egresos y las operaciones de financiamiento, sin compensaciones entre sí, que regirán para el ejercicio económico financiero 2017, si por situaciones de hecho o impedimentos jurídicos resultare imposible tramitar el Presupuesto 2017 oportunamente, con el objeto de evitar daños irreparables al Patrimonio Público, a los venezolanos y venezolanas, así como garantizar el adecuado funcionamiento de los órganos y entes públicos.”

La norma invocada, por supuesto, era en sí misma inconstitucional, pues con ella se dejó abierta la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional, se atribuyera a sí mismo la función de aprobación del presupuesto, ignorando que un estado de excepción no puede significar, de acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, la interrupción del “funcionamiento de los órganos del Poder Público.”

La Sala continuó considerando que los “decretos” que el Presidente de la república dicte sucesivamente en “ejecución” de su propio decreto de excepción, son “actos normativos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, “lo que es falso, pues esa categoría solo la tiene el decreto de estado de excepción que es el sujeto a control político y judicial<sup>19</sup> y no los sucesivos decretos que se dictan con otras medidas que no se someten a dichos controles.

Es decir, los decretos que tienen rango y valor de ley, conforme al artículo 22 de la ley Orgánica de los Estados de excepción, son los decretos que declaren tales estados de excepción, y en forma alguna los decretos “en ejecución” del mismo como lo ha dispuesto la Sala Constitucional contrariando lo que la Constitución y la ley Orgánica de Estados de excepción establece.

Es falso, por tanto, como lo afirmó la Sala que el usurpador “decreto de ley de presupuesto” que autorizó a fuese dictado, “por su contenido, naturaleza y alcance, y, además, por ser un acto en ejercicio de la potestad contenida en el referido artículo 2.4 del Decreto N°

<sup>19</sup> Véase Sentencia N° 07 de la Sala Constitucional del 11 de febrero de 2016, (Caso: *Hernán Toro, Norcy Álvarez y otros*), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>

2.452 de Estado de Excepción y Emergencia Económica, de fecha 13 de septiembre de 2016, cuya constitucionalidad declaró la Sala en la sentencia objeto de “ampliación,” tendría igualmente “rango y fuerza de ley.”

Luego de estas afirmaciones, la Sala pasó a referirse a las normas constitucionales de los artículos 311, 312, 314 y 315, que regulan el proceso presupuestario a través de la ley de Presupuesto, indicando que las mismas también “regirán tal decreto con rango y fuerza de ley de presupuesto nacional,” destacando en especial el artículo 313 de la Constitucional, que establece que:

*“Artículo 313.* La administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley. El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional, en la oportunidad que señale la ley orgánica, el proyecto de Ley de Presupuesto. Si el Poder Ejecutivo, por cualquier causa, no hubiese presentado a la Asamblea Nacional el proyecto de ley de presupuesto dentro del plazo establecido legalmente, o el mismo fuere rechazado por ésta, seguirá vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso.

La Asamblea Nacional podrá alterar las partidas presupuestarias, pero no autorizará medidas que conduzcan a la disminución de los ingresos públicos ni gastos que excedan el monto de las estimaciones de ingresos del proyecto de Ley de Presupuesto.

Con la presentación del marco plurianual del presupuesto, la ley especial de endeudamiento y el presupuesto anual, el Ejecutivo Nacional hará explícitos los objetivos de largo plazo para la política fiscal, y explicar cómo dichos objetivos serán logrados, de acuerdo con los principios de responsabilidad y equilibrio fiscal”.

Sin embargo, frente a esa norma constitucional, la Sala Constitucional, simplemente procedió a “suspender” sus efectos, respecto de lo que venía de decidir inconstitucionalmente, constatando que era “evidente” después de la inconstitucionalidad que venía de cometer, que lo decidido no se subsumía.

“en ninguno de los supuestos señalados en esa norma, pues no se trata de que el Ejecutivo Nacional no hubiese presentado a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Presupuesto dentro del lapso establecido legalmente, ni tampoco que el mismo fuere rechazado por ésta; casos en los que “*seguirá vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso*” (reconducción presupuestaria) y “*la Asamblea Nacional podrá alterar las partidas presupuestarias, pero no autorizará medidas que conduzcan a la disminución de los ingresos públicos ni gastos que excedan el monto de las estimaciones de ingresos del proyecto de Ley de Presupuesto.*”

En consecuencia, de la inconstitucionalidad cometida por la Sala Constitucional, la misma Sala concluyó que como en la Constitución no se previó el supuesto de que la propia Sala Constitucional paralizara a la Asamblea nacional y declarase nulos sus actos futuros, entonces ello, supuestamente:

“no acarrea en este caso la consecuencia de la reconducción presupuestaria ni, lógicamente, la posibilidad de que la Asamblea Nacional pueda alterar las partidas presupuestarias en momento alguno, no sólo por la comprensible ausencia de regulación de una actuación tan particular, sino porque la responsabilidad de la no presentación del proyecto de ley de presupuesto no es atribuible al Ejecutivo Nacional, como ya se evidenció, sino a la antijurídica actuación de la mayoría de diputados que actualmente conforman la Asamblea Nacional, los cuales han resuelto volver a desconocer el orden constitucional, como lo hicieron el 6 de enero del presente año, cuando incurrieron en el primer desacato, que cesó pocos días después por el reconocimiento y la decisión voluntaria de los mismos.”

Allí se olvidó la Sala mencionar, sin embargo, que, en realidad, la verdadera razón para impedir que el Presidente presentase el proyecto de Ley de Presupuesto ante la Asamblea, no había sido el supuesto desacato de ésta de decisiones judiciales, sino las sentencias de la propia Sala declarando nulas y sin ningún valor todas las actuaciones pasadas y futuras de la Sala Constitucional.

La sala, sin embargo, ignorando esa realidad, procedió, sin más, a suspender los efectos de la propia Constitución, afirmando que lo expuesto en la misma no podía aplicarse para el ejercicio fiscal 2017 y como lo dice la Constitución, siguiera:

“vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso, sino que estará vigente el decreto de presupuesto nacional del Presidente de la República; el cual, como se indicó, deberá ser presentado a esta Sala Constitucional, dadas las circunstancias excepcionales ya descritas.”

Esta suspensión de la Constitución condujo finalmente a la Sala a disponer que el “decreto de presupuesto nacional” estaría por tanto sujeto “a las normas y principios que rigen la materia y *al control constitucional de esta Sala*, conforme a lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 336 de la Constitución”; y que, conforme a ello,

“la Asamblea Nacional no podrá alterar en ningún momento las partidas presupuestarias ni pretender obstruir ni incidir en la integridad de las disposiciones establecidas en el correspondiente decreto de presupuesto nacional, como medida de protección de la integridad constitucional, del funcionamiento del Estado y de los derechos fundamentales.”

De todo este desaguisado constitucional, la Sala insistió en reafirmar la “suspensión” de los efectos de la Constitución en la materia, al decidir que:

“actualmente el Presidente de la República está constitucionalmente relevado de presentar el presupuesto nacional ante la Asamblea Nacional, así como de cualquier otro pretendido control político que ejerza ese órgano legislativo, mientras dure el desacato que voluntariamente mantiene la mayoría de diputados que actualmente integran el mismo respecto del orden constitucional y, concretamente, de varias decisiones dictadas por este máximo tribunal de la República, que lo ubica al margen del orden constitucional y que pudiera generar responsabilidad tanto para los diputados en desacato como para quienes cohonesten o participen en ese desacato.”

Situación que, además, como también lo decidió la Sala, duraría, “mientras dure la vigencia del decreto con rango y fuerza de ley de presupuesto nacional,” es decir, durante todo el año 2017, incluso “aun cuando la Asamblea Nacional regresare al cauce constitucional,” en cuyo caso sus decisiones la Sala consideró hacia futuro, que

“carecerán de validez y existencia jurídica alguna, por ser extemporáneas, toda vez que, como ha podido apreciarse, existen normas jurídicas que establecen lapsos preclusivos respecto de esta materia regida por un instrumento jurídico temporal, pues está destinado a regir durante un año.”

Y así la Sala Constitucional declaró “resuelta la presente solicitud de ampliación de la sentencia N° 810 del 21 de septiembre de 2016”, procediendo a disponer que el “Presidente la República deberá presentar el presupuesto nacional ante esta máxima instancia de la jurisdicción constitucional, bajo la forma de decreto, dentro de los cinco (5) días siguientes

a la notificación de la presente decisión,” lo cual el Presidente hizo efectivamente el día 14 de octubre de 2016 tal y como fue bien publicitado.<sup>20</sup>

V. EL NUEVO ASALTO A LA CONSTITUCIÓN PERPETRADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL CHANTAJE INICIADO POR EL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN RELACIÓN CON LAS ENTIDADES POLÍTICAS DESCENTRALIZADAS (ESTADOS Y MUNICIPIOS)

Con esta decisión los venezolanos fuimos testigos de un nuevo “asalto a la Constitución,”<sup>21</sup> o un “golpe de Estado” que se ha dado “no sólo contra la institucionalidad legislativa, sino que además disuelve el Estado en su concepción democrática, porque inhabilita las funciones de un poder público electo por mayoría popular,”<sup>22</sup> con lo que materialmente se ha incinerado a la Asamblea Nacional.

Tal como lo advirtieron los Colegios de Abogados del país:

“se centralizó en el Ejecutivo la elaboración y ejecución del presupuesto nacional sin posibilidad de control parlamentario; cuando tales competencias son exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional, violentando con ello el Principio de Legalidad Presupuestaria que obliga al Presidente, de manera ineludible, a no realizar gasto que no haya sido previsto en Ley. La ejecución de un espurio presupuesto aprobado por la Sala Constitucional en estos términos, constituye una apropiación criminal de los fondos públicos.”<sup>23</sup>

De acuerdo con el artículo 312 de la Constitución “el Estado no puede reconocer obligaciones que las contraídas por órganos legítimos del Poder Nacional, de acuerdo con la ley,” debiendo una “ley especial de endeudamiento anual ser presentada a la Asamblea Nacional conjuntamente con la Ley de Presupuesto,” de manera que “las operaciones de crédito público requieren, para su validez, una ley especial que las autorice.”

En consecuencia, sin la participación de la Asamblea Nacional, con una decisión como la dictada por la Sala Constitucional y con un viciado decreto de presupuesto y de endeudamiento público como el aprobado por la Sala Constitucional en sustitución de la Ley que debió sancionar la Asamblea, ninguna operación de crédito público se podrá hacer en el futuro, todos los pagos que realice el Ejecutivo son inconstitucionales e ilegítimos, y los

<sup>20</sup> Véase notas de prensa del viernes 14 de octubre de 2016, en <http://globovision.com/article/maduro-arriba-al-panteon-nacional> y <http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/economia/presidente-maduro-firma-decreto-presupuesto-nacional-2017/>. El irrito decreto N° 2484 de la Ley de Presupuesto para Ejercicio Económico Financiero 2017 y el Endeudamiento de la nación, se publicó en *Gaceta Oficial* N° 6.265 Extra de 18 de octubre de 2016.

<sup>21</sup> Véase Carlos Canache Mata, “Asalto a la Constitución,” 20 de octubre de 2016, en <http://www.pedromogna.com/carlos-canache-mata-el-asalto-a-la-constitucion/>.

<sup>22</sup> Véase Javier Antonio Vivas Santana, “¡Llegamos al llegadero! Aporrea: El “autogolpe” de Maduro, *Aporrea.com*, 14 de octubre de 2016. El autor agregó que “es evidente que una decisión de este tipo, aunque traten de “adornarla” con aprobaciones de fantasía, genera sendas limitaciones al ejercicio democrático, por no decir que lo anula, porque el golpe no es sólo contra la Asamblea Nacional, sino es contra la pluralidad y el origen del voto. El golpe es contra la expresión popular como garante de los derechos políticos, que son la génesis de los actos políticos y administrativos del poder público.”

<sup>23</sup> Véase “Gremio de abogados se declara en rebeldía ante decisiones inconstitucionales del TSJ, 15 de octubre de 2016, en <http://www.lapa-tilla.com/site/2016/10/15/gremio-de-abogados-se-declara-en-rebeldia-ante-decisiones-inconstitucionales-del-tsj-documento/>

funcionarios que los realicen están sujetos a las sanciones establecidas en la Ley Anti-Corrupción, no pudiendo reconocerse en ningún caso, las obligaciones contraídas por el Ejecutivo Nacional, que a estos efectos del presupuesto, no puede considerarse sino como un órganos ilegítimo.

El Ejecutivo Nacional, sin embargo, buscando en alguna forma tratar de “legitimar” la inconstitucionalidad cometida, lo que por supuesto era imposible, lo quiso hacer mediante un abierto y público chantaje político, pues no otra cosa fue lo que anunció públicamente quien ejerce la Presidencia de la República, al informar públicamente en declaraciones de prensa –por supuesto sin que mediara ningún acto ejecutivo formal que no podría dictar legalmente– que los órganos del Poder Nacional no aportaría los recursos financieros que conforme a la Constitución tienen derecho los Estados y Municipios, si los Gobernadores y Alcaldes de las respectivas entidades políticas no firmaren un “acuerdo de aceptación de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) que avala que el Presupuesto 2017 no sea presentado ante la Asamblea Nacional (AN)” adoptaría “medidas excepcionales contra dichos gobernadores y alcaldes.”<sup>24</sup>

Con razón, los Alcaldes agrupados en la Asociación Nacional de Alcaldes expresaron con razón, después de dejar establecidas cuáles eran sus competencias constitucionales, y las del Poder nacional, que “la exigencia de nuestras firmas como señal de conformidad con la forma de aprobación del Presupuesto Nacional 2017, excede completamente nuestras funciones constitucionales y legales”, no teniendo ninguno de ellos competencia alguna “para con su firma validar o no el procedimiento utilizado,” correspondiéndoles en cambio liderizar el proceso de formulación de los presupuestos en cada uno de los municipios “mediante los proyectos de ordenanzas municipales contentivos de los presupuestos municipales que contemplan los ingresos derivados del situado constitucional conforme nos ha notificado la ONAPRE que fue incluido en el Presupuesto Nacional 2017.” Concluyeron los Alcaldes, con toda razón, en resumen, que:

“nunca antes se nos ha exigido que suscribamos o avalemos la Ley que contiene el Presupuesto Nacional. Hacerlo extralimita nuestras atribuciones y competencias porque pertenecemos a un poder público distinto al que tiene las competencias constitucionales para formular y aprobar el Presupuesto Nacional. Por estas razones no firmaremos el aval solicitado al Presupuesto Nacional 2017.”<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Véase “**Maduro amenazó a gobernadores y alcaldes que no avalen el Presupuesto 2017,**” en *El Nacional*, Caracas 18 de octubre de 2016, en [http://www.el-nacional.com/politica/Maduro-gobernadores-alcaldes-sentencia-TSJ\\_0\\_941906041.html](http://www.el-nacional.com/politica/Maduro-gobernadores-alcaldes-sentencia-TSJ_0_941906041.html).

<sup>25</sup> Véase “**Asociación de Alcaldes de Venezuela no firmará presupuesto 2017,**” en *800 Noticias*, 21 de octubre de 2016, en <http://800noticias.com/asociacion-de-alcaldes-de-venezuela-no-firmara-presupuesto-2017>. Sin embargo, algunos Alcaldes de oposición del Estado Zulia, según se informó en la prensa, se comprometen a “acatar la orden de la Presidencia de la República” y firmaron lo requerido aun cuando expresando que “la firma del mencionado documento no convalida por nuestra parte o avala la legalidad de los procedimientos y decisiones que llevaron a la aprobación del presupuesto nacional.” Véase en “Seis alcaldes opositores venezolanos firmaron presupuesto aprobado por Maduro,” en Agencia EFE, *el Nuevo Herald*, 21 de octubre de 2016, en <http://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/venezuela-es/article109737622.html>.

Pero para el régimen, en realidad, poco importa lo que diga la Constitución, la cual solo la invocan sus representantes cuando la están violando, o cuando de antemano buscan avalar sus actuaciones inconstitucionales, o cuando lo que requieren es cambiarla, mutarla o moldearla para adaptar su texto para satisfacer sus intereses políticos, usando para ello al Juez Constitucional, siempre dispuesto a complacer u a obedecer.

# EL USO DE ARMAS Y SUSTANCIAS TÓXICAS EN EL CONTROL DE LAS MANIFESTACIONES ES INCONSTITUCIONAL, ANTIDEMOCRÁTICO Y ACARREA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS QUE LO ORDENEN O EJECUTEN, A PESAR DE LO QUE DECIDA LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA

María Alejandra Correa Martín  
Profesora de Derecho Administrativo UCV

**Resumen:** *El Tribunal Supremo de Justicia niega la tutela judicial a los manifestantes, avalando el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en las concentraciones y protestas, por considerar que las mismas podrían tornarse violentas, criterio que viola la presunción de inocencia de los manifestantes. Esa lesión constitucional se suma a la ya implícita en las normas que autorizan las armas de fuego y sustancias tóxicas, dictadas con el objeto de amedrentar e impedir el ejercicio del derecho político manifestar pacíficamente.*

**Palabra clave:** *Derecho a manifestar pacíficamente, presunción de inocencia, responsabilidad de los funcionarios públicos que violen derechos fundamentales.*

**Abstract:** *The Supreme Court of justice denied judicial protection to the demonstrators, supporting the use of firearms and toxic substances in demonstrations and protests, assuming that they could turn violent, a criterion that violates the presumption of innocence of the protesters. This constitutional misleading decision adds to the injure already implicit in the rules authorizing firearms and toxic substances, issued in order to intimidate and prevent exercise of the political right to demonstrate peacefully.*

**Key words:** *Right to peacefully demonstrate, presumption of innocence, the responsibility of public officials who violate fundamental rights.*

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 840 de fecha 27/07/2016<sup>1</sup>, declaró improcedente una medida cautelar de amparo constitucional de suspensión de efectos de la Resolución N° 08610, emanada del Ministro del Poder Popular para la Defensa, contentiva de las *Normas sobre la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en funciones de control del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/189351-00840-27716-2016-2015-0086.HTML>.

<sup>2</sup> Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 40.589 de fecha 27/01/2015.

En las motivaciones para decidir, al Sala Político Administrativa sostiene que el derecho a manifestar no es absoluto y que las manifestaciones pacíficas están sujetas a los requisitos y demás determinaciones que establezca la ley.

Argumenta la Sala que, si bien el artículo 68 de la Constitución prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de las manifestaciones pacíficas, también se prevé que la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público estará regulada por la ley.

Concluye que está prohibido el uso de armas de fuego para el control de manifestaciones pacíficas, más no así en aquellas que resulten o se tornen violentas, porque es una obligación del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 55 del texto fundamental, el proteger al resto de los ciudadanos que no participan en las manifestaciones que se tornan violentas, frente a situaciones que constituyan amenaza o riesgo para su integridad física, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.

Invoca la decisión el fallo precedente de la Sala Constitucional N° 276 de fecha 24/4/2014<sup>3</sup>, en la cual se habría precisado que la segunda parte del artículo 68 de la Constitución establece la obligación de los cuerpos policiales y de seguridad encargados del orden público de respetar los derechos humanos, *evitando* el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas.

Sostiene que dentro de las finalidades de la resolución impugnada figura precisamente la protección de los derechos humanos de quienes participan en las reuniones públicas y manifestaciones; así como de las demás personas y de la sociedad en general, mediante el establecimiento de principios, directrices y procedimientos uniformes sobre la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana para garantizar el orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones y manifestaciones públicas a través del uso progresivo y diferenciado de la fuerza, cuando la situación lo amerite, de acuerdo a lo establecido por la normativa nacional e internacional en materia de derechos humanos.

En relación al alegato de violación al derecho a la vida y a la integridad personal y a la libre expresión de las ideas, la Sala advierte que en varios artículos de la resolución impugnada se establece que toda actuación debe ser respetuosa de los derechos humanos, especial-

<sup>3</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/163222-276-24414-2014-14-0277.HTML>. En esta sentencia la Sala Constitucional afirmó que, “en acatamiento al contenido regulatorio previsto en la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010, resulta obligatorio para los partidos y/o organizaciones políticas así como para todos los ciudadanos, –cuando estos decidan efectuar reuniones públicas o manifestaciones– agotar el procedimiento administrativo de autorización ante la primera autoridad civil de la jurisdicción correspondiente, para de esta manera poder ejercer cabalmente su derecho constitucional a la manifestación pacífica ... (*omisis*) La autorización emanada de la primera autoridad civil de la jurisdicción de acuerdo a los términos de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, constituye un requisito de carácter legal, cuyo incumplimiento limita de forma absoluta el derecho a la manifestación pacífica, impidiendo así la realización de cualquier tipo de reunión o manifestación. Por lo tanto, cualquier concentración, manifestación o reunión pública que no cuente con el aval previo de la autorización por parte de la respectiva autoridad competente para ello, podrá dar lugar a que los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público a los fines de asegurar el derecho al libre tránsito y otros derechos constitucionales (como por ejemplo, el derecho al acceso a un instituto de salud, derecho a la vida e integridad física), actúen dispersando dichas concentraciones con el uso de los mecanismos más adecuados para ello, en el marco de los dispuesto en la Constitución y el orden jurídico”.

mente el derecho a la vida como bien supremo, así como a la integridad personal y que a objeto de garantizar el respeto de los derechos humanos se prevé expresamente que en el control de manifestaciones actuará personal debidamente adiestrado y capacitado en el tema, dotado de equipos, implementos, armas y accesorios autorizados por los organismos internacionales para el restablecimiento del orden público.

Afirma que, de la revisión preliminar realizada en esta etapa del proceso, la resolución impugnada no estaría dirigida a impedir la libertad de expresión, de manera que todos conservan ese derecho a expresar libremente sus ideas u opiniones por cualquier medio de comunicación y difusión, con las limitaciones establecidas en la Constitución y las leyes.

Varios comentarios merecen la decisión dictada por la Sala Político Administrativa, el primero es la inadvertencia de la exposición de motivos de la Constitución de 1999, en la cual expresamente se hace referencia a la consagración del derecho político a la manifestación política, como consustancial a la vida democrática, y a la inclusión de un nuevo aparte, respecto de la redacción del texto de 1961, consagrando expresamente la prohibición del uso de armas y sustancias tóxicas.

En ese sentido, se lee en la exposición de motivos de la Constitución de 1999:

**“Dadas las trágicas y dramáticas experiencias vividas por los venezolanos en el ejercicio de este derecho a expresar su descontento con el ejercicio de las funciones de gobierno, se incluyen prohibiciones que persiguen limitar la acción represiva de los cuerpos policiales y de seguridad en ese sentido, se consagra la prohibición del uso de armas de fuego y sustancias tóxicas para enfrentar manifestaciones pacíficas”.**

Del párrafo transcrito se desprende de manera inequívoca que la prohibición respecto del uso de las armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de las manifestaciones pacíficas, sí está consagrada de manera absoluta.

No es la primera vez que el Tribunal Supremo de Justicia obvia reconocer valor a la exposición de motivos de la Constitución, como referencia necesaria en la interpretación de sus disposiciones, incluso en otros casos la Sala Constitucional ha llegado a desconocer abiertamente que en el ejercicio de sus competencias –como interprete y garante de la supremacía constitucional– esté vinculada a la intención del Constituyente.

