revista de derecho público

n° 151 - 152
julio
diciembre 2017

editorial jurídica venezolana

revista de derecho publico

Allan R. **BREWER-CARÍAS**, Director
abrewer@bblegal.com
allan@brewercarias.com
http://www.allanbrewercarias.com

José Ignacio **HERNÁNDEZ G**, Sub-Director
jihernandezg@cantv.net

Mary **RAMOS FERNÁNDEZ**, Secretaria de Redacción
Maryra77@gmail.com

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**, Lolymar **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 **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Mary **BOVEDA**, Humberto **BRICEÑO**, Jesús **CABALLERO ORTIZ**, Josefina **CALCAÑO DE TEMELTAS**, Román José **DUQUE CORREDOR**, Héctor **FAÚNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Henrique **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Henrique **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, 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**, 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**, (**Colombia**), Humberto **NOGUEIRA ALCALÁ**, Rolando **PANTOJA BAUZÁ** (**Chile**), Rubén **HERNÁNDEZ VALLE**, 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 **VALADÉS** (**México**), Carlos Alberto **VÁSQUEZ,** (**Panamá**), Luis Enrique **CHASE PLATE**, (**Paraguay**), Jorge **DANOS ORDOÑEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÚNDE**, (**Perú**), Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H**., (**República Dominicana**), 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 Nº 17.598 – Caracas, 1015-A, Venezuela.

Email: fejv@cantv.net
Pág. Web: http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve

© 1980, FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO/EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público
N° 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

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 (N° 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

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: DC 2018001799
ISBN Obra Independiente: 978-980-365-441-2
Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company
para Editorial Jurídica Venezolana International Inc.
Panamá, República de Panamá.
Email: ejvinternational@gmail.com

Nº 151 - 152

Julio – Diciembre 2017

Director Fundador: Allan R. Brewer-Carías
Editorial Jurídica Venezolana
Fundación de Derecho Público

SUMARIO

Artículos

El olvido de Roscio y el sesgo autocrático de nuestro derecho público, en el bicentenario de 'El triunfo de la libertad sobre el despotismo', por José Ignacio **HERNÁNDEZ G**. 9

La Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución Venezolana de 1999: Un método de reforma constitucional nada más, nada menos, por Jorge **KIRIAKIDIS**..... 25

Evolución y desafíos del nuevo contrato administrativo, por Víctor Rafael **HERNÁNDEZ-MENDIBLE** 57

Derecho Tributario y Libertad, por Serviliano **ABACHE CARVAJAL**... 91

El principio de la transparencia en la actuación de la administración pública y su distorsión en un régimen autoritario, por Allan R. **BREWER-CARÍAS** 117

Comentarios sobre el régimen jurídico de la deuda pública externa de Venezuela, por Rafael **GUILLIOD TROCONIS** 129

Economía social de mercado y actividad de ordenación: Una propuesta para Venezuela, por Mayerlin **MATHEUS HIDALGO** 149

Comentarios Monográficos

Crónica constitucional de una Inconstitucionalidad: Las ejecutorias de la Asamblea Nacional Constituyente (Agosto-Octubre 2017), por Allan R. **BREWER-CARÍAS** 165

La violación de los derechos políticos de los venezolanos por el Consejo Nacional Electoral cometidas en el marco de las elecciones regionales 2017, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 225

La ilegítima destitución del gobernador electo del estado Zulia, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 233

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el Segundo Semestre de 2017, por Gabriel **SIRA SANTANA** 241

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Semestre de 2017, por Mary **RAMOS FERNÁNDEZ** 267

Comentarios Jurisprudenciales

La mutación de la noción de contratos de interés público nacional hecha por la Sala Constitucional, para cercenarle a la Asamblea Nacional sus poderes de control político en relación con la actividad contractual de la administración pública y sus consecuencias, por Allan R. **BREWER-CARÍAS** 371

Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nº 565 del 15 de abril de 2008. Críticas a la decisión que sienta las bases para desarticular la descentralización en Venezuela, por Jorge **KIRIAKIDIS** 394

El Juez Constitucional y la Asamblea Nacional Constituyente vs. la Fiscal General de la República (Junio-Agosto 2017), por Allan R. **BREWER-CARÍAS** 407

La anulación anticipada por la Sala Constitucional, en "Juicio Sumario", de la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo y el sometimiento de los mismo a juicio militar, por Allan R. **BREWER-CARÍAS** 424