Así, en la Sentencia N° 9 de la Sala Constitucional de fecha 1 de marzo de 2016<sup>4</sup>, se lee lo siguiente:

*“Al respecto, debe reiterarse que la Exposición de Motivos no tiene carácter normativo ni vinculante, pero sí pudiera ser orientador en tanto sea coherente con el fundamento material del Texto Fundamental y con las normas que lo integran. Al respecto, en sentencia 93 del 6 de febrero de 2001, esta Sala asentó lo siguiente: «...la Exposición de Motivos del Texto Fundamental, hace referencia a la potestad revisora extraordinaria que ostenta esta Sala. Sin embargo, antes de analizar lo establecido en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe esta Sala aclarar la naturaleza de ese documento, en el sentido que lo expresado en el mismo se consulta sólo a título referencial e ilustrativo para el análisis de la norma constitucional, ya que él constituye un documento independiente al Texto Constitucional propiamente dicho y, no siendo parte integrante de la Constitución, no posee carácter normativo. No puede entonces fundamentarse en la Exposición de Motivos la justificación jurídica para interpretar una modificación, ampliación o corrección de lo expresado en el Texto Fundamental. No puede igualmente otorgarse un*

<sup>4</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>.

**carácter interpretativo de la Constitución a la Exposición de Motivos cuando la misma Constitución le otorga dicho carácter expresamente a esta Sala.** *La Exposición de Motivos constituye simplemente una expresión de la intención subjetiva del Constituyente, y tiene el único fin de complementar al lector de la norma constitucional en la comprensión de la misma.*

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

Difiero del criterio de la Sala Constitucional, por considerar jurídicamente errado negar la vinculación del intérprete a la exposición de motivos de los textos normativos. En nuestro ordenamiento jurídico la exposición de motivos no puede ser arbitrariamente desecheda o no considerada, como se afirma en la sentencia antes transcrita. A tenor de lo dispuesto en el artículo 4 del Código Civil, "a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio, según la conexión de ellas entre sí y **la intención del legislador**".

La intención del legislador está contenida precisamente en la exposición de motivos del texto normativo.

Por su parte, el artículo 236 de la Constitución, al atribuir la potestad reglamentaria al Presidente de la República, le impone desarrollar la ley "sin alterar su espíritu, propósito y razón". Eso que no se debe alterar en el desarrollo de la regulación no es solamente el articulado de la ley, también deben respetarse los propósitos y la razón o justificación de la ley, aspectos contenidos en la exposición de motivos.

Esas normas, que consagran como referente obligado para el intérprete de los textos legislativos la correspondiente exposición de motivos, son aplicables, *mutatis mutandis*, respecto de la exposición de motivos de la Constitución y evidencia el equívoco en que incurre la Sala Constitucional al afirmar que en su labor interpretativa del texto constitucional podría desechar su exposición de motivos.

Por su parte, la Sala Político Administrativa incurrió en un error de juzgamiento al omitir considerar lo expuesto en la exposición de motivos de la Constitución de 1999, esa omisión condujo a que interpretara erradamente el alcance de la garantía consagrada en el artículo 68 de la Constitución.

De haber indagado cuál había sido la intención del constituyente en la redacción de esa norma, concretamente respecto de la prohibición absoluta del uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de las manifestaciones pacíficas, incluida en el aparte único de ese artículo<sup>5</sup>, precisamente para evitar la acción represiva de los cuerpos de seguridad del Estado, necesariamente habría concluido que la Resolución impugnada viola la Constitución.

La regulación contenida en la Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Defensa es inconstitucional y antidemocrática, en la medida que contraviene la expresa disposi-

<sup>5</sup> El artículo 115 de la Constitución de 1961 se limitaba a consagrar el derecho a la manifestación pacífica, pero debido a que en el pasado el Estado había reprimido a los manifestantes, se incluyó expresamente en la norma constitucional la prohibición del uso de armas de fuego, como garantía al ejercicio del derecho político a expresar el descontento contra el ejercicio del poder por parte de las autoridades del Poder Público.

ción del texto fundamental, además resulta absolutamente innecesaria, porque si una manifestación se tornare violenta, los cuerpos de seguridad del Estado estarían facultados para intervenir en ejercicio de sus competencias para el restablecimiento del orden, aplicando los procedimientos adecuados y proporcionales, conforme a las normas legales vigentes en materia de policía y control del orden público, sin que se justifique la adopción de normas específicas como las contenidas en la Resolución dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa.

El asumir que las manifestaciones pacíficas podrían tornarse violentas –pretendida justificación de la Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Defensa–, viola el derecho a la presunción de inocencia de los ciudadanos que manifiestan pacíficamente para expresar su descontento; la protesta constituye el ejercicio legítimo de derechos fundamentales que no puede ser calificado como intención de alterar el orden público, tampoco debe presumirse violentos a los manifestantes.

El Estado al adoptar una política represiva, como es el despliegue de funcionarios armados, que en la práctica tienen años aplicando y la Resolución impugnada ante la Sala Política Administrativa autoriza abiertamente, criminaliza la protesta, porque anticipa la represión que juzga ameritara aplicar a los manifestantes, incluso antes que éstos hayan iniciado su acto de reunión o protesta.

La amenaza de represión a la protesta pacífica, asumiendo que se tornará violenta, prejuzga sobre la condición no pacífica de la manifestación, violando el derecho a la presunción de inocencia de los manifestantes

Otras observaciones, deben hacerse al contenido de la sentencia, como es el hecho de haber ignorado la Sala Política Administrativa que la regulación contenida en la Resolución ministerial impugnada viola la garantía de la reserva legal consagrada en el aparte único del artículo 68 de la Constitución, conforme al cual solamente mediante ley, podría regularse la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad, regulación que además únicamente podría tener como objetivo el control del orden público.

Llama la atención que en la motivación de la sentencia, se pretende presentar la Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Defensa como un instrumento cuya *finalidad sería proteger los derechos humanos, mediante el establecimiento de principios, directrices y procedimientos uniformes sobre la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, a través del uso progresivo y diferenciado de la fuerza, cuando la situación lo amerite, de acuerdo a lo establecido por la normativa nacional e internacional en materia de derechos humanos*, haciendo ver que se estarían estableciendo parámetros para el ejercicio de una actividad discrecional permitida en la Constitución o la ley, cuando lo cierto, es que el objeto de ese acto de rango sublegal, es autorizar a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana a usar armas de fuego y sustancias tóxicas en las manifestaciones, a pesar de la expresa prohibición constitucional, establecida de manera absoluta en el artículo 68.

La Constitución no consagra discrecionalidad alguna respecto de la calificación de una manifestación o la forma como reprimirla, por el contrario, inequívocamente dispone, sin margen de apreciación alguna por parte de los funcionarios, la prohibición de uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en las manifestaciones pacíficas.

Si la manifestación se tornare violenta y alguna persona incurriera en actos ilícitos, que alteren el orden público o sean susceptibles de ser calificados como delitos, los cuerpos de seguridad del Estado deberán intervenir de conformidad con la ley, de la misma manera que deberían intervenir cada vez que un ciudadano es víctima de la inseguridad y

el hampa, sin que para ello se requiera de un texto normativo como el contenido en la Resolución dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa, por estar regulado en la ley la actuación de los órganos de seguridad ciudadana previstos en el artículo 332 de la Constitución.

Evidentemente ese no es el objetivo que realmente tuvo en mente el autor de esas *Normas sobre la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en funciones de control del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones*, sino el de advertir a los ciudadano que el Estado está dispuesto a usar armas de fuego y sustancias tóxicas, cada vez que pretendan ejercer su derecho a manifestar su descontento por las políticas públicas desarrolladas por las autoridades del Poder Público y esa amenaza cercena los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la manifestación política.

Por otra parte, sorprende la ligereza con que se desestima la denuncia de violación al derecho a la vida y a la integridad personal, sin duda gravemente amenazado por la autorización del uso de armas de fuego en las manifestaciones.

La sentencia comentada obvia analizar las implicaciones de autorizar el uso de las armas de fuego y sustancias tóxicas, se limita a afirmar que en el texto de la Resolución impugnada se prevé la actuación de personal debidamente adiestrado y capacitado en el tema, dotado de equipos, implementos, armas y accesorios autorizados por los organismos internacionales para el restablecimiento del orden público; sin embargo, nada se dice sobre cómo esas menciones de la Resolución garantizarían que la vida y la integridad personal de los manifestantes no estarían amenazadas por el uso de armas de fuego en las manifestaciones.

La Resolución dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa, independientemente de lo que haya dicho la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia constituye un instrumento desproporcionado e inadecuado para garantizar el orden en el desarrollo de las manifestaciones pacíficas.

Esas normas constituyen un instrumento dictatorial de amedrentamiento que, además de prejuzgar sobre la supuesta actuación delictiva de los manifestantes, violando su derecho a la presunción de inocencia, cercena el derecho constitucional a manifestar pacíficamente, a la libre expresión y a la participación política, esenciales para la democracia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en Opinión consultiva emitida en el caso *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OC 5/85, Serie A, N° 5, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 69, ha afirmado:

“La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”<sup>6</sup>.

En relación al caso específico de la represión en las manifestaciones desarrolladas para protestar contra el gobierno en Venezuela, en comunicado de prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 24 de febrero de 2015 manifestó su preocupación por la criminalización de las protestas así:

---

<sup>6</sup> [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf)

“Las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos, organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados mediante normas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, y también mediante la adopción de medidas para garantizar su pleno ejercicio. La Comisión urge al Estado a no criminalizar a los líderes políticos de la oposición y a garantizar la participación de todos los sectores en la vida política de Venezuela y los derechos humanos de quienes se identifican con la oposición al gobierno”.<sup>7</sup> (Subrayados agregados)

Igual consideración se lee en la motivación de la decisión de fecha 20 de marzo de 2015, mediante la cual se acuerda medidas cautelares en el caso del ciudadano Marcos Ponce<sup>8</sup>.

Las normas internacionales no autorizan la represión de las manifestaciones pacíficas que tienen por objeto ejercer la libre expresión de la disidencia política. Los artículos 19 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como los artículos 10 y 11 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y los artículos 13 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica, consagran el derecho a la manifestación pacífica, el cual admite solamente las restricciones necesarias para garantizar la seguridad y el orden público, pero nunca para reprimir el ejercicio de esos derechos.

La última de las normas mencionadas, artículo 15 del Pacto San José de Costa Rica dispone:

“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas en la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

El control de las manifestaciones se justifica únicamente para garantizar el orden, la seguridad y los derechos o libertades de los demás, por lo que las medidas que adopte el Estado deben ser las estrictamente necesarias, adecuadas y proporcionales a ese fin.

Así lo expresó la Corte Europea de Derechos Humanos en la decisión del 26 de abril de 1991 (caso *Ezelin contra Francia*)<sup>9</sup>, en esa decisión se asume que si bien el derecho a mani-

<sup>7</sup> <http://oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/015.asp>.

<sup>8</sup> Véase párrafo 9 de la decisión <http://www.oas.org/es/cidh/decisio/pdf/2015/MC71-15-es.pdf>.

<sup>9</sup> El Juez José María Morenilla Rodríguez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1990-1998), explica las particularidades de ese caso: “se trataba de la sanción disciplinaria impuesta a un abogado participante en una manifestación contra decisiones judiciales de condena de tres independentistas en la isla de Guadalupe en la que realizaron actos injuriosos contra la magistratura, sin la desaprobación del denunciante. El tribunal declaró que el demandante ejercitaba su derecho a participar en una manifestación autorizada y no profirió las amenazas o pintadas que tuvieron lugar durante aquella y estimó que había habido una injerencia en la libertad de reunión pacífica que se pretendía justificar por la “defensa del orden”. El Tribunal declaró la violación del art. 11 del Convenio por estima que la sanción impuesta era desproporcionada con el ejercicio de esa libertad. “La proporcionalidad reclama poner en la balanza los imperativos de los fines enumerados en el art. 11.2 con los de la libre expresión por la palabra, el gesto o el silencio de la opinión de las personas reunidas en la calle o en otros lugares públicos. La búsqueda de un justo equilibrio no debe llevar a desanimar a los abogados, por temor a sanciones disciplinarias, de expresar sus convicciones en tal circunstancia”. (<http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNEDMAIN/LAUNIVERSI>)

festar y expresar opiniones políticas no es absoluto, los límites que la autoridad está legitimada a establecer deben ser proporcionales y adecuados para garantizar la seguridad y el orden, único fin que justificaría las condiciones y límites a las cuales quede sujeta el ejercicio del derecho a manifestar y expresar la protesta, como serían el requerimiento previo de una autorización o el restringir el uso de la vialidad pública.

El uso de las armas de fuego no puede tenerse como adecuado ni proporcional, porque ello solamente puede tener la finalidad de amedrentar e impedir el ejercicio legítimo del derecho a manifestar pacíficamente.

La pretendida justificación del uso de armas, afirmando la amenaza al orden público porque las manifestaciones se podrían tornar violentas, no es más que una criminalización de las protestas, porque parte de la premisa que los ciudadanos manifestantes tienen intenciones de alterar el orden público o cometer actos delictivos.

La amenaza de represión contenida en la Resolución del Ministerio del Poder Popular de la Defensa, así como la materialización de la represión que en la práctica han ejercido cuerpos de policía y seguridad del Estado constituyen una negación del derecho a manifestar, que la Sala Político Administrativa debió censurar y proveer las garantías de goce efectivo de los derechos fundamentales.

La Sentencia comentada, aun cuando constituye una decisión interlocutoria que no prejuzga sobre la definitiva, cercena el derecho a la manifestación pacífica, al negar la vigencia de la garantía consagrada en el aparte único del artículo 68 de la Constitución y muestra, una vez más, la postura poco garantista de los derechos fundamentales del Tribunal Supremo de Justicia.

Lamentablemente la sentencia comentada es otra evidencia del carácter dictatorial del régimen vigente en Venezuela, donde el control judicial de los actos del Ejecutivo Nacional no opera en la práctica.

El régimen ha neutralizado el contrapeso del control judicial. Con la amenaza de reprimir las manifestaciones pacíficas pretende silenciar el control ciudadano, que cada uno tiene derecho a ejercer a través de la protesta pacífica, pero ese es un derecho humano fundamental, inherente a la persona humana cuya vigencia trasciende las interpretaciones del Tribunal Supremo de Justicia. La violación de ese derecho acarrea responsabilidad penal, civil y administrativa de cada funcionario, tanto de aquél que autoriza el uso de las armas contra quien manifiesta pacíficamente, como de aquél que ejecute esa inconstitucional orden, sin que le sirvan de excusas órdenes superiores, como expresamente lo dispone el artículo 25 de la Constitución, responsabilidad que puede ser exigida tanto en el fuero interno como conforme al Derecho Penal Internacional.

# EL INTENTO FALLIDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE EJERCER EL CONTROL POLÍTICO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA INVESTIGANDO LA ACTUACIÓN DE PDVSA, Y SU ANULACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Allan R. Brewer-Carías  
*Director de la Revista*

**Resumen:** *Este comentario se refiere a la sentencia N° 893 de 25 de octubre de 2017, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual, anuló la decisión de la Asamblea Nacional de iniciar una investigación sobre la gestión de la directiva de la empresa pública, Petróleos de Venezuela S.A., impidiendo que pudiera ejercer el control político sobre la Administración Pública.*

**Palabras Clave:** *Asamblea Nacional. Control político; Administración Pública. Control.*

**Abstract:** *This comment refers to decision N° 893 of October 25, 2016, through which the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal annulled the decision of the National Assembly to begin an investigation of the management of a public enterprise (Petróleos de Venezuela S.A.) preventing the Assembly from exercising its powers of political control over the Public Administration.*

**Key words:** *National Assembly. Political control; Public Administration. Control.*

Conforme a sus competencias constitucionales, la Asamblea Nacional inició a través de la Comisión Permanente de Contraloría en fecha 17 de febrero de 2016, una investigación con ocasión de supuestas irregularidades ocurridas en la empresa Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA), durante el periodo comprendido entre los años 2004-2014.

Contra dichas actuaciones el antiguo Presidente de dicha empresa intentó con fecha 28 de septiembre de 2016, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, una demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad, de los actos realizados en el marco de la investigación parlamentaria, solicitando además que se ordene a la Asamblea Nacional “abstenerse de reeditar actuaciones” en su contra; solicitando como medida cautelar innominada “...la suspensión inmediata de los efectos de los actos impugnados.”

Después de declarar su competencia para conocer de la acción de nulidad, en virtud de que se trataba de actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 893 de 25 de octubre de 2016,<sup>1</sup> admitió la demanda, y sin más, procedió a pronunciarse sobre la solicitud cautelar requerida, estimando que existían:

---

<sup>1</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/191316-893-251016-2016-16-0940.HTML>

“elementos que sirven de convicción acerca de las lesiones graves o de difícil reparación que se estarían ocasionando a la empresa Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA) e, incluso, contra la República directamente, además de la posible vulneración en los derechos del accionante de autos, ciudadano Rafael Darío Ramírez Carreño; lo que podría desencadenar una reacción adversa en los procedimientos arbitrales que cursan en la actualidad, en los inversionistas, en todos aquellos países a los cuales puede acudir la República para el intercambio de crédito y, en fin, en los diversos actos relacionados con esta materia que interesan a la Nación, a diversos Estados y a la Región, tomando en cuenta la trascendencia de PDVSA en el orden económico, social y constitucional.”

La Sala igualmente estimó que se encontraba satisfecha la presunción de buen derecho, ya que, supuestamente la gestión de PDVSA, se encontraba monitoreada permanentemente por todos los órganos de control del Estado,” declarando, sin más, procedente la medida cautelar solicitada, por lo que, en consecuencia, decidió que se:

“suspenden los efectos de la investigación abierta e impulsada desde principios del presente año por la Comisión Permanente de Contraloría de la Asamblea Nacional con relación a supuestas irregularidades ocurridas en la empresa Petróleos de Venezuela, S.A. durante el período comprendido entre los años 2004-2014, expediente signado bajo el N° 1648, incluyendo las actuaciones que al respecto desplegó en la misma los días 17 de febrero y 5 y 21 de abril de 2016; así como también de todos los actos derivados de esa o de cualquier otra investigación relacionada con los pretendidos hechos que haya iniciado durante el presente año o que pretenda comenzar la Asamblea Nacional hasta que culmine el proceso adelantado en razón de la presente demanda; sin menoscabo de la nulidad por inconstitucionalidad de los respectivos actos de la Asamblea Nacional, en razón del desacato que mantiene a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, declarada por esta Sala en sentencia N° 808/2016, reiterada en la sentencia N° 810 del mismo año. Así se decide.”

Y así, pura y simplemente se cercenó a la Asamblea Nacional de su potestad de controlar la actuación de órganos de la Administración Pública, como son las empresas del Estado, incluso de la más importante entre todas ellas, como es PDVSA.

# EL INTENTO FALLIDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE EJERCER EL CONTROL POLÍTICO SOBRE EL TEMA DE LA NACIONALIDAD DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Y SU ANULACIÓN POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Allan R. Brewer-Carías

*Director de la Revista*

**Resumen:** *Este comentario jurisprudencial se refiere a la investigación iniciada en la Asamblea Nacional sobre la nacionalidad del Presidente de la República, y la intervención de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 907 de 28 de octubre de 2016 poniendo término a toda discusión en la materia.*

**Palabras Clave:** *Presidente de la República. Condiciones de nacionalidad y ciudadanía.*

**Abstract:** *This comment refers to the intent of the national Assembly to investigate the citizenship of the President of the republic, and the intervention of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal by means of decision N° 907 of October 28, 2016 to end the discussion on the matter.*

**Key words:** *President of the Republic. Citizenship conditions.*

Conforme al artículo 41 de la Constitución, “sólo los venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad,” pueden ejercer el cargo de Presidente de la República, lo que repite el artículo 227, al exigir que “para ser elegido Presidente de la República se requiere ser venezolano o venezolana por nacimiento, no poseer otra nacionalidad.”

El primero de estos requisitos, está precisamente regulado en el artículo 31 de la misma Constitución, al precisar que los venezolanos por nacimiento son, primero, las personas “nacidas en el territorio de la República;” segundo, las personas “nacidas en territorio extranjero,” cuyos padres (ambos) sean venezolanos por nacimiento; tercero, las personas “nacida en territorio extranjero,” si uno de sus progenitores (padre o madre) es venezolano por nacimiento y “siempre que establezca su residencia en el territorio de la República o declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana;” y las personas “nacidas en territorio extranjero,” si uno de los progenitores (padre o madre) es venezolano por naturalización, “siempre que antes de cumplir dieciocho años de edad establezca su residencia en el territorio de la República y antes de cumplir veinticinco años de edad declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.”

Lo segundo deriva del hecho de que como la Constitución admite expresamente que los venezolanos por nacimiento pueden **tener** otras nacionalidades (art. 34), por ser hijos padres extranjeros, que muchas veces se adquiere sin que la persona la haya solicitado, sin embargo,

para poder ejercer el cargo de Presidente de la República, si la persona tiene otra nacionalidad debe formalmente renunciar a la misma.<sup>1</sup>

La obtención de la nacionalidad por nacimiento es siempre una cuestión de hecho, vinculada al lugar donde se nace y a los padres que han procreado a la persona, que deben probarse. Sin prueba no hay posibilidad de determinar la nacionalidad de las personas.

Por ello, para determinar la nacionalidad por nacimiento de una persona conforme a la Constitución, es indispensable probar el lugar de nacimiento, sea de la persona interesada, o de sus padres, y ello, solo puede hacerse como principio general conforme a las normas del derecho civil que establecen el régimen de las personas, es decir, las relativas al Registro Civil, y en particular mediante la presentación del certificado, registro, acta o “partida de nacimiento,” donde queda asentado en forma auténtica los hechos que acreditan la nacionalidad, y que son, el lugar donde se nace y la identidad y nacionalidad de los padres.

En cambio, cuando se trate de determinar que un venezolano por nacimiento que tenga otra nacionalidad, que ha podido haber adquirido aun cuando no la haya solicitado, por la nacionalidad de los padres, y que en un momento dado ya no la tiene, es ese caso ya no se trata de probar hechos como el lugar donde se nace o la nacionalidad de los padres, sino de lo que se trata es de probar que la persona ha manifestado formalmente que ha renunciado a la otra nacionalidad; porque como se dijo, en general la otra nacionalidad no se adquiere por opción o adquisición voluntaria formulada por la persona interesada, sino por circunstancias de hecho como el ser hijo de padres extranjeros cuya nacionalidad se le transmitió al hijo automáticamente.

En esta materia de la nacionalidad, por tanto, estamos en el complejo mundo jurídico de las pruebas, aun cuando ciertamente en este ámbito ese mundo sea el más simple y elemental, pues para probar la nacionalidad que ya se tiene, lo único que debe presentar la persona es la partida o acta de nacimiento. Y para quien tiene doble nacionalidad, probar que ya no tiene una de ellas, lo único que tiene que hacer la persona interesada en presentar formalmente el documento de renuncia a la segunda nacionalidad.