Sobre la inadmisibilidad de las demandas de abstención, por Carlos **REVERÓN BOULTON** 430

Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional no. 355 de 16 de mayo de 2017, mediante la cual declaró sin lugar la impugnación de la Ley de Reforma de la Ley Orgánica Del Poder Público Municipal de 2010, por Allan R. **BREWER-CARÍAS** 437

Jurisprudencia Internacional

El caso Allan R. Brewer-Carías vs. República Bolivariana de Venezuela y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por Francisco **MORALES SARAVIA** 443

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

El patrimonio cultural en Europa e Iberoamérica, Fernando López Ramón (Coordinador), Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, España 2017, por Miguel Ángel **TORREALBA SÁNCHEZ** 449

Palabras en el acto de presentación del libro La ejecución de sentencias en el proceso administrativo Iberoamericano (con especial referencia a España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela), de Miguel Ángel Torrealba Sánchez, por Carlos **GARCÍA SOTO** 455

ESTUDIOS

Artículos

El olvido de Roscio y el sesgo autocrático de nuestro derecho público, en el bicentenario de 'El triunfo de la libertad sobre el despotismo'[*]

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello

"Bien entendido el genuino sentido de la palabra derecho en la definición de la libertad, se deja ver que donde reina el poder arbitrario son sinónimos el derecho y la fuerza"
Juan Germán Roscio. El triunfo de la libertad sobre el despotismo 1817.
"No cabe duda de que hemos aprendido bien a educar el olvido".
Luis Castro Leiva. 23 de enero de 1998

Resumen: *En su obra El triunfo de la libertad sobre el despotismo, de 1817, Juan Germán Roscio estableció las bases republicanas del Derecho Constitucional venezolano. Sin embargo, esas bases han sido olvidadas en el sesgo autocrático que ha adquirido nuestro Derecho Público*.

Palabras Clave: *Juan Germán Roscio, Derecho Constitucional, modelo republicano, constitucionalismo*.

Abstract: *In his book The triumph of freedom over despotism (1817), Juan Germán Roscio established the republican fundaments of the Venezuelan Constitutional Law. However, those fundaments have been forgotten due to the autocratic tendencies of our Public Law*.

Key words*: Juan Germán Roscio, Constitutional law, republican model, constitutionalism.*

I. EL OLVIDO A ROSCIO: DE CÓMO LA FORMACIÓN DE LA REPÚBLICA LIBERAL AUTOCRÁTICA IMPACTÓ EN NUESTRO DERECHO PÚBLICO

Al reflexionar sobre el rol del abogado en el control del Estado y las libertades ciudadanas, surge de inmediato la figura de Juan Germán Roscio. Pues si algo caracterizó a la vida y obra de Roscio es, precisamente, su rol como abogado al servicio de la libertad. Su legado, sin embargo, aparece desdibujado en nuestro Derecho Público actual, apartado de la fundamentación republicana que, en 1810, impulsó a nuestra independencia.

En efecto, la evolución histórica de nuestro Derecho Público[1] ha estado caracterizada por lo que la historiografía venezolana denomina la *República Liberal Autocrática*[2]. Esto es,

---

[*] Ponencia presentada en el XIX Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo El rol del abogado ante el control del Estado y las libertades ciudadanas (diciembre de 2016). Este trabajo contiene un planteamiento introductorio acerca del pensamiento de Juan Germán Roscio, como parte de una investigación mayor que actualmente adelantamos. Tal carácter introductorio ha implicado limitaciones en las referencias citadas.

a existencia de formas jurídicas propias del modelo republicano (supremacía de la Constitución; imperio de la Ley; separación de poderes, y reconocimiento de derechos ciudadanos) que, sin embargo, se desenvolvieron en regímenes autocráticos. Tal situación pervivió, incluso, hasta bien adentrado el siglo XX[3]. Junto a lo anterior, debemos apuntar que la formación jurídica del Estado venezolano fue resultado de un proceso de centralización formado al amparo de regímenes autocráticos, principalmente, el de Juan Vicente Gómez (1907-1935)[4].

Si bien a partir de 1936 se inició el largo camino hacia la conformación de instituciones democráticas[5], para entonces aparecería otro factor contrario a tal propósito: el petróleo. De esa manera, el crecimiento de la industria petrolera y, por ende, de los ingresos petroleros, comenzó a formar a un Estado económicamente autónomo, muy especialmente, luego de la nacionalización petrolera (1976). Como resultado de ello, surgió un poderoso Gobierno Nacional, de amplísima intervención en el campo económico y social. Junto a ese Gobierno Nacional, se desarrolló un Derecho Público centrado en el Estado y en su intervención, en especial, a partir de 1939. Bajo este contexto económico, los postulados del modelo republicano –basados en el control y limitación del Gobierno– se pervirtieron[6].

De todo ello ha resultado un Derecho Público que parte, formalmente, del modelo republicano, como podrá comprobar quien lea, entre otros, los artículos 5 y 6 de la Constitución de 1999, aun cuando en esta se aprecia, también, la perversión de ese modelo. Sin embargo, en la práctica, nuestro Derecho Público se ha formado, históricamente, a partir del carácter autocrático del Estado, rasgo acentuado en el siglo XX por el petróleo. De allí han surgido una serie de instituciones que parten de una clara deferencia al Gobierno, como es el caso, por ejemplo, de la presunción de legalidad del acto administrativo; el contrato administrativo; el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a la Administración; la potestad de autotutela

---

1 No es común el estudio *histórico* de nuestro Derecho Público en los textos de Derecho Constitucional y especialmente, Administrativo. Principalmente en el Derecho Administrativo venezolano, cuando se asume alguna aproximación histórica, la referencia común es la Revolución francesa. Ello lo hemos criticado en Hernández G. José Ignacio, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 27 y ss. Hay, por supuesto, excepciones. Entre ellas, destacan los estudios de Allan R. Brewer-Carías sobre los fundamentos históricos de nuestro Derecho Público. Recientemente, Juan Garrido Rovira ha venido desarrollando, asimismo, una destacadísima labor en la comprensión jurídica de nuestro proceso de independencia, siguiendo estudios iniciales en la materia de Tomás Polanco Alcántara.

2 Carrera Damas, Germán, *De la abolición de la monarquía hacia la instauración de la República,* Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2009, pp. 9 y ss. Más recientemente, del autor, véase *La independencia cuestionada,* Editorial Alfa, Caracas, 2016, pp. 31 y ss. Allí Carrera alude a la "abolición selectiva de la monarquía".

3 Las bases de la República Liberal Democrática se sientan entre 1945 y 1947. *Cfr.*: *La primera República Liberal Democrática,* Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2008, pp. 5 y ss.

4 A partir de 1830 se insistió en la realización práctica de la República Liberal, en un contexto signado por la desintegración territorial, la carestía de instituciones y el caudillismo, como método carismático de dominación. Durante el siglo XIX se intentaron ensayos de institucionalización, especialmente, bajo el régimen de Antonio Guzmán Blanco. Solo será a partir de 1899, con los regímenes de Castro y Gómez, cuando ese intento logra cristalizar. Para una panorámica general, véase a Straka, Tomás, *Venezuela 1861-1936. Las era de los gendarmes*. Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2013, pp. 9 y ss.

5 Hernández Muñoz, Eladio, *Transición en Democracia (Venezuela, 1935-1999),* Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, pp. 135 y ss.

6 Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el derecho de los hidrocarburos,* Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 2016.

administrativa, y la Ley Habilitante, entre otros. Junto a ello, sin embargo, debe también valorarse el esfuerzo, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, por construir un sólido sistema de garantías ciudadanas, como quedó en evidencia, entre otras, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[7].

A partir de 2006, con la ejecución del así llamado modelo socialista, los sesgos autocráticos de nuestro Derecho Público se han acentuado, una vez más, impulsados por el manejo estatal de la renta petrolera. Incluso, esto ha llevado a proponer el abandono formal del modelo republicano y su sustitución por el "Estado Comunal", que es una variante totalitaria de ordenación del Estado[8]. De todo ello ha derivado un entramado de regulaciones que desconocen la esencia misma del modelo republicano. Muestra de ello es que en la Ley Orgánica de la Administración Pública el ciudadano ha quedado degradado al calificativo de persona. Esto es particularmente evidente en el Derecho Económico, para lo cual, bastarían como ejemplos la imposición del sistema económico comunal; la errática política de nacionalizaciones y expropiaciones; el control centralizado de precios establecido en la Ley Orgánica de Precios Justos, o la tendencia por someter íntegramente al Derecho Administrativo el contrato de seguro, de acuerdo con la reforma de la Ley de la Actividad Asegurada de 2015[9]. En 2016 este sesgo se ha acentuado, en el marco del conflicto entre la Asamblea Nacional y el Tribunal Supremo de Justicia[10].