Ese, sin embargo, no pareció ser el mundo de la prueba al que nos ha tenido habituados la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual ante una “acción innominada de control de la constitucionalidad de las normas previstas en los artículos 41 y 227 del Texto Fundamental,” que el Sr. Nicolás Maduro, como Presidente de la República le presentó el 19 de octubre de 2016, –acción que por supuesto no existe en Venezuela–, motivado por el hecho de que algunos ciudadanos habían señalado que él habría incumplido “el requisito constitucional referido a ser venezolano por nacimiento, sin otra nacionalidad;” la Sala Cons-

---

<sup>1</sup> Debo recordar que en los debates en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, al discutirse la Ponencia que presenté como Presidente de la Comisión que redactó todo el Capítulo sobre Nacionalidad y Ciudadanía, sobre esta norma el entonces constituyente Nicolás Maduro, considerando que “establece la exclusividad sobre algunos cargos de interés estratégico, de interés vital de la nación,” propuso cambiarlo “para ampliar la exclusividad sobre los derechos que tenemos los venezolanos,” indicando “para que sea más claro y exclusivo” que el cargo de Presidente solo podían ejercerlo los “venezolanos por nacimiento que no han adquirido la doble nacionalidad –que aprobamos ayer– ni han renunciado a esta, porque pueden haber renunciado y luego, de acuerdo a los mecanismos establecidos, lograr que se les reponga su nacionalidad.” Eso fue en la sesión del 22 de octubre de 1999. Del texto de su intervención puede deducirse que Maduro no tenía dudas de que él mismo era venezolano; pero no de si tenía o no otra nacionalidad.

titucional mediante sentencia N° 907 de 28 de octubre de 2016,<sup>2</sup> en lugar de proceder a devolverle al solicitante su escrito, por impertinente, e indicarle que lo que debía hacer públicamente era mostrar su partida de nacimiento o en su caso, la renuncia formal a otra nacionalidad si la tuvo en algún momento, procedió a entrar a desarrollar un juicio sin proceso ni partes, transformando la acción “innominada” intentada en un “recurso de interpretación,” y así proceder a inventar otra forma de probar la situación de no tener otra nacionalidad solo basándose en el hecho de que las autoridades colombianas le habían informado al solicitante que no tenían información de que fuera colombiano. Ello, sin embargo, no era prueba de que no tuviese otra nacionalidad.

La Sala para decidir, según se dijo en la sentencia, le solicitó al Consejo Nacional Electoral y recibió del mismo, el 21 de octubre de 2016, “copia certificada del acta de nacimiento del ciudadano Nicolás Maduro Moros,” y a la vez recibió el 26 de octubre de 2016, del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería “una tarjeta alfabética con los datos y huellas dactilares del ciudadano venezolano Nicolás Maduro Moros, identificado con la cédula de identidad V-N° 5.892.464.”

Y eso fue todo lo que hizo la Sala para iniciar entonces un juicio de interpretación de la Constitución. ¿De qué? La verdad es que no se sabe, pues nada había que interpretar sino solo decirle al solicitante que mostrara a quien quisiera su partida de nacimiento, y si acaso tenía por razón de sus padres otra nacionalizada, que antes de ocupar todos los cargos públicos que requerían no tener otra nacionalidad, mostrarle en qué forma había renunciado a la misma.

Pero nada de eso ocurrió. La demanda intentada por Nicolás Maduro, que como se dijo, tuvo como único objeto formular ante la Sala Constitucional quejas porque un grupo de ciudadanos, incluidos diputados a la Asamblea Nacional, habían objetado su “condición de venezolano por nacimiento [...], así como el hecho de no tener ni haber solicitado otra nacionalidad distinta de la venezolana,” para lo cual el argumento para reforzar su queja fue que había ejercido sin que nadie lo molestara, todos los cargos públicos imaginables (Diputado al Congreso de la República de Venezuela; Diputado a la Asamblea Nacional; Constituyente de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999; Presidente de la Asamblea Nacional; Canciller de la República; Vicepresidente Ejecutivo de la República; y Presidente de la República), respecto de todos los cuales se “exigía ser venezolano por nacimiento y no poseer otra nacionalidad.” En todos esos casos, –dijo– había desempeñado esos cargos, sin que nadie:

“se hubiere objetado mi incontrovertible nacionalidad venezolana, sin que se hubiere inventado la coexistencia de otra nacionalidad, y, en fin, sin que se hubiere dudado la actuación de los órganos del Estado que intervinieron en verificación.”

La argumentación del solicitante, en todo caso, se centró en preguntarle a la Sala Constitucional respecto al alcance de la norma del artículo 41 de la Constitución sobre la condición de no tener otra nacionalidad, para el caso de que la persona no la hubiera solicitado de cualquier Estado, preguntándole a la Sala si:

¿puede afirmarse que se tiene o posee otra nacionalidad, a la luz de tales normas, aun cuando no se haya aceptado tener esa otra u otras nacionalidades, ni mucho menos habiendo actuado como nacional de algún otro país?

---

<sup>2</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/191597-907-281016-2016-16-1017.HTML>

La pregunta era impertinente porque ello simplemente depende de la nacionalidad de los padres y nada tiene que ver para que la nacionalidad se trasmita por los padres, el que se acepte o se solicite la otra nacionalidad.

Olvidó el Sr. Maduro para formular esta pregunta, lo antes dicho sobre los hechos que dan origen a la nacionalidad y su prueba. Cuando se establece un régimen de la nacionalidad como el que está previsto en la Constitución venezolana, basta que alguien nazca en territorio nacional o que nazca fuera del territorio nacional como hijo de padre y madre venezolanos, para que dicha persona se la considere venezolana por nacimiento, sin que tenga que solicitarle al Estado tener esa nacionalidad.

Así pasa en muchos otros países, siendo ello lo que motivó que el solicitante pretendiera de la Sala que le aclarara “el contenido y alcance” las normas constitucionales.

Para decidir, la Sala Constitucional tuvo que hacer malabarismos jurídicos y poder cambiar una supuesta “acción innominada de control de constitucionalidad” de normas constitucionales, lo cual de por sí es un disparate porque las normas constitucionales no pueden ser inconstitucionales; por una “acción de interpretación constitucional,” resolviendo “*in limine litis*,” sin procedimiento alguno y proceder a emitir “un pronunciamiento que involucre el control de la constitucionalidad respecto de las violaciones a los artículos 41 y 227” de la Constitución por parte de un grupo de ciudadanos, que habrían objetado la “nacionalidad venezolana por nacimiento, sin otra nacionalidad,” del Sr. Maduro, el solicitante. O sea que si alguien dijo que el Sr. Maduro no reunía los requisitos constitucionales de ser venezolano por nacimiento y no tener otra nacionalidad, según el solicitante ello sería una violación de la Constitución. Más disparate.

Y así, a base de disparates, la Sala Constitucional admitió la demanda, declarándose entonces competente para “conocer la “*acción innominada de control de la constitucionalidad*” intentada, considerando que la cuestión planteada era “de mero derecho que atañe al orden constitucional,” que no requería sustanciación, a pesar de que la cuestión de determinar la nacionalidad, como se dijo, es esencialmente una cuestión de hechos y de prueba; y de que como se reseñó en la propia sentencia, como motivación del Sr. Maduro de presentar la “demanda,” se trataba de que unos ciudadanos y diputados habían planteado sus dudas, y al menos por ello debieron ser citados para participar con argumentos en un contradictorio. Pero nada de eso ocurrió, y la Sala sin oír a nadie pasó a “decidir el fondo” del asunto.

Para ello, la Sala comenzó por hacer constar que en el expediente existía una copia del “acta de nacimiento del ciudadano Nicolás Maduro Moros, remitida por el Consejo Nacional Electoral (CNE), signada al dorso con el número 2823,” y también una copia “de la tarjeta alfabética” que le había remitido el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), identificado a Nicolás Maduro Moros, como titular de la “cédula de identidad N° V-5.892.464, y nacido en ciudad de Caracas, “parroquia la Candelaria el 23 de noviembre de 1962;” documentos que la Sala consideró como “fidedignos, legítimos y veraces,” considerando que de ellos “se evidencia de manera indubitada e incontrovertible” que el Sr. Maduro “nació, en efecto, en la ciudad de Caracas-Venezuela, el 23 de noviembre de 1962, con lo cual se demuestra que el referido ciudadano tiene de manera irrefutable la nacionalidad venezolana por nacimiento,” y agregó que del expediente que tenía, pero sin indicar cómo sacó esa conclusión ni porqué, “el mismo no posee otra nacionalidad.”

El acta de nacimiento mencionada y el registro de identidad, indicado, por supuesto que no tienen mención alguna que diga que la persona no tiene otra nacionalidad. Ello no puede aparecer en esos documentos, tratándose, por tanto, de una afirmación sin prueba ni fundamento.

La Sala luego pasó a considerar que como el Sr. Maduro había ejercido diversos cargos públicos que exigían ser venezolano por nacimiento y no poseer otra nacionalidad –independientemente de que reuniera o no los requisitos constitucionales para desempeñarlos–, ello por lo visto bastaba para considerar que conforme a los principios de “presunción de buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica y protección de la Nación,” y porque las “condiciones de elegibilidad fueron verificadas por el Poder Electoral y, en fin, estuvieron bajo el control del Estado en general,” entonces ello exigía que había que presumir que reunía los requisitos. Para el supuesto de que efectivamente no los hubiera reunido, el hecho de ocupar repetidamente cargos públicos sin reunirlos, lo que hubiera evidenciado más bien hubiera sido una conducta fraudulenta, que más bien habría atentado contra la buena fe, la confianza legítima y la seguridad jurídica, y ello no se habría subsanado por el solo transcurso del tiempo, o porque nadie lo hubiera advertido.

La Sala, además, pasó a considerar que en el ordenamiento venezolano “no es legítimo obligar a una persona a tener otra u otras nacionalidades, pues ello sería violatorio, inclusive, a la propia dignidad humana.” Por supuesto que nadie puede ser obligado a tener otra nacionalidad, y si por razón del lugar donde se nace o de la nacionalidad de los padres llega a adquirirla, lo que tiene que hacer la persona es simplemente renunciar a la nacionalidad que no se quiere usar. Y nada más.

La Sala, luego pasó a reducir el “derecho a la nacionalidad,” al “derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació” la persona, recurriendo entonces a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía de 2004, para determinar que son documentos probatorios de la nacionalidad venezolana, no sólo “la partida de nacimiento,” sino la cédula de identidad, la Carta de Naturaleza, el pasaporte, y cualquier otro documento que, a juicio del órgano competente en materia de nacionalidad y ciudadanía, demuestre la nacionalidad venezolana. Y nadie lo duda que es así, pero nada de ello puede ser prueba de que no se tiene otra nacionalidad, de manera que, si se la adquiere por los hechos indicados, la única forma de probar que no se la tiene es mostrando que se renunció a ella.

A contrario, según la Sala, a pesar de lo que digan las Constituciones sobre nacionalidad, la nacionalidad solo se adquiere cuando se solicita u opta por ella, lo no es más que una muestra más de ignorancia. Es decir, para la Sala Constitucional, si la persona nacida en territorio venezolano es además por la nacionalidad de sus padres, nacional de otro país, en contra de todas las normas sobre la materia, incluso las de las Constituciones de los otros países, dicha nacionalidad solo se materializaría si la persona solicita o adquiere la otra nacionalidad.

Luego de dejar sentados estos principios, pasó la Sala a referirse a la “matriz de opinión que ha intentado posicionar un sector de actores políticos, según la cual el Presidente Constitucional de la República, ciudadano Nicolás Maduro Moros, ostenta además nacionalidad colombiana y, en fin, doble nacionalidad,” copiando al efecto declaraciones de periódicos de muchas personas, y haciendo referencia a las comunicaciones de directivos de la Asamblea Nacional dirigidas a altos funcionarios de Colombia, solicitándoles información sobre la nacionalidad del Sr. Maduro.

La Sala Constitucional también hizo referencia a la comunicación del Presidente de la Asamblea Nacional al mismo Nicolás Maduro de 12 de abril de 2016, en la cual le indicó que por comunicaciones que se le habían enviado en las que se sostenía que “habría nacido en territorio venezolano y que su filiación ascendente lo vincularía con la República de Colombia, al menos por la rama materna,” le requerían al Sr. Maduro que enviase a la Asamblea copia de “su partida de nacimiento y la documentación donde se compruebe que no posee doble nacionalidad,” precisando que:

“El mismo Maduro había “en numerosas oportunidades ha expresado públicamente ser venezolano por nacimiento, poseer la correspondiente acta de nacimiento que lo acredita como tal y no poseer otra nacionalidad, pero, extrañamente, no exhibe el instrumento público y de acceso al público que dice poseer ni tampoco demuestra no poseer doble nacionalidad, dando así pábulo a los comentarios extendidos sobre ambos casos que podrían fácilmente ser rebatidos con la exhibición de los documentos públicos mencionados.”<sup>3</sup>

La Sala Constitucional simplemente consideró, sin prueba alguna, que dicha comunicación de la Asamblea Nacional al Presidente de la República, además de “infundada y temeraria,” buscaba un “efecto de carácter político,” de “generar en la opinión pública dudas infundadas” sobre la situación del Presidente, pasando la Sala con ese mismo criterio a transcribir en su sentencia las comunicaciones remitidas a las demás autoridades de Colombia requiriendo la misma información, y a hacer referencia a la comunicación recibida del Director del Servicio Nacional de Inscripción de la Dirección Nacional de Registro Civil de Colombia informando que en el Sistema de Información de Registro Civil de ese país, nada se había encontrado “sobre el registro civil de nacimiento de Maduro Moros Nicolás;” y además, a la comunicación de la Viceministra de Relaciones Exteriores de Colombia en la cual se informó que “no se encontró información relacionada, ni registro civil de nacimiento, ni cédula de ciudadanía que permita inferir que el presidente Nicolás Maduro Moros sea un nacional colombiano.”

Y así, luego de analizar el régimen de la nacionalidad y ciudadanía en las Constituciones de Colombia de 1886 y 1991, conforme al cual son colombianos por nacimiento, además de los nacidos en Colombia, los nacidos en el extranjero de padre y madre colombianos y que luego se domicilien en Colombia; y recordar que la propia Sala Constitucional en sentencia N° 300 del 27 de abril de 2016, había distinguido “la situación de una persona nacional con opción a otras u otras nacionalidades, que no la haya solicitado o adquirido,” de aquél que tenga “otra u otras nacionalidades;” pero sin sacar conclusión alguna de ello, la Sala Constitucional asombrosa y simplemente concluyó su sentencia afirmando pura y simplemente con “carácter vinculante y efectos *erga omnes*” que:

“Nicolás Maduro Moros, es, en efecto, ciudadano venezolano por nacimiento que no posee otra nacionalidad, tal como ha sido ampliamente acreditado a través de documentos oficiales e incontrovertibles expedidos por las máximas autoridades del registro civil venezolano.”

Para hacer esta afirmación de que el Sr. Maduro es “ciudadano venezolano por nacimiento,” la Sala Constitucional se apoyó en la prueba de la partida de nacimiento que le suministró el Consejo Nacional Electoral, pero cuidándose de no hacer referencia alguna a lo largo de su sentencia sobre quienes fueron sus padres y sobre la nacionalidad de los mismos, es decir, si eran venezolanos o colombianos. Esta circunstancia, por supuesto, para el caso de que efectivamente hubiera nacido en Venezuela, nada influía respecto de la primera determinación de la nacionalidad venezolana por nacimiento, pues se apoyaría en lo que observó la Sala de la partida de nacimiento suministrada por el Consejo Nacional Electoral, según la cual el Sr. Maduro habría nacido en Caracas, y así sería venezolano por nacimiento no teniendo importancia para ello, la determinación de la nacionalidad de los padres.

<sup>3</sup> Véase en: [http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc\\_e81c681002e08bf1f07102b50b896a7af9a372b.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_e81c681002e08bf1f07102b50b896a7af9a372b.pdf)

Pero para la segunda determinación de que Nicolás Maduro “no posee otra nacionalidad,” la Sala no podía afirmarlo simplemente, sin que hubiera habido actividad probatoria alguna, excepto solo si los padres de Nicolás Maduro hubiesen sido ambos venezolanos al momento de su nacimiento, porque si había nacido en el territorio venezolano y ambos padres eran venezolanos no había posibilidad de que por el nacimiento adquiriera otra nacionalidad.

Pero la Sala no se preocupó ni le interesó preguntarse sobre la nacionalidad de los padres del Sr. Maduro, ni de indagar si eran venezolanos o colombianos, para determinar si habría adquirido otra nacionalidad a través de ellos, y procedió a afirmar pura y simplemente sin haber argumentado nada al respecto, que el Sr. Maduro no posee otra nacionalidad, solo basado que había nacido en Caracas, lo que no era suficiente. Además, para esa afirmación sin fundamento, la Sala solo se refirió a que el Sr. Maduro había recibido de las autoridades de Colombia información de que no había registro civil de nacimiento, ni cédula de ciudadanía que permitiera considerar que Nicolás Maduro fuera un “nacional colombiano.” Eso, por supuesto, no era prueba de que no poseyera otra nacionalidad.

En realidad, para afirmar eso, la Sala debió haber analizado la nacionalidad de los padres del Sr. Maduro y determinar si eran o no venezolanos, de forma tal que si eran colombianos como se ha informado, la Sala debió determinar entonces mediante prueba que el Sr. Maduro con su familia no había fijado en tiempo alguno domicilio en Colombia, y por tanto, que no había adquirido la nacionalidad colombiana por nacimiento, la cual en esos casos, no se adquiere porque se quiera o no optar a ella o por solicitud, sino por el hecho de ser hijo de sus padres; y en caso de haberla adquirido, que había renunciado a la misma. Y todo ello, mediante los medios de prueba ordinarios.

Pero nada de ello ocurrió, y la Sala Constitucional, sin proceso ni prueba alguna, es decir, sin saber a ciencia cierta lo que estaba decidiendo, “decretó” que Nicolás Maduro no tenía otra nacionalidad distinta a la venezolana.

Por supuesto, con esta decisión, la pregunta más elemental que se puede formular es sobre ¿cuál fue en definitiva la “interpretación constitucional” adoptada en la sentencia respecto de los artículos 41 y 227 de la Constitución? Pues simplemente ninguna.

El hacer referencia a esas normas constitucionales no fue sino una simple excusa de la Sala Constitucional para proceder decir lo que se quería y que era decir, sin fundamento ni prueba alguna, que el Sr. Maduro no solo era venezolano por nacimiento, sino que tenía otra nacionalidad, y ello a pesar de hacer referencia insistente en la sentencia al régimen de la nacionalidad colombiana, pero omitiendo toda referencia a la nacionalidad de sus padres.

# EL ACOSO POR PARTE DE LA “JUSTICIA” CONSTITUCIONAL CONTRA LA ASAMBLEA NACIONAL COMO ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN POPULAR

Allan R. Brewer-Carías  
*Director de la Revista*

**Resumen:** *Comentario sobre la sentencia N° 948 de 15 de noviembre de 2016 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la cual le ordenó a la Asamblea Nacional abstenerse de realizar cualquier actividad de control político sobre las faltas del Presidente de la República.*

**Palabras Clave:** *Asamblea Nacional. Podes de control.*

**Abstract:** *This comment refers to the decision N° 948 of November 15, 2016 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, through which it ordered the National Assembly to abstain to develop any action of political control regarding the faults of the President of the Republic.*

**Key words:** *National Assembly. Controlling powers.*

## I. EL ACUERDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE 23 DE OCTUBRE DE 2016 DECLARANDO QUE EN EL PAÍS EXISTÍA UNA SITUACIÓN DE RUPTURA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

El día 23 de octubre de 2016, después de las innumerables sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en combinación con el Poder Ejecutivo, cercenándole a la Asamblea Nacional todas sus facultades para legislar, para deliberar, para controlar y para ejecutar sus funciones como cuerpo elector de segundo grado de los titulares de los Poderes Públicos, todo en violación de la Constitución, la Asamblea Nacional, adoptó un “*Acuerdo para la restitución del orden constitucional en Venezuela,*” declarando:

“la ruptura del orden constitucional y la existencia de un golpe de estado continuado cometido por el régimen de Nicolás Maduro en contra de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el pueblo de Venezuela.”<sup>1</sup>

Dicho Acuerdo lo adoptó la Asamblea basándose en el artículo 333 de la Constitución que consagra el derecho y el deber de todos los ciudadanos “de restablecer la efectiva vigencia de la Constitución,” teniendo como motivación directa el hecho de que se había producido cercenamiento del derecho ciudadano a la participación política mediante el ejercicio del derecho a revocar mediante referendo el mandato del Presidente de la República, a consecuencia de la decisión adoptada por el Consejo Nacional Electoral del 20 de octubre de 2016, “sin fundamentos sólidos e inconstitucionalmente” para “arrebatarle el derecho a revocar al

---

<sup>1</sup> [http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc\\_942a0ad957-b62f70d7429dca1375d09-969c89d5f.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_942a0ad957-b62f70d7429dca1375d09-969c89d5f.pdf)

pueblo venezolano, comprometiendo la paz y la estabilidad de la nación.” En Acuerdo, además, tuvo como motivaciones específicas, el hecho de:

1. Que tres de los integrantes de dicho Consejo, habían sido nombrados por el Tribunal Supremo provisionalmente en diciembre de 2014; y que el desempeño que habían tenido la mayoría de los miembros de dicho cuerpo “conspira contra la democracia y revela una evidente parcialidad política.”
2. Que en diciembre de 2015 la anterior Asamblea había designado “de manera irregular y fraudulenta a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, violando la Constitución y el derecho de participación ciudadana,” quienes en su desempeño habían “terminado de desmantelar el Estado de derecho, subordinándose a las órdenes del Poder Ejecutivo.”
3. Que aparte de estar en curso una investigación sobre la probable doble nacionalidad del Presidente de la República, la cual debía concluir a la brevedad; el mismo había “participado activamente en la ruptura del orden constitucional antes señalado,” existiendo, por tanto, fundadas razones para sostener que el mismo había “abandonado las funciones constitucionales de la Presidencia de la República.”

En virtud de la alteración del orden constitucional, la Asamblea en el ámbito internacional decidió en dicho Acuerdo,

“solicitar a la comunidad internacional la activación de todos los mecanismos que sean necesarios para garantizar los derechos del pueblo de Venezuela, en especial su derecho a la democracia,” en particular de los previstos en la Carta Democrática Interamericana.<sup>2</sup>

Y en el ámbito nacional, resolvió proceder manera inmediata y de acuerdo con los mecanismos constitucionales”

Primero, a la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral en sustitución de los que “fueron nombrados provisionalmente en diciembre de 2014,” para “garantizar el respeto del derecho de los venezolanos a elegir, y la independencia de poderes y el respeto al estado derecho.”

Segundo, a la “designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, para garantizar el respeto del derecho de los venezolanos a elegir, así como la independencia de poderes y el respeto al estado derecho;”

Tercero, a “iniciar el proceso para determinar la situación constitucional de la Presidencia de la República y convocar a una sesión especial de la Asamblea Nacional para el próximo martes 25 de octubre, para evaluar y decidir sobre la materia.”