El Derecho Público actual, en Venezuela, nada tiene que ver con el Derecho Público que comenzó a diseñarse a partir de 1810. Como hemos visto, el proceso degenerativo de las bases republicanas de nuestro Derecho Público, entre los siglos XIX y XX, tuvo dos causas determinantes: *(i)* el sesgo autocrático de nuestra República Liberal y *(ii)* las distorsiones que al modelo republicano implicó la concepción estatista del petróleo. En el siglo XXI la perversión del modelo republicano ha alcanzado niveles inéditos, en un intento por abdicar de la forma república a favor del Estado Comunal.

La revisión del estado actual de nuestro Derecho Público, y el diseño de las reformas que deben introducirse, pasa por una reflexión histórica, acerca de cuál fue la fundamentación

---

7 Ello ha generado, en fecha reciente, una revisión crítica de nuestro Derecho Público, en especial, de nuestro Derecho Administrativo. Entre otros, *vid*. Herrera Orellana, Luis Alfonso, "Bases filosóficas del estudio y la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela (1909-2009)", en *100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009,* Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009, pp. 55 y ss. Algunas de esas críticas, sin embargo, han sido formuladas en términos destemplados, ajenos a la objetividad requerida en el estudio racional del Derecho, de lo cual pretende arrojarse una suerte de *leyenda negra* en torno a la formación de nuestro Derecho Público, particularmente, durante el siglo XX. Ello ignora los avances en cuanto a la construcción de un robusto sistema de garantías jurídicas del ciudadano, especialmente, en la segunda mitad del siglo XX. Véase nuestro análisis histórico en "Presentación", en *Libro Homenaje a Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 19 y ss.

8 Brewer-Carías, Allan, *El Estado Totalitario y el* desprecio *a la Ley,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 332 y ss.

9 Véase muy especialmente a Morles Hernández, Alfredo, "*La repercusión en el Derecho privado de los actos dirigidos a consolidar el orden económico socialista*", Caracas, 2015. Sobre este aspecto nos hemos pronunciado en Hernández G., José Ignacio, *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano,* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, pp. 21 y ss.

10 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 International, New York-Caracas, 2016.

original de ese Derecho Público. Un objetivo que no es tampoco fácil, ante la pretensión de desvirtuar esos orígenes, ante un relato militar de la independencia. Así, sabido es que la historia de nuestra primera República, de acuerdo con la *historia oficial*[11], ha sido asumida principalmente como la gesta *militar y heroica* de la independencia. Es igualmente conocido como el juicio que hoy se tiene de esa Primera República, queda marcado de manera determinante por la crítica formulada por Simón Bolívar en el llamado *Manifiesto de Cartagena*[12]:

> "entre las causas que han producido la caída de Venezuela, debe colocarse en primer lugar la naturaleza de su Constitución; que repito, era tan contraria a sus intereses, como favorable a los de sus contrarios"

Si bien las críticas de Bolívar se centraron en la forma federal de la Constitución de 1811, lo cierto es que sobre esa Constitución –y sobre toda la Primera República– pesa más la concepción histórica de la independencia *militar* que de la libertad *civil*: los *héroes militares* eclipsaron a los *héroes civiles*, esos *ingenuos patricios del 19 de Abril* a los que se refirió Carrera Damas[13].

Ha habido, de esa manera, lo que Inés Quintero ha llamado el *relato invariable* de la independencia[14]. Un relato de guerras y batallas, que olvida –o al menos, no lo destaca suficientemente- que la independencia fue, antes que nada, un movimiento motivado en la ordenación jurídica del naciente Estado, a través de lo que Francisco Javier Yanes llamó el ***sistema republicano, representativo y federal***[15]. La Revolución que se exteriorizó el 19 de abril de 1810, no podría decirse que tuvo como objeto único la *gesta militar* por la independencia *frente a España,* ni mucho menos podría afirmarse que se trató de un movimiento *revolucionario* originado sólo en causas internas, como reacción a la dominación de un régimen monárquico extraño. En realidad, entendemos que el 19 de abril de 1810 se inició la gesta para

---

11 La expresión "historia oficial" pretende describir el análisis histórico convencional que ha privado en Venezuela, y que se ha traducido incluso en premisas sociales y culturales tácitamente aceptadas. Sobre esta expresión, *vid*. Carrera Damas, Germán, "Sobre la historiografía venezolana", en *Historia de la historiografía venezolana (textos para su estudio),* Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 1996, pp. 517 y ss.