Cuarto, “exigir a la Fuerza Armada Nacional no obedecer ni ejecutar ningún acto o decisión que sean contrario a los principios constitucionales o menoscaben derechos fundamentales del pueblo de Venezuela, emanados del Poder Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.”

---

<sup>2</sup> Debe recordarse que, en el mismo sentido, ya el 23 de junio de 2016 el Secretario General de la Organización de Estados Americanos había procedido a solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente de la OEA para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente, presentándoles el *Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana* de 30 de mayo de 2016. Véase el texto en: [oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf](http://oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf). Igualmente, en el libro: *La crisis de la democracia en Venezuela, La OEA y la Carta Democrática Interamericana. Documentos de Luis Almagro (2015-2016)*, IDEA, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016.

Quinto, “convocar al pueblo de Venezuela, en virtud de los preceptos constitucionales, en especial lo establecido en el art 333 de nuestra Constitución, a la defensa activa, constante y valiente de nuestra Carta Magna, de la democracia y el Estado de Derecho, hasta lograr la restitución del Orden Constitucional.”

## II. EL ACUERDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE 25 DE OCTUBRE DE 2016, DECIDIENDO INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

De acuerdo con la convocatoria formulada en el Acuerdo de 23 de octubre, en su sesión del 25 de octubre de 2017, la Asamblea Nacional considerando que se había producido en el país una “ruptura constitucional impulsada por el Presidente de la República,” adoptó el *“Acuerdo para iniciar el Procedimiento de Declaratoria de Responsabilidad Política del Presidente de la República ante la Grave Ruptura del Orden Constitucional y Democrático y la Devastación de las Bases Económicas y Sociales de la Nación,”*<sup>3</sup> resolviendo citar al Presidente de la República:

“para que comparezca al Hemiciclo de Sesiones el día 1 de noviembre de 2016, a las 3:00 pm., a fin de que exponga sobre su posible responsabilidad por las graves violaciones a la Constitución, los Derechos Humanos y la Democracia ya señaladas, y por haber consolidado un modelo político-económico y social que por su estatismo, rentismo, burocratismo y corrupción ha ocasionado la devastación de la economía del país y, en particular, una enorme inflación y el estrangulamiento de la producción nacional, así como el desabastecimiento en el rubro de los alimentos y medicamentos e insumos médicos.”

Entre las motivaciones de dicho Acuerdo, además de explicar la base constitucional para adoptarlo,<sup>4</sup> estuvieron las siguientes razones:

Primero, que “el Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, ha gobernado, desde el 14 de enero de 2016, merced a un estado de excepción declarado y prorrogado al margen de la Constitución, sin la aprobación de la Asamblea Nacional, el cual ha ido cerceando progresivamente atribuciones parlamentarias inderogables y ha vulnerado derechos fundamentales;”

<sup>3</sup> Véase en <http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/docd3f219591da2f3670f8e83c1c23dc3aeb9257587.pdf>.

<sup>4</sup> En el Acuerdo se hizo mención, primero, a que la Constitución le “confiere a la Asamblea Nacional funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional (art. 187, numeral 3), las cuales son manifestación de la institucionalidad democrática que debe en todo momento ser preservada, de acuerdo con los artículos 2 y 333 de la Constitución y los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana, adoptada con el voto favorable del Estado venezolano;” segundo, a “que dicho control puede conducir, entre otras consecuencias, a la aprobación de un voto de censura contra el Vicepresidente Ejecutivo o contra los ministros, a la autorización, cuando corresponda, del enjuiciamiento del Presidente de la República o a la declaración de su responsabilidad política (arts. 187, numeral 10, 240, 222, 246, y 266, numeral 2, de la Constitución);” tercero, a “que la declaración de responsabilidad política del Presidente de la República puede dar lugar a que se solicite al Poder Ciudadano el ejercicio de las acciones respectivas, sin perjuicio de que se requiera al Ministerio Público el inicio de las investigaciones referidas a los delitos que puedan haberse cometido;” cuarto a “que el Presidente de la República, a tenor de la Constitución, “Está obligado a procurar la garantía de los derechos y libertades de los venezolanos, así como la independencia, integridad, soberanía del territorio y defensa de la República”, y que “La declaración de los estados de excepción no modifica el principio de su responsabilidad...” (art. 232).”

Segundo, que “dicho estado de excepción se ha prolongado mucho más allá de lo permitido por la Constitución (art. 338) y no ha podido estar sometido a controles parlamentarios efectivos, a causa de sentencias arbitrarias del Tribunal Supremo de Justicia que han menoscabado las facultades de la Asamblea Nacional en la materia, ni a los controles internacionales previstos en tratados de Derechos Humanos ratificados por Venezuela, tal como lo ha denunciado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos;”

Tercero que “el Presidente de la República ha respaldado el desconocimiento por los Ministros y otros funcionarios públicos de las solicitudes de comparecencia emanadas de esta Asamblea Nacional o sus comisiones, y ha ignorado abiertamente la competencia parlamentaria de remover ministros mediante la aprobación de un voto de censura por la mayoría calificada de los Diputados de la Asamblea Nacional constitucionalmente establecida;”

Cuarto, que “el Presidente de la República se ha facultado a sí mismo para aprobar contratos de interés público con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, quebrantando flagrantemente el artículo 150 de la Constitución;”

Quinto, que “el estado de excepción ilícitamente en vigor ha conducido a una exacerbada concentración de poderes y a un gobierno por decreto que lesiona severamente la Democracia y favorece la corrupción;”

Sexto, que “en el marco del estado de excepción de facto que nos rige, el Presidente de la República ha omitido la presentación del proyecto de Ley de Presupuesto ante la Asamblea Nacional y ha acudido a la Sala Constitucional, que está a su servicio, para obtener la facultad de dictar mediante decreto las normas correspondientes en materia presupuestaria y de crédito público;”

Séptimo, que “no ha cesado e incluso se ha acrecentado la persecución política, de la cual el Presidente de la República es corresponsable;”

Octavo, que “el Presidente de la República ha consumado la supresión de la separación de poderes, lo cual ha permitido que, mediante una confabulación Ejecutivo Judicial constitutiva de un golpe de Estado, se haya suspendido la recolección de las manifestaciones de voluntad necesarias para la iniciativa constitucional del referendo revocatorio presidencial;”

Noveno, que “el Presidente de la República, valiéndose de los poderes ilimitados que ha conquistado a costa de la Constitución, ha acudido sistemáticamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para impedir, con criterios políticos, la entrada en vigencia de leyes sancionadas por la Asamblea Nacional que hubieran contribuido a solucionar los problemas del país, gracias a la generación de transparencia en el manejo de las finanzas públicas, la facilitación de la cooperación internacional para la superación de la crisis humanitaria, la ampliación de los derechos sociales de los venezolanos y venezolanas y otras medidas benéficas para la población y la institucionalidad;”

Décimo, que “en medio de estas graves violaciones a los principios democráticos y a los derechos humanos, propugnadas por el Presidente de la República, se ha agudizado la crisis económica y humanitaria que aqueja al país en todos los órdenes;”

Décimo primero, que “en materia cambiaria la depreciación de la moneda, desde enero 2016 al 19 de julio de 2016, es de un 212.8%, es decir, que la tasa de cambio para el mes de enero se ubicaba en Bs. 199.5 por dólar, y para el mes de julio se ubicó en Bs. 642.2 por dólar, según el SIMADI (DICOM), siendo mayor esta devaluación en el dólar paralelo;”

Décimo segundo, que “el índice de inflación durante el Gobierno del Presidente Nicolás Maduro Moros, según cifras del Banco Central de Venezuela, entre los años 2013 y el 2015,

en el rubro de los alimentos, se incrementó en un 1.259 %, y en materia de salud, en 253%, para una inflación acumulada de 585%, y que en el año 2016 se proyecta una inflación superior al 700 %,” y

Décimo tercero, que “en materia social, la canasta alimentaria familiar para el mes de enero de este año se ubicaba en Bs. 106.752,72, y para el mes de septiembre se encontraba en Bs. 405.452,00, observándose un incremento anualizado de al menos 680%, lo cual se traduce en que se necesitan más de 18 salarios mínimos para cubrir la canasta por cada familia venezolana.”

Con base en las motivaciones del acuerdo, la Asamblea nacional procedió a encomendar a la Comisión Especial de Alto Nivel Parlamentario que había sido designada el 23 de octubre de 2016, para “evaluar la posibilidad de que esta Asamblea Nacional declare el abandono del cargo por el Presidente de la República, así como su posible responsabilidad penal.

La Asamblea nacional, finalmente en el Acuerdo ratificó

“su compromiso con la restitución del orden constitucional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 333 de la Constitución, pues la inobservancia de esta se produce no solo por medio de un hecho de fuerza contra la institucionalidad en sentido clásico, sino también cuando el Presidente de la República hace uso de su autoridad civil y militar para socavar la Constitución.”

### III. LA SENTENCIA Nº 948 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2016, PROHIBIENDO A LA ASAMBLEA NACIONAL EJERCER SUS FUNCIONES DE CONTROL POLÍTICO CONFORME A LO DECIDIDO EN EL ACUERDO DE 25 DE OCTUBRE DE 2016

Luego de la adopción del Acuerdo mencionado, el 9 de noviembre de 2016, Procurador General de la República acudió ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para interponer una “acción de amparo constitucional [...] contra las actuaciones de hecho y amenazas proferidas por el parlamento en contra de los Poderes Públicos, la democracia y el sistema republicano, amenazas contra la estabilidad y paz de la República, así como las actuaciones y amenazas contenidas en el Acto Parlamentario de fecha 25 de octubre de 2016,” y en particular, pero sin indicar quién era el supuesto agraviado, ni cuáles eran los derechos o garantías constitucionales que se denunciaban como supuestamente violados, contra:

el “Acuerdo para Iniciar el Procedimiento de Declaratoria de Responsabilidad Política del Presidente de la República ante la Grave Ruptura del Orden Constitucional y Democrático y la Devastación de las Bases Económicas y Sociales de la Nación y en contra de las amenazas graves proferidas desde el Órgano Legislativo que tienen una clara intención de provocar hechos de violencia que pondrían en peligro la integridad del Patrimonio de la República e incluso de sus habitantes; siendo urgente y necesaria, ante la situación planteada, con el fin de dar correcta dimensión y sentido a nuestra Carta Magna, obtener un mandato de amparo constitucional por parte de ese Máximo Tribunal”.

Más adelante en su escrito, el Procurador General de la República, pareció cambiar la naturaleza de su acción, pasando de una acción de amparo a una acción de nulidad, al indicar que solicitaba que la “Sala Constitucional revise la validez del acuerdo objeto de la presente acción de nulidad y emita un pronunciamiento expreso que permita la efectiva concretización de la administración de justicia,” denunciando un conjunto de supuestos “vicios de inconstitucionalidad,” del acto cuestionado, entre ellos, *primero*, el de “falso supuesto de derecho” al considerar que supuestamente el Presidente de la República no podía ser sujeto de control político parlamentario (art. 222 de la Constitución), pues el mismo supuestamente

“no es funcionario público de carrera, ni de libre nombramiento y remoción, ni es funcionario de alto nivel. El Presidente de la República ejerce un cargo de elección popular y le corresponde dirigir la Administración Pública en su condición de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno.”

El Procurador acusó ante la Sala Constitucional, al Parlamento, de supuestamente tratar de propugnar la creación de

“una matriz” de opinión sobre “inicio de un supuesto “juicio político” al Presidente de la República, tesis que, mediáticamente, sería fácil de inocular en los ciudadanos habida cuenta de los recientes acontecimientos en la vecina República del Brasil, cuya constitución sí establece la posibilidad de abrir a la máxima autoridad del Ejecutivo Nacional un *impeachment* o juicio político.”

Concluyendo el Procurador con la afirmación de que

“la Asamblea Nacional, temerariamente, incurre en un falso supuesto de derecho, cuando intenta aplicar una figura de juicio político al Presidente de la República que no existe en la Constitución ni en el resto del ordenamiento jurídico venezolano, pretendiendo utilizar como fundamento normas referidas a otras instituciones jurídicas sólo aplicables a distintos funcionarios, en distintas circunstancias, como hemos demostrado en este punto.

El segundo vicio del Acuerdo parlamentario denunciado por el Procurador fue el de “usurpación de funciones” por incompetencia manifiesta de la Asamblea para adoptar el Acuerdo impugnado.

El tercer vicio denunciado, como “el más grave y evidente” fue el de “desviación de poder” en el cual habría incurrido la Asamblea al adoptar el Acuerdo impugnado, evidenciado según el Procurador en “la actuación de la Asamblea Nacional a partir del 5 de enero de 2016” la cual

“Incluso antes del indicado inicio del primer período de sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional, ya en noviembre y diciembre de 2015, y a manera de oferta electoral, los diputados de los partidos políticos opuestos al partido de Gobierno prometieron a sus electores la “salida” del actual Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, de su cargo constitucionalmente otorgado por el pueblo venezolano. Varias fueron las fórmulas ofrecidas, desde la “renuncia forzada”, hasta el referéndum revocatorio, pasando por la inhabilitación en razón del incumplimiento del requisito de nacionalidad venezolana exclusiva o por abandono del cargo por incumplimiento de sus funciones.”

Luego se refirió el Procurador, a las múltiples decisiones adoptadas por la Sala Constitucional durante todo el año en contra de la Asamblea Nacional, muchas “incluso con fines didácticos, a fin de evitar el quebrantamiento de normas y principios constitucionales,” y todas, según el Procurador:

“emitidas por el órgano habilitado constitucionalmente de manera exclusiva y excluyente para ello, por lo que las actuaciones contrapuestas a ellas son, definitivamente, antijurídicas y carentes de validez alguna para el campo del Derecho, así como su interpretación, fuera del ámbito del órgano constitucionalmente habilitado para ello, resultan en meras opiniones o disidencias mediáticas.”

Por último, el Procurador General se refirió a:

“Las recurrentes oposiciones del Legislativo Nacional a las actuaciones del resto del Poder Público, y en especial a las del Ejecutivo Nacional, y el reciente Acuerdo, de fecha 25 de octubre de 2016, evidencian un grave exceso en el ejercicio de las funciones de control que la Constitución Nacional ha otorgado a la Asamblea, órgano que no ha atinado en comprender el funcionamiento del control de poder dibujado en la Constitución como un mecanismo de pesos y contrapesos que alcanza la “circularidad” entre los cinco Poderes, impidiendo a cada uno de ellos que, por sí solo, pueda suprimir o anular a otro, u otros.

La máxima expresión de este desatino ha sido la oferta de juicio político y destitución del Presidente de la República (...) en un sólo acto desprovisto de los más elementales visos de juridicidad, racionalidad o lógica.”

Siguió luego en su escrito el Procurador refiriéndose a las actuaciones de la Asamblea Nacional, antes y después del Acuerdo que impugnaba, como elementos que a su juicio evidenciaban una desviación de poder de parte del Parlamento, realizadas, señalando que:

“Casi en términos de negociación secuestrador-rehén, a partir del Acuerdo impugnado, rápidamente la Asamblea Nacional organizó sus vocerías, en coordinación con líderes políticos que no ostentan cargos públicos, e incluso gobernadores y alcaldes opuestos al partido de Gobierno, y elaboró un pliego de “exigencias”, entre las cuales se encuentran: 1) Retomar el Referéndum Revocatorio o pactar un adelanto de las elecciones presidenciales; 2) Celebración en el corto plazo de las elecciones en los Estados cuyos Diputados están siendo investigados por el Poder Judicial; 3) Cambio de los Rectores del CNE que tienen el período vencido y 4) la inmediata liberación de los presos políticos.”

En cuanto al Acuerdo del 23 de octubre de 2016, el Procurador lo consideró como “uno de sus más irracionales, antijurídicos y desproporcionados actos” de la Asamblea, y como “el mejor ejemplo de las intenciones veladas tras un actuar presuntamente formal y legal,” al declarar “la ruptura del orden constitucional y la existencia de un golpe de estado cometido por el régimen de Nicolás Maduro.”

Todo ello, a juicio del Procurador se configuró el vicio de desviación de poder, solicitándole a la Sala que:

“dicte aquellas medidas que considere necesarias para proteger, tanto a la ciudadanía en general como al sistema democrático de la República Bolivariana de Venezuela, de las amenazas inminentes proferidas desde la Asamblea Nacional”.

Agregando finalmente que la acción intentada que volvió entonces a calificar como de “amparo constitucional,” “se fundamenta principalmente en el hecho de que los actos emanados de la Asamblea Nacional mientras ésta se encuentre en desacato de las decisiones de Poder Judicial, son absolutamente nulos y así lo ha señalado expresamente esa Sala Constitucional en sentencia N° 808 del 2 de septiembre de 2016,” solicitando que las “medidas de amparo constitucional” tuvieran como objeto:

1. “Evitar que la Asamblea Nacional reincida en actuaciones como la impugnada, así como en otras actuaciones con apariencia de actos con efectos jurídicos dirigidos a obtener por la vía de los hechos el control de los Poderes Públicos o la imposición de conductas con fines particulares de miembros de la Directiva y demás diputados de dicho órgano legislativo nacional, afectos a la situación de confrontación con todos los Poderes Públicos.
2. Evitar que voceros de la Asamblea Nacional y otros actores o voceros políticos, emitan opiniones y convoquen a actividades que pretendan atentar contra la paz de la República, generar violencia y pérdidas humanas y materiales para la Nación. Entre ellas, movilizaciones hacia zonas declaradas de seguridad conforme a la Ley, y en las cuales funcionan los Poderes Públicos.
3. Evitar que voceros de la Asamblea Nacional y otros actores o voceros políticos, convoquen a movilizaciones o actos de masas dirigidos a realizar llamados al desconocimiento o agresión de los Poderes Públicos o sus actuaciones.
4. Prohibir a los medios de comunicación social la retransmisión o transmisión en diferido de las informaciones relacionadas con los hechos contemplados en los puntos anteriores.

5. Ordenar al Ejecutivo Nacional tomar las previsiones necesarias para el resguardo de la integridad física de los ciudadanos que laboran en las distintas oficinas del sector público a cuyas sedes recurrentemente incitan a movilizarse voceros políticos, así como de las instalaciones y bienes que se encuentran en dichas sedes.”

La Sala Constitucional, ante la acción interpuesta, luego de analizar las previsiones constitucionales y el desarrollo jurisprudencial sobre la acción de amparo y, en consecuencia, el tema de la ausencia de legitimación activa procesal alguna del Procurador para intentar dicha acción, procedió a dictar la sentencia N° 948 de 15 de noviembre de 2016,<sup>5</sup> para lo cual tuvo con toda imprecisión que cambiar la naturaleza de la misma, por una acción de nulidad, argumentando que:

“en atención a los postulados *pro actione* y tutela del orden público constitucional, se observa que la presente acción se compagina, ante todo, con una pretensión de nulidad de actos emanados de la Asamblea Nacional, conjuntamente con una solicitud de tutela constitucional dirigida a evitar que ese órgano legislativo reincida en actuaciones contrarias al orden constitucional.”

Sin embargo, agregó la Sala que:

“Ciertamente, en principio, los legitimados activos para ejercer la acción de amparo son las personas físicas naturales y las personas jurídicas o morales particulares no estatales. Pero el Estado y sus personas jurídicas, a través de los órganos que las representan, pueden ejercer la acción con base en sus potestades y atribuciones cuando estén en grave riesgo derechos y principios de eminente orden público constitucional, que puedan afectar a la colectividad que están obligados a defender y proteger.”<sup>6</sup>

Terminando, de todo ello, declarando su competencia para conocer, no de la acción de amparo intentada, ni de la acción de nulidad deducida, sino de “la presente *demanda de protección constitucional*, en los términos planteados,” admitiéndola pura y simplemente, calificándola luego como “demanda de tutela constitucional,” en la cual señaló que: “están involucrados valores constitucionales fundamentales, derechos y garantías constitucionales, bienes e intereses, incluso patrimoniales, de la República, la estabilidad de la Nación y, por ende, el orden público constitucional.”

La Sala para conocer de la acción, después de reconocer, conforme a las normas que rigen la actuación de la Procuraduría General de la República, su competencia para “demandar la nulidad de cualquier acto de los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, e, inclusive, puede intentar acciones de amparo constitucional contra personas naturales o jurídicas que quebranten los bienes, derechos e intereses de la República,” pasó a referirse a su anterior sentencia N° 808, el 02 de septiembre de 2016, mediante la cual, la Asamblea Nacional declaró, “entre otros

<sup>5</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/192486-948-151116-2016-16-1085.HTML>

<sup>6</sup> Para ello, la Sala Constitucional citó su sentencia N° 1395 del 21 de noviembre de 2000, precisando que: “Por tanto, el objeto del amparo es la tutela judicial reforzada de los derechos y garantías constitucionales, lo cual comprende los derechos enunciados por la Constitución, algunos de los cuales se encuentran fuera de su Título III (vid., por ejemplo, los artículos 143, 260 y 317 de la Constitución), así como los consagrados en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, y cualquier otro que sea inherente a la persona humana. Lo dicho no implica restringir la noción de derechos o garantías constitucionales a los derechos de las personas naturales, pues también las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales. Incluso las personas jurídicas de Derecho Público pueden ostentar algunos de esos derechos.”

pronunciamientos, que: “...resultan manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica, los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas, mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.” Ello, en virtud del desacato por parte de la Asamblea Nacional, derivado:

“de la nueva juramentación e incorporación de los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana como Diputados de dicha Asamblea Nacional (28-07-2016); en una clara y manifiesta rebeldía al mandato judicial contenido en el acto de juzgamiento N° 260, del 30 de diciembre de 2015, que dictó la Sala Electoral de este Supremo Tribunal; desobediencia ésta que fue declarada por esa Sala, en una primera oportunidad, el 11 de enero de 2016 (s SE N° 1), siendo admitida y corregida, el 13 de ese mismo mes y año, por ese órgano encargado de la función legislativa mediante la desincorporación de los referidos ciudadanos (ver sentencia N° 3 del 14 de enero de 2016).

La Sala mencionó también en su sentencia, la nueva sentencia de la Sala Electoral que había declarado “un nuevo desacato a sus fallos precedentes sobre esta materia, en sentencia N° 108 del 01 de agosto de 2016,” concluyendo en que a pesar de su sentencia N° 808 de 2 de septiembre de 2016, la Asamblea Nacional “en una acción sin precedentes en la historia republicana,” había emitido:

“varios acuerdos, en una manifestación de continua rebeldía ante dicho acto de juzgamiento y en desdén del ejercicio de las funciones propias de cada uno de los órganos que ejercen el Poder Público y del principio de colaboración entre ellos para el logro o realización de los fines de la República, manteniendo la incorporación de los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana como integrantes de dicho cuerpo, sin que se hubiere resuelto el fondo de la controversia o se hubiere revocado la medida impuesta para asegurar la resultados del proceso.”

En particular, refiriéndose al Acuerdo impugnado, la Sala constató que “fue dictado en evidente desacato a los actos de juzgamiento dictados tanto por esta Sala Constitucional como por la Sala Electoral de este Supremo Tribunal, por ende, en flagrante violación a la garantía del derecho constitucional a la tutela judicial eficaz, derivada de la falta de acatamiento de órdenes contenidas en varias decisiones judiciales,” pasando a revisarlo, analizarlo y decidir sobre el mismo y sobre los otros actos dictados en ejecución del mismo, como actos “parlamentarios” sin forma de ley, declarando que “fue dictado en franco desacato de decisiones judiciales emanadas de este Máximo Tribunal de la República,” reiterando la declaración que hizo en la sentencia N° 808, del 02 de septiembre de 2016, de que:

“los actos que están ocurriendo en la Asamblea Nacional, mientras se mantenga como hasta ahora en desacato de las decisiones de este Alto Tribunal y en especial de esta Sala Constitucional, máxima garante de la Constitución como norma suprema, son absolutamente nulos y carentes de efectos jurídicos, como antes se ha declarado.”

Como el Procurador denunció en su acción, la amenaza por parte de las actuaciones de la Asamblea Nacional contra “*el mantenimiento del orden público, la seguridad personal de los ciudadanos (en especial de los funcionarios públicos) y de la preservación de las edificaciones e instalaciones públicas...*”, pasó a considerar el alegato de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (que la amenaza sea inminente), considerando que por hecho notorio comunicacional se podía considerar que “la amenaza denunciada es real e inminente,”<sup>7</sup> particularmente en cuan-

<sup>7</sup> A tal efecto, la Sala hizo referencia a sus sentencias respecto del hecho notorio comunicacional, y los efectos jurídicos que el mismo genera, N° 98 del 15 de marzo de 2000, caso: “*Oscar Silva*”

to a lo que habían anunciado algunos diputados sobre “*despojar al actual Gobierno Constitucional del Poder...*”, razón por la cual procedió “como garante de los principios, derechos y garantías constitucionales, así como en ejercicio de la atribución de protección a la Constitución,” a dictar un *mandamiento de amparo cautelar* para garantizar la paz del pueblo y la estabilidad democrática de las instituciones, frente a los presuntos hechos y amenazas denunciados por el accionante,” en los siguientes términos:

“4.1. *Ordena a las diputadas y diputados de la asamblea nacional abstenerse de continuar con el pretendido juicio político y, en definitiva, de dictar cualquier tipo de acto, sea en forma de acuerdo o de cualquier otro tipo, que se encuentre al margen de sus atribuciones constitucionales y que, en fin, contrarie el Texto Fundamental, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala Constitucional.*”

4.2. *Prohíbe convocar y realizar actos que alteren el orden público; instigaciones contra autoridades y Poderes Públicos, así como otras actuaciones al margen de los derechos constitucionales y del orden jurídico.*”

La anterior decisión, se adoptó, entonces, por la Sala Constitucional,<sup>8</sup> al conocer de una “acción de protección constitucional,” que como tal no existe en el ordenamiento jurídico, siendo ello solo una denominación genérica que podría aplicarse a muchas acciones (amparo, nulidad por inconstitucionalidad, omisión inconstitucional, contencioso administrativo de anulación por inconstitucionalidad), en un proceso contra la Asamblea Nacional, llevado a cabo en violación al debido proceso, por no haberse citado a los representantes de la institución y sin que se hubiese garantizado su derecho a la defensa. En dicho proceso, la sala, por otra parte, dictó medidas de amparo cautelar, pero sin que se indicase cuál era el derecho o garantía constitucional que se hubiese denunciado como violado, quién era la persona agraviada y cómo habría quedado acreditada la “legitimación” activa del Procurador General de la república para intentar la acción.

#### IV. EL ACUERDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL MISMO DÍA 15 DE NOVIEMBRE DE 2016, EN DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS Y REPUBLICANOS, ADOPTADO CON MOTIVO DE LA SENTENCIA N° 948 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA MISMA FECHA

El mismo día 15 de noviembre de 2016, la Asamblea Nacional adoptó un “Acuerdo en defensa de los principios democráticos y republicanos, con motivo de la sentencia N° 948 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,”<sup>9</sup> en el cual para refutar las órdenes adoptadas en la sentencia, rechazó dicha sentencia “por ser contraria a los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional,” con base, entre otros, en los siguientes motivos:

Primero, que la actuación de esta Asamblea Nacional al dictar el Acuerdo cuestionado “se ajusta plenamente a lo dispuesto en el artículo 222 de la Constitución,” en cuanto a que en ejercicio del control parlamentario, la misma puede declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos, incluida la del Presidente de la República por sus actos y por el

---

*Hernández*”, ratificada en el fallo N° 280 del 28 de febrero de 2008, caso: “*Lariza Marcano Gómez*.”

<sup>8</sup> Véase sobre la sentencia, la Nota de prensa de la Sala Constitucional de 15 de diciembre de 2016, en <http://www.lapatilla.com/site/2016/12/15/tsj-declara-nulo-e-ineficaz-juicio-politico-de-la-against-maduro/>

<sup>9</sup> Véase en <http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documen-tos/doc2927f376d002f85132bf39b7d129fb36416d886c.pdf>

cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo (art. 223), siendo totalmente infundado el alegato del Procurador General de la República de que el Presidente de la República no es un funcionario público. Al contrario, indicó la Asamblea, el Presidente de la República es incuestionablemente un funcionario público, encargado de dirigir la acción de Gobierno, conforme a lo establecido en los artículos 225 y 226 de la Constitución, que como todo funcionario público es responsable y que esta Asamblea Nacional sí tiene atribuida expresamente la función de control sobre el Gobierno (artículo 187, numeral 3 de la Constitución), en ejercicio de la cual puede declarar la responsabilidad política del mismo.

Segundo, que la Sala Constitucional, en su sentencia, “insiste en desconocer la legitimidad de la Asamblea Nacional y de los representantes del electorado del estado Amazonas, invocando la sentencia cautelar dictada por la Sala Electoral el 30 de diciembre de 2015, sin siquiera mencionar el retardo procesal, la violación al debido proceso, denegación de justicia y violación del derecho a la participación política del electorado del estado Amazonas, en que ha incurrido esa Sala Electoral, al omitir la tramitación y decisión definitiva oportuna, en el juicio seguido con motivo de la impugnación de las elecciones parlamentarias en el estado Amazonas.”

Tercero, que la Sala Constitucional con la nueva decisión adoptada “pretende una vez más hacer nugatorio el ejercicio de las funciones del Poder Legislativo Nacional e impedir un mecanismo de control expresamente atribuido a la Asamblea Nacional, desconociendo lo dispuesto en la Constitución, por cuya supremacía, vigencia y aplicación efectiva debe velar,” contraviniendo “las previsiones constitucionales sobre las atribuciones de la Asamblea Nacional,” atentando “contra el derecho de los ciudadanos a la participación política, al ser los diputados sus representantes, elegidos democráticamente y a través de quienes ejercen su soberanía,” y apartándose de “su función de garante de las normas y principios constitucionales,” lo que ha hecho es “tergiversar la Constitución y adecuar su interpretación a las pretensiones del Ejecutivo Nacional;”

Cuarto, que “el Presidente de la República Nicolás Maduro Moros en declaraciones públicas se refirió ayer cínicamente a la sentencia de la Sala Constitucional, calificándola de expresión de un sano sistema constitucional, cuando lo cierto es que la misma es una clara evidencia del activismo político de sus magistrados, circunstancia que compromete la autoridad de la sentencia, por falta de objetividad e independencia del órgano jurisdiccional, condición intrínseca de la función judicial;”

Quinto, que por la ilegitimidad de la designación de los magistrados, la “sentencia, como todas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia con posterioridad a la decisión adoptada por la Asamblea Nacional el 14 de julio de 2016,” (mediante la cual se produjo la “declaratoria de nulidad de los nombramientos de tres de los magistrados que actualmente la componen”), están incursas en la causal de invalidación prevista en el numeral 6 del artículo 328 del Código de Procedimiento Civil,” por haber sido dictadas por “Juez que no haya tenido nombramiento de tal, o por juez que haya sabido estar depuesto o suspenso por decreto legal;”

Sexto, que “la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en absoluta contravención a su razón de ser y a los principios más elementales del Estado de derecho y de la democracia, ha declinado su función de garante de la constitucionalidad y de los derechos fundamentales para servir a los intereses del Poder Ejecutivo;”

Séptimo, que con la sentencia que motivó el Acuerdo, “se pretende prohibir el ejercicio del derecho fundamental a la manifestación, expresamente consagrado en el artículo 68 de la Constitución y que sistemáticamente el Tribunal Supremo de Justicia a través de la Sala

Constitucional y de la Sala Político Administrativa en sentencia N° 840 de fecha 27 de julio de 2016, han pretendido criminalizar e impedir, en lugar de garantizarlo y velar por su efectiva vigencia, como corresponde a las instancias jurisdiccionales;”

Octavo, que el artículo 333 de la Constitución, “coloca por encima del Ejecutivo Nacional y de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia a los ciudadanos, investidos o no de autoridad, imponiéndoles el deber constitucional de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución, cuando la misma dejare de observarse por cualquier medio que fuere.”

Con base en estos motivos, la Asamblea Nacional, resolvió entonces ratificar su compromiso, “como representante de los electores que eligieron a los diputados que actualmente la integran, en la defensa de los principios republicanos y democráticos establecidos en la Constitución,” manteniéndose “firme en el ejercicio de sus atribuciones, en beneficio de los intereses del pueblo” (artículos 187, 199, 201, 222 y 223 Constitución), rechazando “la criminalización de la protesta y a la negación del derecho a la manifestación pacífica y a la participación política de los ciudadanos, por parte del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial.”

La Asamblea, además, acordó “condenar el activismo político y la “falta de independencia de los magistrados” de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la injerencia del Presidente de la República Nicolás Maduro Moros en el ejercicio de la función jurisdiccional y exhortarlos a garantizar la paz y la estabilidad democrática en el país, adoptando decisiones que se ajusten al verdadero sentido de las normas y principios constitucionales.”

#### V. EL ACUERDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL 15 DE DICIEMBRE DE 2016, SOBRE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y CRISIS DEL SISTEMA ELECTORAL

Con fecha 15 de diciembre de 2016, y como consecuencia de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 1086 del 13 de diciembre de 2016, mediante la cual designó inconstitucionalmente a los Rectores del Consejo Nacional Electoral, la Asamblea Nacional adoptó un *Acuerdo sobre la violación de los derechos políticos y crisis del sistema electoral*,<sup>10</sup> considerando que con ello, había violado abiertamente la Constitución, negándole a los ciudadanos su derecho a participar en los asuntos públicos, en particular en el Comité de Postulaciones Electorales para designación de dichos rectores principal.

En particular, la Asamblea Nacional consideró que a los fines de la designación de las rectoras del Consejo Nacional Electoral, a quienes efectivamente corresponde sustituir, la propia Asamblea había procedido oportunamente a convocar y constituir el Comité de Postulaciones Electorales, y a tal efecto, había recibido la lista de los ciudadanos seleccionados como elegibles por ese Comité de Postulaciones Electorales, habiendo cumplido los trámites para decidir las nuevas designaciones, a partir de la lista de postulados por las Universidades Nacionales, sin que pudiera argumentarse omisión de ningún tipo,” concluyendo en consecuencia que:

“la Sala Constitucional, al proceder arbitrariamente y sin fundamento jurídico a reelegir a las rectoras principales del Consejo Nacional Electoral, que tienen el período vencido, viola la Constitución, pretende desconocer la autoridad de este cuerpo parlamentario y atenta contra los principios y valores constitucionales de la democracia participativa y protagónica.”

<sup>10</sup> Véase en <http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documen-tos/doc5006dd9fd88327ee986c9907cef8bf805d7eab41.pdf>

Como consecuencia, en el Acuerdo mencionado, la Asamblea Nacional al reivindicar “la potestad exclusiva y excluyente de la Asamblea Nacional para designar rectores del Consejo Nacional Electoral, de conformidad con el artículo 296 de la Constitución,” rechazó:

“por usurpación de funciones y de conformidad con el artículo 333 de la Constitución, la írrita sentencia 1086 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 13 de diciembre, en virtud de la cual se designan, de manera inconstitucional, los rectores del Consejo Nacional Electoral correspondientes a los que deberían ser postulados por la Universidades Nacionales y por el Poder Ciudadano, y en este sentido desconocer dicha decisión por contrariar los principios constitucionales y violar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.”

Como consecuencia, la Asamblea decidió proceder a concluir el procedimiento para la designación de los mencionados funcionarios para el período 2016-2023 a partir de lo establecido en el Informe Final que le había presentado en fecha 5 de diciembre de 2016 el Comité de Postulaciones Electorales.

# LA MUTACIÓN DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA POR LA SALA CONSTITUCIONAL

José Ignacio Hernández G.

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

**Resumen:** *La sentencia de la Sala Constitucional N° 1.187/2016 de 15 de diciembre, mutó ilegítimamente el concepto constitucional de familia.*

**Palabras Clave:** *Derecho de Familia, justicia constitucional, mutación constitucional.*

**Abstract:** *The decision N° 1887 of the Constitutional Chamber, dated December 15, 2016, illegitimately changed the constitutional concept of family.*

**Key words:** *Family Law, constitutional justice, constitutional mutation.*

La sentencia de la Sala Constitucional N° 1.187/2016, de 15 de diciembre resolvió la controversia surgida con ocasión al matrimonio celebrado en Argentina entre las venezolanas Migdelis Miranda Rondón y Ginyveth Soto Quinta. En su sentencia, la Sala Constitucional concluyó que el hijo procreado en el marco de ese matrimonio –a través de un método de reproducción asistida– debía ser reconocido legalmente en Venezuela, como hijo de esas ciudadanas, aceptando la Sala Constitucional que el concepto constitucional de familia aplica a la llamada “familia homoparental”, esto es, aquella conformada por la unión de personas de un mismo sexo.

Esta decisión es parte de una línea de decisiones de la Sala Constitucional, que ha venido cambiando conceptos básicos del Derecho de Familia en Venezuela. Conviene por ello explicar el alcance y repercusiones de esta nueva sentencia.

## I. UN CASO COMPLEJO

La sentencia N° 1.187/2016 de la Sala Constitucional es consecuencia de un caso muy complejo, que trataremos de resumir.

Ginyveth Soto y Migdely Miranda, dos venezolanas, contrajeron matrimonio en Argentina. No lo hicieron en Venezuela pues el Derecho de Familia de nuestro país solo reconoce el matrimonio entre un hombre y una mujer. Luego decidieron procrear un hijo por el método de “ovodonación”: luego de la fecundación *in-vitro* de un óvulo de Ginyveth Soto Quintana, el cigoto fue implantado en el útero de Migdely Miranda, quien dio a luz en Argentina a un niño.

En Venezuela, intentaron –sin éxito– lograr el reconocimiento legal del niño como hijo del matrimonio realizado en Argentina. Luego del asesinato de Ginyveth Soto, la situación legal del niño se complicó. Por ello, Migdely Miranda decidió ejercer una acción de amparo en contra de la Oficina Nacional de Registro Civil, el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del

Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional y el Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del referido Circuito Judicial de Protección, ante la negativa al reconocimiento de su hijo como producto de la unión con Giniveth Soto. Entre otros aspectos, no se logró el reconocimiento de ese niño como heredero de Soto.

## II. LA PROGRESIVA MUTACIÓN DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL

El caso comentado se enfrentaba a un obstáculo legal básico: el Derecho de Familia en Venezuela solo reconoce al matrimonio como la unión de Derecho entre un hombre y una mujer. Así quedó expresamente reconocido en el artículo 77 de la Constitución. Esa es la razón por la cual el matrimonio entre Giniveth Soto y Migdely Miranda no podía reconocerse en Venezuela. Pero el punto sometido a la consideración de la Sala Constitucional no era ese, sino la protección de los derechos del niño, en especial, su derecho a la identidad, y su derecho a ser reconocido como hijo y heredero de Giniveth Soto. Sin embargo, la Sala Constitucional, para resolver este asunto, avanzó en el camino –iniciado en otras decisiones– de cambiar el concepto constitucional de familia.

Así, de acuerdo con el artículo 75 de la Constitución, el “*Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas*”. La protección constitucional de la familia se relaciona con el concepto constitucional de matrimonio, definido en el artículo 77 constitucional como la unión estable –de Derecho– entre un hombre y una mujer. Esa norma también reconoce a la unión estable de hecho entre un hombre y una mujer.

La propia Sala Constitucional, en sentencias N° 190/2008, de 28 de febrero y N° 1.682/2015 de 15 de julio, reconoció que la familia tiene siempre su origen en una unión estable entre un hombre y una mujer, sea una unión de hecho o de Derecho, que son las únicas uniones reconocidas en el artículo 77 de la Constitución. De esa manera, la Sala Constitucional había concluido que la protección constitucional del matrimonio entre un hombre y una mujer, así como la unión de hecho entre un hombre y una mujer, parte siempre de su reconocimiento como “unión estable”. En este sentido, el matrimonio fue concebido como el “núcleo esencial que da origen a la familia”.

Es por eso que la Constitución define a la familia como una “asociación natural”, esto es, como asociación de Derecho natural (y no solo como una relación surgida del Derecho positivo creado por el Estado).

Sin embargo, la Sala Constitucional se apartó de estas conclusiones en su sentencia N° 693/2015, de 2 de junio. Allí, la Sala Constitucional separó el concepto de familia del concepto constitucional de matrimonio, a fin de afirmar que la familia podía tener su origen en uniones distintas a las reconocidas en el artículo 77 de la Constitución. Para afirmar ello la Sala partió de una falacia: sostener que, desde la Constitución, no toda familia tiene su origen en el matrimonio. Lo que en realidad había señalado la Sala en sus decisiones previas es que la familia puede tener su origen en el matrimonio o en una unión estable de hecho. Pero siempre la familia debía formarse de una unión estable (de hecho, o de derecho) entre un hombre y una mujer.

No obstante, en su sentencia N° 693/2015 la Sala, al afirmar que no toda familia tiene su origen en el matrimonio, abrió la puerta para un concepto “extendido” de familia, incluso, cuando su origen no sea una unión estable entre un hombre y una mujer<sup>1</sup>.

### III. LA DEFINITIVA “MUTACIÓN” DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Esa fue la puerta que tomó la Sala Constitucional en su sentencia N° 1.187/2016, ya citada. Allí se afirmó que el concepto constitucional de familia no depende de su forma de conformación. Por ello, la Sala extendió el concepto de familia a aquella derivada de la reproducción biológica, incluso, en el marco de uniones entre personas del mismo sexo, esto es, la “familia homoparental”.

Con base en estos razonamientos, la Sala Constitucional concluyó que la “jefatura de las familias” puede ser ejercida por la “familia homoparental”, y por ende *“el Estado brindará protección sin distinción a la forma de conformación de la familia, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes nacidos en familias homoparentales, siendo éstos sujetos de derecho, que gozan de todos los derechos y garantías consagradas a favor de las personas en el ordenamiento jurídico al igual que cualquier otro niño que haya nacido dentro de una familia tradicional”*.

En su sentencia N° 1.187/2016, y con base en el antecedente contenido en la sentencia N° 693/2015, la Sala Constitucional hizo algo que sabe hacer muy bien: cambiar el contenido y sentido de la Constitución. Esto es lo que se conoce como una “mutación” constitucional: al interpretar la Constitución, el intérprete, en realidad, está cambiando ilegítimamente la Constitución<sup>2</sup>.

Esta mutación constitucional se basa en la artificial separación entre el concepto constitucional de familia (artículo 75) y el concepto constitucional de matrimonio (artículo 77). La única razón que justifica la intervención del Estado en la unión estable de un hombre y una mujer es la protección constitucional de la familia. Por eso el artículo 77 de la Constitución condicionó el concepto de matrimonio no solo a la unión entre un hombre y una mujer, sino que además exigió que esa unión fuese estable. ¿Por qué? Por cuanto la estabilidad de esa unión es, para la Constitución, una condición necesaria –pero no suficiente– para proteger la familia.

Ese es el sentido de la frase final del artículo 75. Cuando esa norma señala que el *“Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia”*, está reconociendo que la base de la familia cuya protección constitucional se asume, es la unión entre un hombre (padre) y una mujer (madre), al margen de que exista matrimonio, pues también la Constitución reconoció la tutela de la unión de hecho. La expresión “jefatura de la familia” no puede, por ello, alterar el concepto constitucional de familia, y solo puede aludir a aquellos casos en los cuales no existe el padre o la madre.

<sup>1</sup> Véanse nuestros comentarios críticos en Hernández G., José Ignacio, “Breves comentarios sobre las bases constitucionales de la familia y el divorcio en Venezuela”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 6, Caracas, 2016, pp. 107 y ss.

<sup>2</sup> Cfr.: Brewer-Carías, Allan, “La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional en materia de justicia constitucional”, 2009, consultado en [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com).

Ese concepto de familia y matrimonio es, por lo demás, el concepto derivado de las distintas Leyes que componen el Derecho a la Familia en Venezuela. Se podrá estar o no de acuerdo con ese concepto. Pero, al final, es el concepto asumido por la Constitución y que, como tal, resulta vinculante para todos los Poderes Públicos. Pero la Sala Constitucional, usurpando nuevamente el rol de “máximo y último intérprete” de la Constitución, decidió cambiar no solo el concepto constitucional de familia, sino, además, el concepto derivado de todas las Leyes que regulan esa materia.

Como se afirma en el voto salvado de la sentencia, para resolver el caso sometido a su consideración –la tutela de los derechos del menor de edad involucrado– la Sala Constitucional no tenía que cambiar el concepto constitucional de familia. La protección de esos derechos era posible, a través de los remedios legales apropiados, sin necesidad de cambiar el concepto de familia.

#### IV. LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LA FAMILIA, SEGÚN LA SALA CONSTITUCIONAL

El ilegítimo cambio del concepto constitucional de la familia es aprovechado por la Sala Constitucional para cambiar, también, el rol que el Estado debe cumplir en relación con la familia.

De acuerdo con la Constitución, el Estado solo cumple un rol con la familia: protegerla. ¿Por qué el Estado tiene que proteger a la familia? Pues la Constitución entiende que la familia es una “asociación natural de la sociedad”, con lo cual, la protección de la sociedad requiere la protección de la familia y, por ende, la protección del matrimonio, como este es definido en el artículo 77 de la Constitución.

Fuera de esa justificación, cualquier otra intervención del Estado en esta materia es ilegítima. La unión estable que da origen al matrimonio, de acuerdo con el citado artículo 77, es producto de la relación libre entre ciudadanos. Como regla, el Estado no tiene por qué regular relaciones libres y voluntarias entre ciudadanos, más allá de los casos admitidos en la Constitución. Esta es la razón por la cual, bajo la Constitución, el Estado no puede prohibir o limitar relaciones entre personas del mismo sexo: estas relaciones responden a la libre voluntad de cada quien. Si el Estado interviene en la unión estable entre un hombre y una mujer, es únicamente por cuanto esa unión, como asociación natural, puede dar origen a la familia, de acuerdo con lo establecido con la Constitución. Cualquier intervención, fuera de esa justificación, es por ende ilegítima.