12 *Documentos que hicieron historia,* Tomo I, Ediciones Conmemorativas del Sesquicentenario de la Independencia, Caracas, 1962, pp. 129 y ss.

13 Ha sido Germán Carrera Damas quien, con lucidez, ha explicado estos aspectos. *Vid*. *El culto a Bolívar,* Editorial Alfa, Caracas, 2003, pp. 85 y ss. Un dato relevante, aportado por Carrera Damas, es que luego de las críticas a la Constitución de 1811, Bolívar consultó sobre el mejor plan de Gobierno, precisamente, a quienes participaron de una u otra manera en esa Constitución. En carta a Manuel Antonio Pulido, Gobernador de Barinas, de 12 de agosto de 1813, Bolívar hace alusión a "las viciosas ideas políticas que entregaron a un débil enemigo una República incomparablemente más poderosa en proporción". Al día siguiente, 13, Bolívar requiere de Francisco Javier Ustáriz su parecer sobre la organización del Estado, extendiendo la consulta a Miguel José Sanz y Miguel Peña. Todos coincidieron en las bondades de la Constitución 1811, reconociendo sin embargo su inaplicabilidad temporal, por la coyuntura de la guerra. Miguel Peña, en todo caso, admitió que el modelo de la Constitución de 1811 resultó "lento e ineficaz", con lo cual "todas las autoridades que eran el órgano de la voluntad de los pueblos convinieron en que el Gobierno Dictatorial era el que convenía a Venezuela". *Cfr*.: Grases, Pedro, compilador, *Pensamiento político de la emancipación venezolana,* Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2010, pp. 96 y ss.

14 Quintero, Inés, (coordinadora), *El relato invariable,* Editorial Alfa, Caracas, 2011, pp. 9 y ss.

15 Yanes fue uno de los juristas formadores de nuestra República Liberal, quien colaboró con Roscio entre 1810 y 1811. Es autor del que consideramos, es el primer texto de Derecho Constitucional venezolano: *Manual Político del Venezolano,* editado originalmente en 1839.

la formación de un ***nuevo Derecho Público para la libertad***, que encontró en la Constitución de 1811 su consolidación más acentuada, todo ello, a través de actos jurídicos, productos de una *revolución civil,* no *militar,* en el contexto más amplio de la crisis política y filosófica de la Monarquía española[16].

Antes que *independiente*, nuestra República fue *liberal.* Y lo fue como reacción al despotismo, al gobierno arbitrario, como resumió Juan Germán Roscio, cuyo pensamiento constitucional constituye el tema central de este trabajo. Por ello, con Irene Loreto, creemos que la primera República se forja a través de la Constitución y no de la guerra[17]. Así lo recuerda Tomás Polanco: la República nació dentro de un perfecto orden jurídico, hasta que "*la horda salvaje, la montonera informe, incivil y destructora, bañó de sangre el deseo de orden, progreso y libertad*"[18].

El estudio del pensamiento constitucional de Juan Germán Roscio, por ello, se enmarca en un proceso pensado y razonado de construir una República Liberal. Pero no cabe entender que esa construcción jurídica se basó únicamente en la drástica ruptura con el Antiguo Régimen. Germán Carrera Damas ha señalado que el tránsito de la Monarquía a la República estuvo caracterizado por signos de ruptura y continuidad, de lo cual derivaron no pocas contradicciones sobre cómo fue asumida la fundamentación republicana del naciente Estado y cómo esa fundamentación se plasmó en los actos jurídicos que dieron forma al nuevo Estado[19].