Pero la Sala Constitucional, al cambiar el concepto de familia, amplió la justificación para la intervención del Estado en relaciones entre particulares. Como resultado de ello, la Sala Constitucional cambió también el rol del Estado respecto de la familia, afirmando el principio de “co-responsabilidad”. Esto quiere decir que la “jefatura de la familia” ya no solo responde a quienes conforman el ampliado concepto de familia, sino también al Estado y a la sociedad.

Para la Sala Constitucional, el Estado es también jefe de familia, y por ello, por ejemplo, también educa de acuerdo con los postulados políticos del plan de la patria. Una afirmación que es propia de aquellos regímenes totalitarios que no reconocen la separación entre el Estado y la sociedad.

# NUEVO SECUESTRO DEL DERECHO DEL PUEBLO A LA REALIZACIÓN DEL REFERENDO REVOCATORIO PRESIDENCIAL PERPETRADO POR LA SALA ELECTORAL, ALGUNOS TRIBUNALES PENALES Y EL PODER ELECTORAL

Allan R. Brewer-Carías  
*Director de la Revista*

**Resumen:** *El presente comentario analiza la sentencia N° 147 de 17 de octubre de 2016 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia que restringió inconstitucionalmente el ejercicio del derecho a referendo revocatorio presidencial, y de las sentencias de varios tribunales penales que suspendieron en forma indefinida la realización del mismo.*

**Palabras Clave:** *Referendo Revocatorio. Condiciones.*

**Abstract:** *This comment refers to the decision N° 147 of October 17, 2016 of the Electoral Chamber of the Supreme Tribunal in which it established unconstitutional conditions for the repeal presidential referendum, and to the criminal jurisdiction tribunals that indefinitely suspended such referendum.*

**Key words:** *Repeal referendum. Conditions.*

En octubre de 2016, se secuestró definitivamente en Venezuela el derecho ciudadano a la realización del referendo revocatorio presidencial que garantizan los artículos 6, 70 y 72 de la Constitución, por parte del Poder Judicial, mediante una combinación de dos grupos de decisiones: *por una parte*, la decisión adoptada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia el 17 de octubre de 2016 de exigir, contrariando la Constitución, que el veinte por ciento de las firmas de respaldo para la convocatoria del referendo revocatorio del Presidente de la República, que había previsto el Consejo Nacional Electoral que se realizara los días 26 al 28 de octubre de 2016 se debía cubrir en todos y cada uno de los estados y el Distrito Capital, individualmente, y no solo a nivel global en la circunscripción nacional; y segundo, la decisión cautelar adoptada por varios tribunales nacionales, al unísono, en diversas circunscripciones de la República, de suspender temporalmente, lo que en términos reales es *sine die*, la realización misma de dicho proceso de recolección de firmas prevista para los días 26 al 28 de octubre de 2016, las cuales fueron inmediatamente “acatadas” por el Poder Electoral.

Con estas decisiones se manifiesta la voluntad del régimen de que en Venezuela no se realizará referendo revocatorio alguno.

## I. LA ACTUACIÓN DE LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Después de todos los obstáculos que durante todos los primeros meses de 2016 puso a la realización del referendo revocatorio el Consejo Nacional Electoral, la primera intervención del Poder Judicial en contra de la realización del referendo revocatorio que debió realizarse

en 2016 se produjo mediante la sentencia N° 147 de 17 de octubre de 2016 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, dictada al decidir un recurso de “interpretación” de los artículos 15 y 29 de las “Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargo de Elección Popular,” de 18 de diciembre de 2007<sup>1</sup> (en lo adelante *Normas de 2007*) ejerciendo la competencia que tiene conforme al 31.5, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En dicha sentencia se decidió, sin que la Sala efectivamente “interpretara” lo que se le pidió, y contrariando lo establecido tanto en el artículo 72 de la Constitución como en las normas supuestamente “interpretadas,” que

“la convocatoria del referendo revocatorio requiere reunir el veinte por ciento (20%) de manifestaciones de voluntad del cuerpo electoral en todos y cada uno de los estados y del Distrito Capital de la República. La falta de recolección de ese porcentaje en cualquiera de los estados o del Distrito Capital, haría nugatoria la válida convocatoria del referendo revocatorio presidencial”.

Es decir, con esta sentencia, la Sala Electoral, sin argumento ni razonamiento alguno, mutando la Constitución, simplemente dijo que el artículo 72 de la misma no dice lo que dice; pues lo que dice está muy alejado de lo resuelto en la sentencia. La norma en efecto, dispone claramente en cambio, que la iniciativa popular para el referendo revocatorio de mandato el Presidente de la República, quien es electo en la circunscripción nacional, debe estar respaldada por “*un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción,*” es decir, en la circunscripción nacional, lo que implica que es ese porcentaje de todo el Registro o padrón electoral globalmente considerado y no de los electores o electoras inscritos “*en todos y cada uno de los estados y del Distrito Capital de la República.*”

Tan absurda es la sentencia que lo que faltaría por preguntarle a su Ponente, es ¿Por qué impuso que esta inconstitucional limitación se materializara a nivel de estados y del Distrito capital, y no exigió, para promover la participación política, que se materializara en lo que la Constitución considera como la unidad política primaria de la organización nacional, que es el Municipio (art. 168), disponiendo así que la recolección de firmas se hubiese hecho en el porcentaje del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos, no en los estados, sino *en todos y cada uno de los Municipios de la República?*

Como fundamento de esta absurda sentencia, la Sala dijo lo que es obvio, que:

“La etapa de recolección de las manifestaciones de voluntad no puede ni debe confundirse con el referéndum en estricto sentido, en el cual sí participa la totalidad del padrón electoral, universalidad que abarca a todos los electores tanto a los que apoyan la revocatoria del mandato como a aquéllos que aspiran a ratificar en el cargo al funcionario electivo sometido a la consulta popular. La recolección de las manifestaciones de voluntad no constituye en ningún caso, por consiguiente, ni una consulta, ni un referendo, ni un plebiscito.”

Ello es cierto, pero no para ignorar que el referendo de revocación de mandato de un funcionario electo en la circunscripción nacional, como lo es el Presidente de la República, lo que exige es precisamente asegurar la participación de la totalidad del electorado, en dicha circunscripción nacional.

Precisamente por ello, la Sala Electoral fue la que no debió confundir la etapa de recolección de las manifestaciones de voluntad para la revocación según cargos electivos: nacionales, estatales y municipales, respecto de los cuales la Constitución y las Normas del Con-

<sup>1</sup> Véase en *Gaceta Electoral* N° 405 de fecha 18 de diciembre de 2007.

sejo Nacional Electoral lo que exige es recolectar el veinte por ciento de las firmas de electores en la respectiva circunscripción nacional, estatal o municipal, según que se trate de un electo nacionalmente, en un estado o en un municipio; y simplemente eliminar la existencia de la circunscripción nacional para la elección y revocación del Presidente de la República.

Un Presidente de la República se elige cuando el candidato haya “obtenido la mayoría de votos válidos” en la circunscripción nacional de toda la República (art. 228), por lo que para revocarle el mandato, la solicitud debe estar respaldada igualmente por un veinte por ciento de electores en toda la República, independientemente de que el porcentaje se refleje en cada estado, en cada municipio o en cada centro electoral de recolección de firmas, no habiendo base alguna en la Constitución para exigir que en cada una de las circunscripciones electorales de cada Estado y del Distrito Capital tenga que estar respaldada por el 20% de los electores inscritos en cada una de esas circunscripciones.

Ello, simplemente se aparta de lo que exige la Constitución, y lo más grave es que se ha hecho en una sentencia que es nula por simplemente carecer de “motivación,” en la cual lo que se expresa es solo la opinión de los jueces sobre lo que quisieran que dijera la Constitución, pero que no lo dice.

## II. EL GOBIERNO DE MANDATOS REVOCABLES

El artículo 6 de la Constitución venezolana de 1999 establece que el gobierno de la República y de las entidades políticas que la componen, es decir, básicamente de la República, los estados y los municipios, “es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y *de mandatos revocables*”.

La revocación de los mandatos de elección popular, por tanto, de acuerdo con la Constitución, debería ser de la esencia del sistema de gobierno de Venezuela, para lo cual se lo consagra, además, como un derecho político de los ciudadanos.

Para ello, el artículo 62 de la Constitución establece el derecho de éstos de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos; enumerándose en el artículo 70 de la Constitución los siguientes “medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, *la revocación del mandato*, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros”.

Adicionalmente, el artículo 198 de la Constitución regula los efectos de la *revocación del mandato de los diputados* a la Asamblea Nacional, disponiendo que aquellos cuyo mandato fuese revocado no pueden optar a cargos de elección popular en el siguiente período; y el artículo 233 enumera como causa de falta absoluta del Presidente de la República “*la revocación popular de su mandato*”.

La revocación del mandato de los representantes electos, por tanto, es un mecanismo de “participación política del soberano en los asuntos que le conciernen”, lo que exige al juez interpretar el ordenamiento jurídico, adaptando sus normas “a los valores, principios y reglas que pauta el nuevo Texto Fundamental, que resulta ser la guía orientadora en toda

labor hermenéutica progresiva y ajustada a los nuevos valores de nuestro ordenamiento,”<sup>2</sup> y no contrariándolos como lo ha hecho la Sala Electoral en la sentencia N° 147 de 17 de octubre de 2016.

Pero no ha sido esta la primera vez que se ha contrariado la Constitución, secuestrándose el derecho a la revocación de mandatos por obra de una conspiración entre el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Supremo de Justicia.

### III. LAS CONDICIONES CONSTITUCIONALES PARA EL REFERENDO REVOCATORIO DE MANDATOS DE ELECCIÓN POPULAR Y EL PRIMER SECUESTRO DEL DERECHO CIUDADANO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA MEDIANTE REFERENDO REVOCATORIO EN 2004

En efecto, recordemos que conforme a los artículos 6 y 70 de la Constitución uno de los medios de participación ciudadana en lo político, es “la revocación del mandato,” sobre lo cual el artículo 72 dispone que:

“transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, *un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción* podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato”.

Dicha norma fue objeto de interpretación por parte de la Sala Constitucional, mediante sentencia N° 1139 de 5 junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*),<sup>3</sup> en la cual, sobre los requisitos mínimos de orden formal que se requieren para ejercer el derecho, en resumen estableció, sobre el referendo revocatorio, que:

a) Está sujeto a un límite de naturaleza temporal como es, sin duda, que el derecho al referendo revocatorio sólo puede ejercerse una vez que haya transcurrido la mitad del período del funcionario cuya revocación se persigue;

b) Entre los requisitos formales de la solicitud, como formas esenciales que se deben cumplir inexorablemente, como “imprescindibles”, está la exigencia de que la petición o solicitud de revocación exprese con precisión “el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido popularmente, con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo”;

c) Teniendo el referendo revocatorio como único origen la *iniciativa popular*; el derecho al referendo revocatorio tiene como titulares a los ciudadanos integrantes del cuerpo electoral, por lo que la solicitud debe ir acompañada, “de los nombres y apellidos, números de cédula de identidad y las firmas respectivas”, para que sean verificadas por el Consejo Nacional Electoral, el cual debe constatar, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral, “la debida inscripción de los electores y electoral que figuran como solicitantes de la revocación del mandato en el registro Electoral de la correspondiente circunscripción, pues, es éste el único organismo autorizado para verificar tales datos”;

d) La solicitud debe formularse ante el Consejo Nacional Electoral;

<sup>2</sup> Véase la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, N° 170 de 22 de diciembre de 2000 (Caso: *Club Social Layalina*), en *Revista de Derecho Público*, N° 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 49 y ss.

<sup>3</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 164 y ss.

e) La actividad del Consejo Nacional Electoral se ciñe a verificar las reglas del artículo 72 de la Constitución, con lo cual tiene prohibido cualquier “margen de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud”; y

f) El Consejo Nacional Electoral no puede “establecer –en las normativas de carácter sub legal que dicte– nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato, no contempladas en el marco constitucional vigente.”

La Constitución es clara, y la Sala Constitucional, lo que hizo fue precisar la claridad.

Sin embargo, en ausencia de una normativa legal que desarrollara dicha norma del artículo 72 de la Constitución, el Consejo Nacional Electoral en septiembre de 2003, con motivo de rechazar una solicitud de referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República (*el “Firmazo”*) que se formuló contra el Presidente Hugo Chávez, comenzó a dictar normas para secuestrar el derecho ciudadano a la realización de referendos revocatorios,<sup>4</sup> de manera que antes que facilitar su ejercicio, comenzó a establecer trabas y requisitos que afectaron su ejercicio y lo limitaron más allá de lo permitido en la Constitución. Así impuso, por ejemplo, las limitaciones que afectaron la formulación de la petición por los electores, pues sin fundamento constitucional alguno, se estableció que las firmas en respaldo de la petición de los referendos sólo podía estamparse en un formulario preestablecido en papel especial diseñado por el Consejo Nacional Electoral, y que las dichas firmas sólo se podían estampar en unos lugares precisos y en un plazo de sólo unos días preestablecidos, eliminando además, el derecho de los ciudadanos que estuviesen fuera del país de poder respaldar con su firma la petición.

Posteriormente, en forma sobrevenida, con motivo de la presentación de la solicitud de revocatoria de mandato del Presidente de la República (*“El Reafirmazo”*), el Consejo Nacional Electoral estableció en una nueva Resolución<sup>5</sup>, requisitos formales adicionales, como el que la inscripción de los datos de los solicitantes debían ser escritos de puño y letra de cada uno de ellos, lo que llevó al cuestionamiento de un número considerable de peticiones (*“Los Reparos”*).<sup>6</sup>

Todas estas previsiones, por aproximaciones sucesivas, se siguieron afinando en forma limitativa al derecho, hasta que fueron todas refundidas en las *Normas de 2007*.

---

<sup>4</sup> Ello lo hizo mediante Resolución N° 030912-461 de fecha 12 de septiembre de 2003, y luego Resolución N° 030925-465, se dictaron las “Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular” (*G.O.* N° 37.784 del 26 de septiembre de 2003).

<sup>5</sup> Resolución N° 040302-131 del Consejo Nacional Electoral de 2 de marzo de 2004.

<sup>6</sup> Del total de 3.467.050 firmas o peticiones presentadas, fueron objetadas 876.017 firmas aproximadamente. La antes indicada Resolución, que estableció en forma sobrevenida los señalados requisitos, fue impugnada ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo, la cual la anuló; pero la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo, a su vez, al conocer de un recurso de revisión y de una posterior solicitud de avocamiento al conocimiento de la causa, la admitió y anuló la sentencia de la Sala Electoral. Se produjo, así, el secuestro de la Sala Electoral y la confiscación del derecho a la participación política de los ciudadanos. Véase Brewer-Carías, Allan R. *La Sala Electoral vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Ediciones El Nacional, Caracas, 2004.

Siendo el derecho a revocar, un derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen a la participación política, el mismo no puede restringirse ni siquiera por ley, por lo que menos aún podría restringirse mediante actos que no son leyes, como son las Resoluciones del Consejo Nacional Electoral, violando el principio de la reserva legal. Ello, además, había sido reafirmado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 321 de 22 de febrero de 2002, en la cual señaló que las limitaciones a los derechos constitucionales “derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas.”<sup>7</sup>

En 2004, a pesar de todos los obstáculos establecidos, el referendo revocatorio del mandato del Presidente Hugo Chávez se realizó finamente, habiendo sido éste revocado en su mandato en los términos establecidos en la Constitución. Frente a ello, sin embargo, se produjo el primer secuestro del derecho ciudadano a la revocación de mandatos por obra de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo Nacional Electoral,<sup>8</sup> que finalmente transformaron el referendo revocatorio en un referendo “ratificatorio” o en un simple plebiscito no previsto en la Constitución.

En efecto, el mismo artículo 72 de la Constitución es diáfano al disponer que:

“Cuando igual o mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.”

Tal como lo señaló la Sala Constitucional en la misma sentencia antes señalada, N° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*), “la votación favorable a la revocación debe ser igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, sin que puedan someterse tales condiciones numéricas a procesos de ajuste o de proporción alguno,” produciéndose con ello la revocación del mandato de elección popular. Y nada más.

<sup>7</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/321-220202-01-0559%20.HTM>.

<sup>8</sup> Véase sobre dicho proceso Brewer-Carías, Allan R. *la Sala Constitucional vs. El Estado de Derecho*, Libros El Nacional, Caracas, 2004. Véase igualmente sobre el tema mis trabajos: “El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela: 2000-2004,” en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, 2004. pp. 167-312; “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004,” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005, pp. 11-73; “El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en *Stvdi Vrbinati, Rivista tgrimestrale di Scienze Giuridiche*, Politiche ed Economiche, Año LXXI – 2003/04 Nuova Serie A– N. 55,3, Università degli studi di Urbino. Urbino, Italia, 2004. pp. 379-436, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV N° 55. Lima, marzo-abril 2004, pp. 353-396; en el libro: Juan Pérez Royo, Joaquín Pablo Urias Martínez, Manuel Carrasco Durán, Editores, *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson-Aranzadi. Madrid, 2006, pp. 1081-1128; “El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia” en *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*, Editorial Aequitas. Caracas, 2004, pp. 13-58

Sin embargo, de manera evidentemente inconstitucional, en las *Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorias de mandatos de Elección Popular* dictadas por el Consejo Nacional Electoral de 25 de septiembre de 2003,<sup>9</sup> si bien se estableció que se considera revocado el mandato “si el número de votos a favor de la revocatoria es igual o superior al número de los electores que eligieron al funcionario”, se agregó la frase: “y no resulte inferior al número de electores que votaron en contra de la revocatoria” (Art. 60); agregado éste mediante el cual se restringió el derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares, al establecerse un elemento que no está en la Constitución relativo a los efectos del voto por la “no revocación”.

Con ello se sentó la base para trastocar la naturaleza “revocatoria” del referendo que regula el artículo 72 de la Constitución, para convertirlo en un referendo “ratificatorio” de mandatos de elección popular.

Lo inaudito de este fraude constitucional, fue que dicho criterio luego lo avaló la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, también en una frase contenida en la sentencia N° 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), en la cual señaló que:

“Se trata de una especie de relegitimación del funcionario y en ese proceso democrático de mayorías, incluso, si en el referendo obtuviese más votos la opción de su permanencia, *debería seguir en él*, aunque voten en su contra el número suficiente de personas para revocarle el mandato.”<sup>10</sup>

Con esa base se secuestró el derecho ciudadano al referendo revocatorio, y se cambió la Constitución, cometiéndose un fraude a la voluntad popular, porque a pesar de que una vez realizado el referendo revocatorio del Presidente Hugo Chávez en 2004, su mandato quedó revocado en su mandato, sin embargo, fue “ratificado” en el cargo.

En efecto, el Presidente Chávez había sido electo en agosto de 2000 con 3.757.774 votos, y en el referendo revocatorio de 2004, 3.989.008 se inclinaron por la opción “Sí” para revocar el mandato del Presidente Chávez, por lo que conforme al artículo 72 de la Constitución su mandato quedó revocado. Todo ello lo publicó el Consejo Nacional Electoral en la Resolución N° 040826-1118 de 26 de agosto de 2004<sup>11</sup> indicando sin embargo que los votos por la opción NO habían sido de 5.800.629 votos, deduciendo de ello, en contra de la Constitución, que en lugar de haber quedado Chávez revocado, habría sido “ratificado” para que “culminara su período constitucional en el año 2006,” como si se tratase de un plebiscito.

Con esta Resolución, se consolidó el fraude constitucional que había ido configurándose, al trastocarse una “revocación de mandato” en una supuesta “ratificación de mandato” de un funcionario que había quedado constitucionalmente revocado.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Resolución N° 030925-465 de 25-09-2003.

<sup>10</sup> En *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003.

<sup>11</sup> Véase en *Gaceta Electoral* N° 210 de 30-08-2004.

<sup>12</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “La Sala Constitucional vs. el derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares: de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un “referendo ratificatorio,” en el libro *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, N° 2, Caracas, 2007, pp. 349-378.

Después de este primer secuestro del derecho ciudadano a la revocación popular de mandatos, las limitaciones inconstitucionales establecidas por el Consejo Nacional Electoral se multiplicaron sucesivamente, en la misma línea de secuestrar el derecho a la participación política mediante el ejercicio del derecho ciudadano a la revocación de mandatos,<sup>13</sup> estableciéndose, en forma evidentemente inconstitucional, unas condiciones previas para que pudiera realizarse un referendo revocatorio, consistentes en la necesidad ineludible –no exigida en la Constitución– de tener que establecerse una “agrupaciones de electores” para promover el referendo revocatorio, con la exigencia de que para ello se necesita un respaldo de firmas de ciudadanos “mayor o igual al uno por ciento (1%) de la población inscrita en el Registro Electoral del municipio, del estado o nacional” (art. 6), para cuya recolección se establecieron todas las trabas imaginables de carácter formal, de manera que sea una de esas agrupaciones la que pueda promover la recolección de las firmas de al menos “veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción” como lo exige el artículo 72 de la Constitución para solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Dicho “veinte por ciento de los electores” necesarios para solicitar la convocatoria del referendo revocatorio, como lo dice la Constitución, son los “inscritos en la correspondiente circunscripción”, por supuesto, según que se trate de la revocación de mandatos de funcionarios electos en la circunscripción nacional, estatal y municipal, de manera que evidentemente, si se trata del Presidente de la República, electo en la circunscripción nacional, el 20% de las firmas es en el nivel nacional; si se trata de la revocación de los diputados, del gobernador de un Estado de los diputados a los Consejos Legislativos de los Estados, el 20% de las firmas debe ser de los electores de la circunscripción del Estado respectivos; y si se trata de la elección de los Alcaldes o miembros de los Concejos Municipales, el 20% de las firmas debe ser de los electores de la circunscripción del Municipio de que se trate. No es necesario ser “jurista” o versado en leyes para entender lo que el constituyente estableció.

#### IV. EL NUEVO SECUESTRO DEL DERECHO A LA REVOCATORIA DEL MANDATO PRESIDENCIAL POR LA SALA ELECTORAL EN OCTUBRE DE 2016

Sin embargo, así no lo entendieron los órganos del Estado que debieron ser los garantes del cumplimiento de la Constitución en 2016.