Para encuadrar desde el *pensamiento político* esta filosofía política de nuestra emancipación*,* Carrera Damas ha acuñado una expresión de la cual nos serviremos en nuestro análisis jurídico: el *liberalismo criollo.* Es necesario recordar que la crisis de la Monarquía española, exteriorizada en 1808, afectó a las estructuras internas de poder que el orden colonial había implantado en Venezuela a través de la clase dominante, quien asumió como primera preocupación restablecer tales estructuras[20]. De allí el sesgo de interpretar a la independencia como una gesta militar producto de circunstancias locales, referidas al rechazo de la Monarquía como forma extraña de Gobierno. En realidad, la Monarquía implantó en Venezuela un modelo colonial de sociedad cuya crisis, a partir de 1808, desembocó en los actos iniciados en 19 de abril de 1810. En palabras de Carrera Damas[21]:

---

16 Lo sucedido en Venezuela entre 1810 y 1811 no puede descontextualizarse de la crisis de la Monarquía española, visible para 1808. *Cfr*.: Chust, Manuel, "Un bienio trascendental: 1808-1810", en *1808. La eclosión juntera en el mundo hispano,* Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2007, pp. 11 y ss.

17 Loreto, Irene, *Algunos aspectos de la historia constitucional venezolana,* Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 2010, p. 151.

18 Polanco, Tomás, *Las formas jurídicas en la independencia*, Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1962.

19 Carrera Damas, Germán, *De la abolición de la monarquía hacia la instauración de la República*, *cit.*, pp. 9 y ss.

20 Carrera Damas, Germán, *De la abolición de la monarquía hacia la instauración de la República*, *cit.*, pp. 9 y ss.

21 *Una nación llamada Venezuela,* Monte Ávila Editores Latinoamericana, Caracas, 1984, p. 38. Refiere Carrera cómo los procesos dinámicos de implantación de la sociedad venezolana en sentido espacial u horizontal, y en sentido social o vertical, se habían detenido, aflorando incluso una defensa al orden colonial desigual manifestado por la oposición a la cédula de 1795 de gracias al sacar. Apenas quince años antes de los sucesos de 1810, el Ayuntamiento de Caracas había ejercido una firme defensa al sistema de castas y de desigualdad formal.

> "Es un error, y un error muy grave, ver el nexo colonial como algo existente fuera de las propias sociedades implantadas latinoamericanas, o de la propia sociedad implantada venezolana.
>
> En realidad, esta era una sociedad monárquica, inserta en un contexto denominado nexo colonial, no por imposición, no por mandato, no por vigilancia, sino por gestación. Es decir, se había formado en este contexto"

Como el orden monárquico era uno solo, fue entonces su crisis el desencadenante de la Revolución de 1810, y la explicación de los signos de ruptura y continuidad que, incluso en lo jurídico, pueden apreciarse[22].

Luis Castro Leiva, por su parte, ha observado cómo la "*Ilustración sufrió en el continente americano un descarrilamiento conceptual e histórico en más de un sentido*"[23]. Ello estuvo marcado por la corrupción del leguaje de la libertad:

> "Solamente un liberalismo autoritario y militar podía canalizar el sentimiento popular y transformar unas huestes casi feudales vagamente inspiradas por las ideas republicanas que se entregaban, por así decirlo, a escaramuzas de guerrilla, en un ejército del pueblo (…) fue así como se tergiversó el concepto de libertad bajo la influencia conjunta de una teoría de la voluntad general y de la dictadura militar"

La fundamentación republicana de nuestro Derecho Público, formada inicialmente entre 1810 y 1811, se desenvuelve entonces dentro de esta doble tensión: la necesidad de preservar las estructuras internas de poder, con signos de continuidad de la Monarquía, y la complejidad de adoptar un modelo republicano en una sociedad colonial. Esto llevó a un diseño moderado de nuestra República Liberal, como puede apreciarse en la obra de Juan Germán Roscio.

II. JUAN GERMÁN ROSCIO: UN ABOGADO EN LA TRANSICIÓN. DE LAS CONDICIONES BAJO LAS CUALES ESCRIBE Y PUBLICA *EL TRIUNFO DE LA LIBERTAD SOBRE EL DESPOTISMO* EN 1817

Roscio, y los actores civiles que participaron en la construcción jurídica de la República Liberal entre 1810 y 1811, dieron una extrema importancia a la palabra. Por ello, la independencia no solo fue un proceso jurídico sino además un proceso razonado, a través de distintos actos jurídicos cuidadosamente confeccionados. Juan Germán Roscio fue autor o coautor de los principales instrumentos jurídicos de nuestra emancipación, lo que demostró su interés por exponer los argumentos jurídicos en los cuales se fundamentó la independencia. Todos esos razonamientos serían compendiados y desarrollados en su obra fundamental, *El Triunfo de la Libertad sobre el despotismo*[24] de 1817, en la cual, entre otros aspectos, podemos en-

---

22 Como señala Carrera "la Monarquía fue una sola. El que tuviese en América carácter colonial la diferenciaba de la metropolitana en grado, pero no en su esencial condición". Carrera Damas, Germán, *Colombia, 1821-1827: Aprender a edificar una República Moderna,* Fondo Editorial de Humanidades y Educación, Universidad Central de Venezuela, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2010, p. 49.