En efecto, a pesar de todas las trabas inconstitucionales dispuestas por el Consejo Nacional Electoral para la efectiva realización de un referendo revocatorio de mandatos populares, la oposición democrática en Venezuela, durante el año 2016, representada por la mesa de la Unidad Democrática (MUD), promovió la realización del referendo revocatorio de quién

<sup>13</sup> Véase las “Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular,” mediante Resolución N° 070207-036, publicada en la *Gaceta Electoral* N° 356 del 12 de febrero de 2007, la cual fue objeto de modificación mediante la Resolución N° 07041f3-347, del 13 de abril de 2007, publicada en la *Gaceta Electoral* N° 373 del 07 de mayo de ese mismo año; y dictó las “Normas para la Constitución y Registro de las Agrupaciones de Ciudadanas o Ciudadanos que participarán en los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular contenidas en la Resolución N° 070207-047; publicada en la *Gaceta Electoral* N° 358 del 14 de febrero de 2007”. Todas esas normas, fueron derogadas y sustituidas por las “Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular” dictadas mediante Resolución N° 070906-2770 de 06 de septiembre de 2007, publicada en *Gaceta Electoral* N° 405 de la misma fecha.

ejerce la presidencia de la República, Nicolás Maduro, habiendo recogido un número de firmas (409.313) con creces mayor del uno por ciento de las firmas necesarias (194.708) para cumplir con el primer paso reglamentario, es decir, el de constituir la agrupación de ciudadanos para promover el revocatorio.<sup>14</sup>

Sin embargo, un vez cumplido con el primer requisito inconstitucional, la oposición democrática se encontró con que en el Consejo Nacional Electoral, también inconstitucionalmente, anunció que se aplicaría para la solicitud de referendo revocatorio, en contra de lo establecido en la Constitución, que las firmas que se requerían para obtener el respaldo para convocar el referendo, del “veinte por ciento de los electores o *electoras inscritos en la correspondiente circunscripción*” que es lo que dice la Constitución, no era tal, sino que debía ser el veinte por ciento de los electores o *electoras inscritos en cada una de las circunscripciones de los Estados*.

Es decir, que en lugar de recolectar el respaldo del 20% de electores inscritos en el registro Electoral a nivel nacional, debían recolectarse 20% de respaldo de electores, en cada una de las circunscripciones de cada uno de los Estados de la República y del Distrito Capital, lo cual fue luego “ratificado” por la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia N° 417 del 17 de octubre de 2016,<sup>15</sup> que comentamos, dictada con motivo de un “recurso de interpretación” intentado una semana antes, el 11 de octubre de 2016, por el Coordinador Nacional de un partido político, respecto de lo dispuesto en los artículos 15 y 29 de la mencionada Resolución N° 070906-2770, de 6 de septiembre de 2007, del Consejo Nacional Electoral, contentiva de las “Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargo de Elección Popular.”<sup>16</sup>

Las normas cuya interpretación se solicitó, en la materia repiten exactamente lo que prevé el artículo 72 de la Constitución, sobre que la iniciativa popular para solicitar un referendo revocatorio de mandato corresponde a “un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores y electoras inscritos en el Registro Electoral para el momento de la solicitud en la circunscripción correspondiente” (art. 15), de manera que la verificación de las manifestaciones de voluntad que se efectúe, después de presentada la solicitud, debe ser en un número “es igual o mayor al veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción de que se trate”(art. 29).

Lo único distinto a lo que establece la Constitución que se incorporó a estas normas fue la precisión de que el referido veinte por ciento se refiere a los electores inscritos en la “circunscripción correspondiente” o “la circunscripción de que se trate” refiriéndose, obviamente, a la circunscripción nacional para la revocación del Presidente de la República, a las circunscripciones estatales respectivas, para la revocación de los diputados a la Asamblea Nacional, los gobernadores y diputados a los Consejos Legislativos de los Estados, y a las circunscripciones municipales respectivas, para la revocación de los alcaldes y miembros de los Concejos Municipales. Nada dudoso, por tanto, existe en esas normas que ameritase ser “interpretado.”

<sup>14</sup> Véase las reseñas de prensa sobre el proceso de recolección de firmas en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/25/america/1466820033\\_284575.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/25/america/1466820033_284575.html); <http://www.larazon.net/2016/08/01/cne-aprueba-el-1-de-firmas-para-el-revocatorio/> y <http://www.laverdad.com/politica/102117-cne-aprueba-informe-sobre-el-1-de-firmas-para-revocatorio.html>.

<sup>15</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/octubre/190852-147-171016-2016-2016-000074.HTML>.

<sup>16</sup> Véase en *Gaceta Electoral* N° 405 de fecha 18 de diciembre de 2007.

El recurrente, en realidad, lo único que alegó fue que, según un cuadro extraído del portal web del Consejo Nacional Electoral, de 21 de septiembre de 2016, donde se habría aprobado un “cronograma para recolección del 20% de solicitudes para activar referendo revocatorio,” se apreciaba que el Poder Electoral había establecido los sistemas para la recolección de manifestaciones de voluntad “sobre la base del *veinte por ciento (20%) del Registro Electoral de cada circunscripción de los Estados.*” De ello, adujo el recurrente, se generaba una supuesta “duda razonable con respecto a este requisito de procedencia,” toda vez que no existía a su juicio “una disposición clara y precisa que determine la fórmula de cuantificación de las manifestaciones de voluntad necesarias para la activar la convocatoria del referendo revocatorio del texto de los artículos 15 y 29 de las Normas señaladas,” lo que por supuesto no era cierto. En tal sentido afirmó erradamente que

“de las normas citadas no se desprende con claridad si la procedencia de la convocatoria requeriría reunir el veinte por ciento (20%) de las manifestaciones de voluntad en todos y cada uno de los estados y en el Distrito Capital de la República.”

Como se dijo, la Constitución es clara, y claras son las disposiciones citadas de las Normas del Consejo Nacional Electoral; pero sin embargo, a pesar de ello, el recurrente insistió en solicitar un pronunciamiento de la Sala, no sobre la claridad de las normas, sino sobre lo que el Consejo Nacional Electoral estaba en proceso de establecer en relación con la recolección de manifestaciones de voluntad “del veinte por ciento (20%) del padrón electoral *según cada entidad federal,*” argumentando que “no se ha hecho público el criterio de cuantificación de ese Poder Electoral en cuanto a si se requiere reunir el veinte por ciento (20%) de las manifestaciones *en cada entidad federal.*”

La Sala, para decidir, partió de lo establecido en el artículo 72 de la Constitución, así como de la interpretación de dicho artículo establecida por la Sala Constitucional mediante sentencia N° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*), antes comentada, que fue desarrollado conforme a la doctrina establecida en la sentencia de la misma Sala Constitucional N° 566 de 12 de abril de 2004, por el Consejo Nacional Electoral mediante las Normas antes citadas en “ejecución directa e inmediata de la Constitución, en la medida en que no se ha dictado aún legislación alguna para regular las distintas modalidades referendarias.” Y hecho esto, pasó entonces a identificar la supuesta duda sobre la interpretación de las normas de los artículos 15 y 29 de las citadas Normas, sobre las cuales:

“La duda que plantea el recurrente existiría porque, a su decir, a pesar de que el Consejo Nacional Electoral dispuso la organización de los centros y puntos de recolección de las manifestaciones de voluntad según el veinte por ciento (20%) del cuerpo electoral de cada uno de los estados y del Distrito Capital, expresan los solicitantes, “no se ha hecho público el criterio de ese Poder Electoral en cuanto a si se requiere reunir el veinte por ciento (20%) de las manifestaciones en cada entidad federal.”

Se advierte de nuevo, que no se trataba de duda alguna sobre lo que las normas disponen, sino sobre lo que el Consejo Nacional Electoral estaba interpretando erradamente de las mismas al haber establecido el 21 de septiembre de 2016, el mencionado “cronograma conforme al cual se llevará a efecto el evento de la recolección de manifestaciones de voluntad así como el cuadro de acuerdo con el cual se llevará a cabo la referida recolección.”<sup>17</sup>

<sup>17</sup> La sentencia cita la siguiente Fuente: <http://www.cne.gov.ve/web>, ‘CNE aprobó cronograma para recolección del 20% de solicitudes para activar referendo revocatorio’...”.

De la lectura del cronograma, la Sala Electoral apreció que el Consejo Nacional Electoral había asumido “como criterio de cuantificación de las indicadas manifestaciones de voluntad el que la recolección de las mismas fuera la expresión del veinte por ciento (20%) del cuerpo electoral de cada entidad federal y del Distrito Capital,” deduciendo de ello, que dicho cuerpo, “en ejercicio de sus atribuciones constitucionales,” había “adoptado un criterio interpretativo sobre la normativa sancionada por esa instancia electoral,” es decir, las “Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular,” y que ello a juicio de la Sala Electoral, sin más, es decir, sin realizar el más mínimo esfuerzo interpretativo, y sin siquiera referirse a lo que dispone la Constitución, consideró que

“el esquema aprobado por el Consejo Nacional Electoral ostenta la naturaleza de una *interpretación auténtica*, es decir, la atribución específica de sentido a la propia normativa sancionada por el Consejo Nacional Electoral.”

Y para justificar el desaguizado, la Sala Electoral, lo único que argumentó es que el criterio del Consejo Nacional Electoral, supuestamente se correspondía “con el particular modelo venezolano de Estado Federal Descentralizado,” montado sobre la idea de que “los estados son entidades federales autónomas e *iguales en lo político* conforme al artículo 159 de la Constitución,” lo cual evidentemente nada tiene que ver con lo establecido por el Consejo Nacional Electoral.

En su “argumentación” comentando la interpretación “auténtica” del Consejo Nacional Electoral, la Sala Electoral continuó “precisando” que “la recolección de las manifestaciones de voluntad para solicitar el referendo revocatorio “no puede ni debe confundirse con el proceso referendario en estricto sentido,” cosa que nadie había hecho, ni siquiera el recurrente, agregando también la precisión de que “la recolección de las manifestaciones de voluntad no constituye en ningún caso, por consiguiente, ni una consulta, ni un referendo, ni un plebiscito. Así se declara,” cuando tampoco nadie había alegado ni argumentado sobre tales “hipotéticas” confusiones.

Y entonces, expuesto la anterior, la Sala Electoral concluyó su sentencia “circunscribiéndose a la duda planteada por el recurrente,” afirmando que los mencionados artículos 15 y 29 de las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular:

“deben interpretarse en el sentido de que *una válida convocatoria del referendo revocatorio requiere reunir el veinte por ciento (20%) de manifestaciones de voluntad del cuerpo electoral en todos y cada uno de los estados y del Distrito Capital de la República.*”

De este modo, no ha lugar a dudas, que la cuantificación que efectúe el Consejo Nacional Electoral, una vez realizado el evento de recolección de voluntades, se limitará a verificar y certificar por cada entidad federal, individualmente considerada, que se cumplió debidamente con la participación del porcentaje del veinte por ciento (20%) exigido constitucionalmente para cada circunscripción; no habiendo lugar a sumatorias ni compensaciones entre entidades federales, dado el principio de igualdad política de los estados. Por consiguiente, *la falta de recolección de ese porcentaje en cualquiera de los estados o del Distrito Capital, haría nulatoria la válida convocatoria del referendo revocatorio presidencial.* Así se declara.”

Y fue todo. Una sentencia de “interpretación” de unas disposiciones de las mencionadas Normas de 2007 del Consejo Nacional Electoral que no hacen otra cosa que no sea repetir lo que dice la Constitución; pero que nada interpreta, sino que copia lo que el Consejo Nacional

Electoral “interpretó,” así ello hubiese estado errado y contrariase la Constitución, no formulando siquiera un solo argumento que pudiese incluso ser el “justificativo” la errada interpretación, la cual simplemente dio por “auténtica.”<sup>18</sup> Y nada más.

En esta forma, de nuevo, de un plumazo se cambió la Constitución, secuestrándose una vez más el derecho ciudadano a la participación política mediante el referendo revocatorio del mandato presidencial que debía realizarse en 2016.

#### V. EL ARREBATO DEFINITIVO DEL DERECHO CIUDADANO AL REFERENDO REVOCATORIO DE 2016 POR PARTE DE LOS TRIBUNALES PENALES EN DECISIONES “ACATADAS” DE INMEDIATO POR EL PODER ELECTORAL

Pero aún con los obstáculos anteriores, la Mesa de la Unidad Democrática asumió el compromiso de movilizar al pueblo en lo necesario para la realización del proceso de recolección de firmas, aún en la forma irregular que había dispuesto el Consejo Nacional Electoral, para los días 26 al 28 de octubre de 2016.<sup>19</sup>

Vana ilusión. Como si todo fuera parte de un guion preestablecido para la actuación de marionetas en el marco de la dictadura judicial, configurado hacia finales del día 20 de octubre de 2016, al unísono, cinco gobernadores, de los Estados Aragua, Carabobo Monagas, Apure y Bolívar anunciaron en sus cuentas de twitter, que sendos tribunales penales en dichos Estados, en causas penales por supuestos fraudes en materia de la recolección de firmas para la constitución de la agrupación de electores para conducir la iniciativa del referendo revocatorio, –materia que por lo demás, es de la exclusiva competencia de la Jurisdicción Electoral– habrían “dejado sin efecto **la recolección de firmas del 1% del padrón electoral**, realizada hace cuatro meses por la opositora Mesa de la Unidad Democrática (MUD) para promover el referendo.”<sup>20</sup>

La respuesta del Consejo Nacional Electoral, en la noche del mismo día 20 de octubre, fue inmediata, habiéndose incorporado en la página web del organismo la siguiente información:

“El Poder Electoral informa al país que ha sido notificado, por tribunales de la República, de medidas precautelativas que ordenan posponer cualquier acto que pudiera haberse generado como consecuencia de la recolección de 1% de manifestaciones de voluntad que se requirieron para validar la mediación de la organización con fines políticos MUD.

<sup>18</sup> La supuesta “autenticidad,” por supuesto, no proviene de que eso sea lo que deriva de las normas constitucionales, sino de la ratificación, por parte de la Sala Electoral, de lo resuelto por los órganos políticos del régimen.

<sup>19</sup> Véase en “La Recolección del 20% de firmas para el revocatorio será del 24 al 30 de octubre,” 29 de agosto de 2016, en <http://efectococuyo.com/politica/recoleccion-del-20-de-firmas-para-el-revocatorio-sera-del-24-al-30-de-octubre>; y <http://www.2001.com.ve/en-la-agenda/142584/todo-lo-que-debes-saber-sobre-la-recoleccion-del-20-el-26-27-y-28-de-octubre.html>

<sup>20</sup> Véase lo declarado por los gobernadores de los Estados Aragua y Carabobo en “Anulan en dos estados venezolanos recolección de firmas para referendo. Fueron Aragua y Carabobo. Según gobernadores, tribunales penales dejaron ‘sin efecto’ por ‘fraude,’” en *El Tiempo*, 20 de octubre de 2016, en <http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/anulan-en-dos-estados-recoleccion-de-firmas-para-referendo-en-venezuela/16730946>; “Proceso del revocatorio, suspendido tras anulación de firmas de primera fase,” en *CNN. Español*, 20 de octubre de 2016, en <http://cnnespanol.cnn.com/2016/10/20/anulan-firmas-de-la-primera-fase-del-revocatorio-en-varios-estados-de-venezuela/#0>

Las medidas decididas este jueves 20 de octubre por los tribunales penales de primera instancia en funciones de control de Valencia; el tercero de control de San Fernando de Apure; el de primera instancia en función de tercero de control de Aragua y el de primera instancia en funciones de control de Bolívar fueron decididas tras la admisión de querrelas penales por los delitos de falsa atestación ante funcionario público, aprovechamiento de acto falso y suministros de datos falsos al Poder Electoral.

Estas decisiones tienen como consecuencia la paralización, hasta nueva orden judicial, del proceso de recolección de 20% de las manifestaciones de voluntad, que estaba previsto para el 26, 27 y 28 de octubre próximos, y en el que el Consejo Nacional Electoral estaba trabajando luego de terminada la primera etapa de una solicitud hecha por el partido MUD en abril pasado.

En apego al marco constitucional, el CNE acata las medidas ordenadas por los tribunales y ha girado instrucciones de posponer el proceso de recolección hasta nueva instrucción judicial.

El Poder Electoral reitera su llamado al diálogo nacional como fórmula democrática por excelencia para preservar la paz y la estabilidad de la República y se pone a disposición de los actores políticos e instituciones nacionales para coadyuvar en la búsqueda de las mejores condiciones que hagan fructífero este encuentro.”<sup>21</sup>

Y con esto, se acabó la posibilidad de que el pueblo venezolano pudiera ejercer su derecho constitucional al referendo revocatorio presidencial, que debió haber ocurrido en 2016. Una nueva manifestación de la dictadura judicial lo impidió.

---

<sup>21</sup> Véase: “Poder Electoral acata medidas cautelares ordenadas por tribunales de la República. Proceso de recolección de 20% de manifestaciones de voluntad queda pospuesto hasta nueva instrucción judicial,” 20 de octubre de 2016, en [http://www.cne.gov.ve/web/sala\\_prensa/noticia\\_detallada.php?id=3483](http://www.cne.gov.ve/web/sala_prensa/noticia_detallada.php?id=3483)

## DOCUMENTOS

### **PRESENTACIÓN ANTE LA ONU SOBRE EL RESPETO A LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD JUDICIAL EN VENEZUELA**

*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*

El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal nació en 1957 con una eminente vocación práctica: la preocupación por una administración de justicia efectiva y eficiente, que no puede serlo si no se basa en la garantía de la independencia de la judicatura por parte del Estado, que asegure en consecuencia el respeto a los derechos fundamentales y, en definitiva, cumpla su función esencial en el mantenimiento del equilibrio del sistema democrático.

Este ha sido el fundamento de la preocupación de la Comisión Directiva del Instituto ante el notorio debilitamiento de la independencia judicial en la tan apreciada República Bolivariana de Venezuela. Por ello, se decidió enviar una carta minuciosamente razonada a la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos para la independencia de jueces y abogados, Doctora Profesora Mónica Pinto, a la sede de las Naciones Unidas en Ginebra (Confederación Helvética).

Recordando los Principios de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, así como las Declaraciones, Convenciones y Resoluciones pertinentes, se subrayó la posición central que ocupa el respeto de la independencia de los jueces, de los abogados y de los funcionarios judiciales en la convencionalidad internacional. En consecuencia, el Instituto Iberoamericano pretendió llamar la atención ante el deterioro que sufren los derechos en Venezuela debido a la constante pérdida de independencia e imparcialidad del Poder Judicial, en especial desde diciembre de 2015, lo cual pone en riesgo a las propias instituciones democráticas.

Más en concreto se insistió en el pedido de la intervención de la Relatoría Especial y del Consejo con el fin de mejorar la situación venezolana, con una propuesta específica de visita oficial para examinar y, en su caso, corroborar las alarmantes noticias que han llegado a nuestro Instituto desde diversas fuentes, que por otra parte tienen antecedentes claros que ya obran en la Relatoría Especial desde hace tiempo.

Así la forma de designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, así como la ampliación de sus integrantes, por sus concretas características, ya se observó en 2005 como una preocupante vía para la politización del Poder Judicial y un riesgo grave para la independencia de los jueces y magistrados. Asimismo, la Corte Interamericana ya tuvo ocasión de constatar esta difícil situación en el caso *Chocrón vs. Venezuela* (Sentencia del 1 de julio de 2011), incluso respecto a las instancias judiciales inferiores. La designación de jueces provisionales ha sido una práctica constante que contraría directamente los principios y garantías por los cuales nuestro Instituto debe velar.

El Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas el 3 de julio de 2015 mostró, de manera elocuente, su seria inquietud y se pronunció a favor de instar a la República Bolivariana de Venezuela a “tomar medidas inmediatas para asegurar y proteger la plena

autonomía, independencia e imparcialidad de los jueces y fiscales y garantizar que su actuación esté libre de todo tipo presiones e injerencias”. Lejos de pretender ser un acoso a Venezuela —como se entendió desde instancias oficiales venezolanas—, esta preocupación, en el sentir del Instituto, se dirige a procurar de manera urgente el reforzamiento de los derechos fundamentales de los venezolanos y al restablecimiento rápido de la auténtica calidad democrática en la práctica constitucional venezolana.

En los últimos meses ha aumentado la presión política y la criminalización de la protesta social hasta el punto que, como institución comprometida desde su origen con la defensa de los elementos esenciales del ejercicio de la Jurisdicción, sin los cuales no existe verdadera sociedad democrática, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y en su nombre su Presidente, concretó su petición en la urgente adopción de acciones que permitan atenuar, y en último término, eliminar lo antes posible las serias violaciones de los derechos humanos.

#### TEXTO DEL DOCUMENTO:

Montevideo, 21 de julio de 2015

Señora Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos  
sobre la independencia de magistrados y abogados  
Doctora Profesora Mónica Pinto  
Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra  
Correo electrónico: SRindependenceJL@ohchr.org

Tengo el agrado de dirigirme a Usted a los fines de expresarle la preocupación de la Comisión Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) con motivo del grave deterioro de la independencia del Poder Judicial en la República Bolivariana de Venezuela (Venezuela) y sus consecuencias sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, ante una situación de notorio debilitamiento de la democracia.

#### 1. El IIDP. Legitimación y fundamento normativo.

El IIDP<sup>1</sup>, con sede en Bulevar España 2122, Montevideo, Uruguay y Estatutos aprobados por el Ministerio de Educación y Cultura de la República Oriental del Uruguay por Expte. N° 2010-11-0001-6104 (Anexo -I-<sup>2</sup>), tiene una activa participación en temas vinculados a la administración de justicia desde su fundación en 1957. Lo integran unos cuatrocientos socios de reconocido prestigio académico. De acuerdo con su Estatuto, uno de los objetivos del IIDP es llevar adelante todas aquellas actividades e iniciativas que contribuyan a una justicia efectiva y eficiente.

Como consecuencia de esa finalidad el IIDP ha colaborado con los Estados en el diseño e implementación de proyectos normativos que fueron adoptadas por legislaciones vigentes en un buen número de países. Los Códigos Modelo referidos a: Proceso Civil, Proceso Penal, Proceso Contencioso Administrativo y Procesos Colectivos que el IIDP elaboró significaron un avance sobre la legislación precedente y han contribuido a mejorar a la prestación del servicio de justicia en diversos Estados iberoamericanos.

<sup>1</sup> <http://iibdp.org/es/>

<sup>2</sup> Como Anexo II se acompaña el Acta de la Asamblea en la que se designó la Comisión Directiva, con la que se acredita la personería para representar al IIDP.

Desde su creación el IIDP ha celebrado veinticuatro jornadas internacionales de debate académico. En ellas son temas recurrentes la independencia del poder judicial, las condiciones que permiten la defensa de los derechos y el ejercicio de la profesión de abogado.

La presente petición se funda en los Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura, confirmados por la ONU en sus resoluciones 40/32/1985 y 40/146/1985. En particular, aquellos que reconocen que la independencia de la judicatura debe ser garantizada por el Estado, por lo cual las instituciones gubernamentales deben respetar y acatar la independencia de la judicatura. Los jueces están obligados a resolver los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo (Principios i y ii).

El IIDP ha tenido en cuenta para ésta presentación la Resolución 1994/41 de la Comisión de Derechos Humanos (la Comisión) de la ONU. En ella se sostuvo que a los fines de lograr una mayor vigencia de los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 7, 8, 10 y 11) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 4 y 26) resulta una condición previa esencial la existencia de un poder judicial independiente e imparcial y de abogados independientes. Por esas razones la Comisión designó y otorgó mandato a un Relator Especial para investigar toda denuncia referida a los atentados a la independencia del poder judicial, de los abogados y del personal y auxiliares de la justicia.

Las misiones de la Comisión fueron asignadas al Consejo de Derechos Humanos (Consejo) por la Resolución 60/251/2006 de la Asamblea General. Le fueron conferidas al Consejo, entre otras múltiples competencias, las de: i) promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción de ningún tipo y de una manera justa y equitativa; ii) ocuparse de las situaciones en que se violen los derechos humanos, incluidas las violaciones graves y sistemáticas, y hacer recomendaciones al respecto y iii) realizar un examen periódico universal, basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados.