23 "Las paradojas de las revoluciones hispanoamericanas", en *Luis Castro Leiva. Obras. Volumen II. Lenguaje republicano,* UCAB-Fundación Empresas Polar, Caracas, 2009, p. 97.

24 Manejamos la edición de la Biblioteca Ayacucho, de 1996. En cuanto al resto de sus escritos, hemos revisado las *Obras,* en compilación de Pedro Grases y Prólogo de Augusto Mijares, Publicaciones de la Secretaría General de la Décima Conferencia Interamericana, Colección Historia, Nº 7, Caracas, 1953, así la recopilación de sus *Escritos representativos*, editada en 1971 (*Juan*

contrar sólidos fundamentos jurídicos del nuevo Derecho Público, junto a la exposición de lo que Luis Ugalde ha llamado, con acierto, una teología en lo cotidiano[25].

Ese nuevo Derecho Público, que Roscio insistió en sistematizar y exponer, puede resumirse así: un Derecho basado centralidad del ciudadano y la defensa de su libertad. La libertad ocupa, pues, lugar central en la fundamentación histórica del Derecho constitucional venezolano. Para definir a la libertad, sin embargo, Roscio tuvo que pasar por no pocos problemas y tensiones, como es lógico suponer, ante el tremendo impacto que la idea de la libertad debió tener sobre la mentalidad conservadora y religiosa de la sociedad colonial venezolana. Esa mentalidad religiosa tuvo un peso sin duda significativo, al punto que Roscio estaba convencido de que el primer enemigo de la independencia eran las tradiciones religiosas conservadoras que defendían el derecho divino de los Reyes. Por ello, en *El triunfo de la libertad sobre el despotismo,* Roscio se esforzó por demostrar que la Biblia no se oponía a la independencia.

Pero ese nuevo Derecho Público, se insiste en ello, no fue asumido desde la total ruptura con el Antiguo Régimen[26]. Por el contrario, los signos de continuidad y ruptura presentes en nuestra independencia también caracterizaron a la formación de nuestro Derecho Público, ante la preocupación de retomar y mantener las estructuras internas de poder que el orden colonial había establecido. De allí la preocupación –volveremos sobre ello– de construir un concepto moderado de libertad, a fin de evitar el libertinaje, sinónimo de desorden y caos. Por ello hablamos de la fundamentación republicana de nuestro Derecho Público, para resaltar cómo la preocupación de entonces giró en torno a la necesidad de estructurar n Derecho Público centrado en la libertad y, al mismo tiempo, en el orden[27].

Es por ello que Roscio puede ser considerado un hombre de transición (Willwoll)[28] entre el orden colonial y el nuevo orden republicano. De allí que su pensamiento haya sido considerado moderado: ser renunciar a la defensa de la libertad, mostró recelos hacia el libertinaje, o abuso de libertad. El pensamiento de Roscio es, así, el de la libertad ordenada, y el de las garantías que esa libertad debe tener frente al Estado[29]. También, el del pensamiento enraizado en la religión católica, en desmedro de la libertad de cultos.

Germán Roscio. Escritos representativos. Homenaje a los 150 años de su muerte, Edición Conmemorativa del Sesquicentenario de la Batalla de Carabobo, Caracas, 1971).

25 Conferencia impartida por Luis Ugalde, S.J., el 7 de mayo de 2014 en el Paraninfo del Palacio de las Academias, en el evento conmemorativo al nacimiento de Juan Germán Roscio, intitulado "Democracia y Libertad".

26 Antiguo Régimen, aclaramos, español, el cual era muy distinto al Antiguo Régimen francés. Por ello, al señalarse que la independencia, incluso, como proceso jurídico, implicó signos de continuidad con el Antiguo Régimen, debe tenerse en cuenta los específicos rasgos que este tuvo.