El Consejo aprobó la Resolución 17/2/2011 mediante la cual se otorgó mandato al Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados para: i) investigar toda denuncia sustancial que le sea transmitida y comunique sus conclusiones y recomendaciones al respecto, ii) identifique y registre los atentados a la independencia de la judicatura, los abogados y los funcionarios judiciales y iii) determine las formas y medios de mejorar el sistema judicial y formule recomendaciones concretas al respecto

Dadas las mencionadas atribuciones el IIDP considera relevante llamar la atención de la Relatoría Especial sobre el deterioro notorio que sufren los derechos en Venezuela debido a la constante pérdida de independencia e imparcialidad del Poder Judicial, situación que dramáticamente ha empeorado desde diciembre de 2015; contexto que pone en riesgo a las instituciones democráticas.

Ello justifica y hace necesaria la intervención de la Relatoría Especial y del Consejo a los efectos que se tomen las medidas adecuadas para contribuir al mejoramiento de la situación.

Correspondería, en consecuencia, insistir en un pedido de visita oficial a Venezuela, a los efectos de examinar el cumplimiento por parte del Estado, en la implementación de sus obligaciones de acuerdo con el derecho internacional. Lo cual permitirá buscar una solución

que asegure la independencia e imparcialidad de los jueces, fiscales y magistrados y el libre ejercicio de la profesión de abogado, además de la apropiada administración de justicia y las cuestiones que hacen a que resulte posible acceder a ella.

Si bien se encuentra pendiente un pedido de la Relatoría Especial de 2011<sup>3</sup>, reiterado el 27 de marzo de 2014 y el 18 de noviembre de 2015, correspondería insistir sobre su imprescindible concreción en forma urgente<sup>4</sup>.

## 2. Los antecedentes de la pérdida de independencia.

Lamentablemente los problemas con respecto a la independencia de la justicia y la abogacía en Venezuela llevan más de una década y han merecido la reiterada atención de la Relatoría Especial.

En 2005 el entonces Relator Especial Leandro Despouy<sup>5</sup> ponía en evidencia que la forma de designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) y la ampliación del número de integrantes, de 20 a 32, comprometía gravemente la independencia del máximo tribunal.

En los párrafos 165 a 167 de aquél informe puede leerse que:

*165. Mediante comunicación del 19 de marzo de 2004, el Gobierno proporcionó información en relación con la comunicación enviada por el Relator Especial el 18 de octubre de 2003 concerniente al proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sometido a la Asamblea Nacional para su discusión definitiva...*

*166. Posteriormente, mediante comunicación de 14 de julio de 2004, el Gobierno venezolano remitió al Relator Especial un texto con comentarios explicativos de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de la República de Venezuela. De acuerdo con dicho comentario, a partir de la aprobación de la Ley, el Tribunal Supremo de Justicia asume un doble rol al continuar como máxima instancia judicial y asumir a la vez el papel de órgano de dirección, gobierno y administración del poder judicial. La asunción de este último rol y la consiguiente eliminación del Consejo de la Judicatura obedecerían a la inoperancia de éste último. Asimismo, al asumir ambos roles se pretende conseguir la formación armónica y coherente en las políticas públicas del ámbito judicial. En referencia a las críticas recibidas por la Ley, el Gobierno afirmó que, en lo que al aumento del número de magistrados se refiere, éste obedece a la necesidad de tratar el volumen de casos que ventila el Tribunal Supremo, volumen que verá aún más incrementado al asumir la nueva función de administración y control del poder judicial. En cuanto al modo de selección de los magistrados, el Gobierno rechazó las críticas señalando que en el proceso interviene una pluralidad de órganos y sólo en último término, en caso de no lograr un consenso anterior, se procedería al nombramiento por vía de pronunciamiento mayoritario del Parlamento.*

*Observaciones del Relator Especial*

*167. El Relator Especial expresa su preocupación en relación con la adopción de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de la República de Venezuela en mayo 2004, que amplió la*

<sup>3</sup> ONU, Asamblea General, A/HRC/32/53, 27 de mayo de 2016, en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/CommunicationsreportsSP.aspx>.

<sup>4</sup> En el informe brindado al Consejo de Derechos Humanos en el 32° período de sesiones, Tema 3 de la agenda, la Relatora Especial (5 de abril de 2016) hace mención a que se envió el pedido de visita oficial a Venezuela (punto 8), en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10553.pdf?view=1>.

<sup>5</sup> Comisión de Derechos Humano, Sección 61, E/CN.4/2005/60/Add.1, 18 de marzo de 2005.

*composición del Tribunal Supremo de 20 a 32 magistrados y permitió a la coalición con poder en la Asamblea Nacional nombrar 12 magistrados, obteniendo así una gran mayoría de magistrados en el Tribunal Supremo. La Ley también otorga a la Asamblea Nacional la facultad de anular las actuales designaciones de magistrados, y elimina el Consejo de la Judicatura, órgano independiente de dirección, gobierno y administración del poder judicial. El Relator Especial lamenta que la adopción y aplicación de esta Ley, contraria a la Constitución venezolana y a los principios del derecho internacional, ha creado un poder judicial fuertemente politizado. Por tanto, insta al Gobierno a tomar urgentemente medidas para restablecer la independencia del poder judicial venezolano.*

No sorprende que en línea con el movimiento legal que desvalorizó la independencia del TSJ, su Presidenta Luisa Estela Morales afirmará (2009) que la “división de poderes debilita al Estado”, al abogar por una revisión de ese principio establecido en la Constitución de Venezuela de 1999<sup>6</sup>.

Las consecuencias de la política pública que llevó a sancionar aquella Ley Orgánica del TSJ fueron evidentes desde su sanción, pero mostraron sus peores efectos con las designaciones realizadas a fines de 2015 y las decisiones tomadas por la nueva integración del TSJ, como se describirá más adelante.

El problema de pérdida de independencia no se limitó al TSJ ya que también se produjo en las instancias inferiores<sup>7</sup>. Desde el año 2003 no se han vuelto a realizar concursos públicos para proveer cargos de jueces ni para los ascensos. Los jueces nombrados, desde entonces, son “provisorios” y pueden ser removidos fácilmente. Lo cual le valió a Venezuela la condena de la Corte Interamericana en el caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*<sup>8</sup>. Durante la tramitación de ese caso los representantes del Estado venezolano reconocieron que “el proceso de reestructuración del poder judicial venezolano implicó la designación temporal de jueces y juezas, a los fines de cubrir los vacíos existentes [...] estos jueces no titulares han sido designados de manera excepcional, mediante un acto emanado de la Comisión de Emergencia Judicial, de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia o de la sala plena del máximo tribunal, sin que se efectúe el concurso público de oposición”.

Las designaciones de jueces provisionales se han constituido en una práctica tan inconstitucional como constante en Venezuela lo cual demuestra la absoluta pérdida de independencia del poder judicial<sup>9</sup>.

Un caso emblemático que mereció la particular atención del Alto Comisionado por los Derechos Humanos fue el de María Lourdes Afiuni, quien fue nombrada jueza en 2006 y detenida arbitrariamente el 10 de diciembre de 2009 por haber concedido la libertad de Eligio Cedeño, por la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Detenciones

---

<sup>6</sup> Ver en: <http://www.noticias24.com/actualidad/noticia/124782/presidenta-del-tsj-dice-que-la-division-de-poderes-debilita-al-estado-y-pide-reformarlo/>

<sup>7</sup> Human Rights Watch, Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela, 2004, p. 19, en: <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/venezuela0604sp0.pdf>.

<sup>8</sup> Sentencia del 1 de julio de 2011 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 50, p. 16.

<sup>9</sup> Un análisis detallado de la práctica de sometimiento al poder judicial en Venezuela puede encontrarse en Comisión Internacional de Juristas, Fortalecimiento del Estado de Derecho en Venezuela, 2014, en particular el capítulo II. En <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>.

Arbitrarias<sup>10</sup>. Un día después de la detención de Afiuni el Presidente de la República, Hugo Chávez, en cadena nacional de radio y televisión calificó a Afiuni de “bandida” y sostuvo que por la dignidad del país se le debían imponer treinta años de prisión por haber discutido con la Presidenta del TSJ. La jueza Afiuni fue acusada de corrupción, complicidad en una fuga, conspiración criminal y abuso de poder, y pasó dos años detenida en la cárcel denominada “Instituto Nacional de Orientación Femenina” donde según sus denuncias fue objeto de tortura, violación y de otros tratos crueles e inhumanos, hasta obtener atención médica para ser intervenida quirúrgicamente y luego estar sujeta a una medida de arresto domiciliario, suspendida el 14 de junio de 2013<sup>11</sup>. Cabe aclarar que no pesa contra la juez Afiuni ninguna condena firme y los procesos se encuentran paralizados<sup>12</sup>.

En enero de 2013 el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de la ONU formado por la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, enviaron una nota<sup>13</sup> al Gobierno de Venezuela solicitando la adopción en beneficio de la juez Afiuni de las medidas necesarias para asegurar su derecho a no ser arbitrariamente detenida y a un juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial.

*El Instituto de Derechos Humanos de la Asociación Internacional de Abogados realizó un completo informe sobre el caso Afiuni. Allí habla del efecto: Afiuni, al que caracteriza por el amedrentamiento que el mismo causo entre jueces y abogados. El informe de la Delegación que realizó la visita a Venezuela expresó su preocupación sobre las consecuencias que pueda tener el procedimiento seguido en contra de la jueza Afiuni, para la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, debido a que se escuchó en varias oportunidades que existe en los miembros de la judicatura un temor a decidir casos que son “políticamente sensibles”. Antes del caso de la jueza Afiuni, el temor era a ser destituidos y en los momentos actuales, el temor es a ser privados de su libertad. La Delegación escuchó en varias oportunidades que “Nadie quiere ser el próximo Afiuni”<sup>14</sup>.*

<sup>10</sup> La detención arbitraria de Eligio Cerdeño le valió a Venezuela el pronunciamiento negativo según el dictamen aprobado por Comité de Derechos Humanos el 29 de octubre de 2012. Ver: [www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/.../CCPR-C-106-D-1940-2010\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/.../CCPR-C-106-D-1940-2010_sp.doc)

<sup>11</sup> El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en la Opinión N° 20/2010 entendió que se determinó que la “privación de libertad de María Lourdes Afiuni Mora es arbitraria, ya que contraviene lo dispuesto en los artículos 3, 9, 10, 11, 12 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 9, 10 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y corresponde a las categorías II, y II aplicables al examen de los casos presentados al Grupo de Trabajo. Consecuentemente con la opinión emitida, el Grupo de Trabajo pidió al Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela que ponga remedio a la situación de la jueza María Lourdes Afiuni Mora de conformidad con las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

<sup>12</sup> Ver la 33° Sesión del Consejo del 23 de mayo de 2013, en el cual se trató el caso Afiuni. Ver: <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15110&LangID=E>

<sup>13</sup> UA G/SO 218/2 G/SO 214 (107-9) G/SO 214 (3-3-16) G/SO 214 (53-24) G/SO 214 (89-15), 25 de enero de 2013.

<sup>14</sup> IBA, *La Desconfianza en la Justicia: El caso Afiuni y la Independencia de la Judicatura Venezolana*, abril 2011, en [www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=0e0dc15a-4f39-4ee6](http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=0e0dc15a-4f39-4ee6).

Durante la 114 Sesión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Abogados y la Unión Internacional de Magistrados presentaron un informe alternativo conjunto al Cuarto Informe Periódico de Venezuela<sup>15</sup>. El capítulo III de ese informe sobre la situación del Poder Judicial describe con precisión el estado de situación a julio de 2015. Allí se detalla desde la interinidad de los jueces que lleva más de 15 años hasta el dominio del TSJ por las designaciones realizadas en el 2010 y el 2014. En esa última elección de jueces del Supremo no fue respetada la imposición constitucional de definir los nombramientos por las 2/3 partes de la Asamblea Nacional y que se los eligió por mayoría simple.

El Comité de Derechos Civiles y Políticos se pronunció sobre el Cuarto Informe Periódico de Venezuela el 3 de julio de 2015<sup>16</sup>. Ciertas observaciones son elocuentes. Entre ellas se destaca que:

*Independencia del Poder Judicial*

*15. El Comité continúa preocupado por la situación del poder judicial en el Estado parte, particularmente en lo que atañe a su autonomía, independencia e imparcialidad. Observa con preocupación que sólo el 34 por ciento de los jueces son titulares, lo que significa que el resto se encuentra en situación de provisionalidad y que tanto sus nombramientos como re-mociones pueden realizarse de manera discrecional. Asimismo, lamenta no haber recibido información sobre el porcentaje de fiscales del Ministerio Público que son titulares y, al respecto, le preocupan los informes que indican que ese porcentaje sería muy bajo. El Comité se muestra preocupado también por los informes sobre las consecuencias negativas que habría tenido para algunos jueces adoptar, en desempeño de sus funciones, decisiones desfavorables al Gobierno. Al Comité le preocupa en particular el caso de la jueza María Lourdes Afiuni, quien fuera detenida en 2009 por haber ordenado una medida sustitutiva de libertad de una persona cuya detención había sido declarada arbitraria por el Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria y posteriormente por este Comité (Comunicación N° 1940/2010). También le preocupan los informes de que la jueza Afiuni habría sufrido malos tratos y agresión sexual durante su detención y de que tales alegaciones no habrían sido oportunamente investigadas (arts. 7 y 14).*

*El Estado parte debe tomar medidas inmediatas para asegurar y proteger la plena autonomía, independencia e imparcialidad de los jueces y fiscales y garantizar que su actuación esté libre de todo tipo presiones e injerencias. En particular, debe adoptar medidas para corregir a la mayor brevedad posible la situación de provisionalidad en la que se encuentra la mayoría de los jueces y fiscales. Asimismo, debe garantizar que se resuelva la situación judicial de la jueza Afiuni a la mayor brevedad posible en el marco de un juicio justo, independiente e imparcial y que se investiguen de manera pronta, exhaustiva, independiente e imparcial las alegaciones relativas a los malos tratos y agresión sexual que habría sufrido durante su detención.*

El Presidente Maduro concurrió al Consejo de Derechos Humanos<sup>17</sup> en noviembre de 2015, poco antes de las elecciones, para denunciar lo que interpretó como un acoso sobre Venezuela. Sostuvo que Venezuela exige de pie ante este Consejo de Derechos Humanos el máximo respeto de todos los órganos que deben depender del órgano colegiado de este Con-

<sup>15</sup> Puede consultarse en: el [Http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/VEN/INTCCPRCSSVEN20707S.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/VEN/INTCCPRCSSVEN20707S.pdf).

<sup>16</sup> Ver en: <http://acnudh.org/comite-de-derechos-humanos-de-la-onu-difundio-informe-sobre-venezuela/>.

<sup>17</sup> Ver en: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=33815#.V3VATo-cE2w>.

*sejo, que sólo obedece a una voz: Naciones Unidas. ¿Y quién es Naciones Unidas?, ¿los pueblos o los burócratas o funcionarios? ¿Quién eligió a Venezuela para ser miembro del Consejo de Derechos Humanos?, ¿Quién la reeligió apenas hace 4 semanas?*

Es interesante destacar que la presentación del Presidente Maduro, más allá de evadir dar respuesta a las serias observaciones que pesan sobre su gobierno, exhibe la preocupación de su gobierno por el fuerte consenso contra las violaciones flagrantes a los derechos humanos que a diario se producen en Venezuela. La presencia del Presidente Maduro ante el Consejo de Derechos Humanos permite profundizar las peticiones dado que el Poder Ejecutivo de Venezuela con ese gesto ha puesto en evidencia que está atento al debate internacional sobre las violaciones a los derechos humanos que ocurren en el ámbito interno, particularmente por la participación para la que ha sido elegida Venezuela como miembro no permanente del Consejo de Seguridad de la ONU.

### **3. El agravamiento de la situación luego de las elecciones de diciembre de 2015.**

Poco tiempo después de que el Presidente Maduro concurriera al Consejo de Derechos Humanos, la oposición triunfó en las elecciones que tuvieron lugar el 6 de diciembre de 2015. Antes que entrara en funciones la nueva Asamblea Nacional, la entonces mayoría oficialista designó a 13 de los 32 magistrados titulares del TSJ.

Contemporáneamente la Sala Electoral del TST tomó ciertas decisiones que impidieron que la oposición tuviera una mayoría calificada. Esas fueron las primeras manifestaciones de una estrategia del oficialismo que emplea al TSJ, carente por completo de independencia, para bloquear a la Asamblea Nacional.

La presentación realizada por el Secretario General de la Organización de Estados Americanos<sup>18</sup> Luis Almagro, ante el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, por la que solicita la aplicación del art. 20 de la Carta Democrática Interamericana, contiene un exhaustivo análisis sobre la utilización del TSJ con fines exclusivamente políticos y la extrema situación que vive Venezuela como consecuencia, entre otras razones, de la pérdida de independencia del Poder Judicial y de las dificultades para ejercer la abogacía y defender derechos.

Entre las argumentaciones más relevantes vinculadas con las consecuencias de la pérdida de independencia e imparcialidad de la magistratura allí se menciona que:

- El Grupo de Trabajo de la ONU Unidas sobre Detención Arbitraria ha encontrado más de 300 casos de violaciones sin causa a la libertad.
- Desde 2014 se han denunciado al Foro Penal Venezolano 145 casos de castigo cruel e inhumano y tortura.
- Hay una práctica de los Poderes Ejecutivo y Judicial tendiente a impedir el normal funcionamiento de la Asamblea Nacional.
- Con móviles políticos y de ataque a la independencia de poderes antes de la instalación del período de sesiones de la nueva composición de la Asamblea Nacional fueron designados 13 de los 32 magistrados, y 21 suplentes, del TSJ que prestaron juramento mediante nombramientos partidistas.

<sup>18</sup> En: <http://www.oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf>.

El efecto de esa acción política fue una cadena de decisiones posteriores del TSJ que bloquearon cada una de las leyes promulgadas por la Asamblea Nacional.

- El TSJ aprobó dos decretos ejecutivos que declararon un estado de emergencia y emergencia económica que concentró el poder en manos del ejecutivo y estableció límites arbitrarios a la autoridad de la Asamblea Nacional sobre los contratos públicos, los altos funcionarios y el presupuesto.

La carta del Secretario General de la OEA atestigua y explica la estrategia del Poder Ejecutivo de impedir que la Asamblea Nacional pueda desarrollar su función constitucional mediante la cooptación del TSJ que se demuestra mediante el análisis de unas 17 decisiones judiciales tomadas desde enero del corriente. Cada una de esas 17 sentencias evidencia la falta de independencia del TSJ y el debilitamiento institucional y democrático por el que transita Venezuela.

En los últimos años se ha criminalizado la protesta social. La Comisión Interamericana en su informe: *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, 2009*<sup>19</sup> destaca lo siguiente:

*121. La Comisión ha recibido información según la cual existiría “una política de Estado orientada a reprimir por vías diversas la protesta social en Venezuela”. La información recibida por la Comisión se refiere a un incremento en el número de manifestaciones reprimidas, en la cantidad de juicios penales iniciados contra personas por ejercer su derecho a la protesta pacífica, y en el número de víctimas fatales de la violencia en el marco de manifestaciones, tanto a manos de los cuerpos de seguridad del Estado como de grupos de choque como el Colectivo La Piedrita, Alexis Vive, y Lina Ron y sus seguidores.*

...

*124. Si bien la Comisión no ha podido acceder a cifras oficiales públicas respecto del número de manifestantes sometidos a procesos penales por hechos ocurridos en el marco de manifestaciones, recibió información conforme a la cual en los últimos cinco años aproximadamente 2.240 personas han sido sometidas a procesos penales y varias se encuentran sometidas a régimen de presentación tras ser procesadas por participar en manifestaciones. En declaraciones a la prensa, el Director Ejecutivo del Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA) explicó que el movimiento campesino Jirahara, cuyos miembros son seguidores del oficialismo, denuncia que hay 1.507 campesinos en régimen de presentación. A su vez, la Fiscalía, en sus boletines informativos, da cuenta de unos 300 estudiantes en la misma situación, y sólo en el marco de las protestas por el cierre de Radio Caracas Televisión (RCTV) en el 2007 se abrieron juicios a 120 estudiantes. En cuanto a los sindicatos, la oficialista Únete y la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) contabilizan alrededor de 150 trabajadores sometidos a juicio por manifestar. A estas cifras se añade un número indeterminado de procesados entre los líderes comunitarios sometidos a procedimientos por protestar por mejoras en su calidad de vida o por inseguridad. En ese sentido, expresó que “el Ministerio Público y los jueces de control se han convertido en instrumento de represión de la lucha social” [95].*

...

*177. A la luz de lo analizado por la Comisión en el presente capítulo respecto de los derechos políticos y la participación en la vida pública en Venezuela, en particular lo relativo a las restricciones al acceso y ejercicio de los derechos políticos en condiciones de igualdad, los actos de represalia contra miembros de la oposición y la criminalización de las manifestaciones pacíficas, la CIDH insta al Estado de Venezuela a adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto irrestricto de los derechos políticos para los ciudadanos y autori-*

<sup>19</sup> Ver: <https://www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09CAPIISP.htm#II.D>.

*dades de todas las tendencias políticas, así como también a asegurar el pleno ejercicio de los derechos estrechamente vinculados con la participación política, como son la libertad de reunión y expresión, todo lo anterior a la luz de las normas de la Convención Americana.*

La *Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional*, sancionada por la Asamblea Nacional el 29 de marzo de 2016, fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional del TSJ, mediante decisión número 264 del 11 de abril de 2016<sup>20</sup>, en virtud de la solicitud planteada por el Presidente Maduro mediante escrito del 7 de abril de 2016.

La existencia de unos 78 presos políticos en Venezuela y las reiteradas denuncias con respecto a la criminalización de la protesta social y el hostigamiento a la participación política de orientación contraria al oficialismo por un TSJ cooptado por el Poder Ejecutivo determinan que, entre todas las acciones tomadas por la cabeza del poder judicial para bloquear a la Asamblea Nacional, la comentada decisión de inconstitucionalidad resulte particularmente relevante.

#### **4. Síntesis de la petición.**

La gravedad del actual contexto por el que transita Venezuela y la pérdida de independencia del Poder Judicial, en sus distintos niveles, con los vigentes obstáculos para el ejercicio de la abogacía y la defensa de los derechos, impulsan al IIDP a solicitar a la Señora Relatora Especial la urgente adopción de las acciones que permitan atenuar las serias violaciones a los derechos humanos y le pide que reitere y procure concretar lo antes posible una visita oficial a los efectos de impulsar un pronunciamiento sobre los peligros que aquí se alertan.

Hago propicia la oportunidad para reiterar a Su Excelencia las seguridades de mi más distinguida consideración.

*Eduardo Oteiza  
Presidente  
Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*

---

<sup>20</sup> Ver en: <http://www.tsj.gob.ve/-/tsj-declara-inconstitucional-la-ley-de-amnistia-y-reconciliacion-nacional>.