27 Todo lo cual llevó a una exacerbación de la voluntad general como dogma, en tanto expresión soberana de poder. Véase lo que hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, "La Constitución de 1811 y la República liberal autocrática. Apuntes sobre las bases constitucionales del liberalismo criollo", en Casal, Jesús María y Cuevas, María Gabriela, (ed.) *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy,* Tomo II, Caracas, Fundación Konrad Adenauer-Universidad Católica Andrés Bello, 2013, pp. 67 y ss.

28 Willwoll, Guillermo Emilio, "Sesquicentenario de Juan Germán Roscio. Suárez-Rousseau y Roscio", *Revista de la Facultad de Derecho* Nº 49, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1971, p. 163.

29 Castro Leiva, Luis, "La elocuencia de la libertad", en *Luis Castro Leiva. Obras.* Volumen I, *cit.*, pp. 185 y ss.

La propia vida de Roscio es signo de esa transición. Roscio nace el 27 de mayo de 1763 en San Francisco de Tiznados, actual Estado Guárico. Como apunta Carlos Pernalete, Roscio era mestizo, lo cual "*le imposibilitan el acceso a la educación, actividad reservada a las clases opulentas*"[30]. Dos aspectos queremos destacar de este dato histórico.

.- El *primero,* el tiempo en el cual se desarrolla la vida de Roscio. Roscio nace a fines del siglo XVIII, es decir, en el período denominado, en la historia de las ideas políticas como Ilustración[31]. Esto es importante retenerlo pues la formación jurídica de Roscio en los años finales de ese siglo, se realizará ya en la consolidación de esa etapa del pensamiento.

.- Lo *segundo,* el aludido carácter mestizo de Roscio, el cual incluso le implicó obstáculos para acceder al Colegio de Abogados[32].

.- Roscio pudo en todo caso acceder a la educación en Caracas. Su inclinación humanista llevó a sus padres a confiar su custodia a Doña María de Luz Pacheco, hija del Conde de San Javier. Roscio llega a Caracas con 11 años, en 1774, para estudiar en el Seminario de Santa Rosa y luego en la Pontificia Universidad de Caracas. Estudia Filosofía por seis años, hasta alcanzar el grado de Bachiller. Luego asiste a la cátedra de Teología de Prima, Vísperas y Escrituras Sagradas, estudios que abandona por la muerte del padre, que le priva de recursos. Se matricula entonces, en 1787, en Cánones y Leyes, para graduarse de Doctor en Cánones el 21 de septiembre de 1794[33].

Benito Raúl Lozada, de quien hemos tomado los datos anteriores, apunta además que Roscio fue estudiante ejemplar. En 1790 gana el primer concurso en Derecho Civil promovido por la Universidad, y en 1791 obtiene otro premio similar en Sagrados Cánones. En 1794 obtiene la primera medalla en los ejercicios literarios de la Academia de Derecho Español y Público, presidida entonces por Miguel José Sanz, quien luego será, junto a Roscio, uno de los pensadores fundamentales de nuestra Primera República[34].

Nuevamente deseamos extraer, de los anteriores datos, dos consecuencias que interesan de cara a nuestro análisis:

.- En *primer* lugar, la sólida formación de Roscio, como correspondía a la época, fue una formación conservadora, inspirada por ello en los principios básicos del Antiguo Régimen[35]. De hecho, Roscio se desempeñó como Profesor de la Cátedra de Derecho Civil, obte-

---

30 Pernalete, Carlos, *Juan Germán Roscio,* Biblioteca Biográfica Venezolana, El Nacional-Bancaribe, Caracas, 2008, pp. 11-13.

31 Pino Iturrieta, Elías, *La mentalidad venezolana de la emancipación,* Bid. & Co. Editor, Caracas, 2007, especialmente, pp. 246 y ss.

32 Sobre ese incidente, Héctor Parra Márquez, en *Historia del Colegio de Abogados de Caracas* (Imprenta Nacional, 1952), ha efectuado una muy completa recopilación.

33 *Cfr.*: Pernalete, Carlos, *Juan Germán Roscio, cit.*, p. 12. Véase igualmente, en cuanto a la educación de Roscio, a Mijares, Augusto, "Prólogo", en *Juan Germán Roscio. Obras. Tomo I, cit.*, pp. XII y ss. Véase también a Arráiz Lucca, Rafael, *Civiles,* Editorial Alfa, Caracas, 2014, pp. 17 y ss.

34 Losada, Benito Raúl, *Juan Germán Roscio,* Biografías Escolares, Caracas, 1973, pp. 17 y ss. Nuestro análisis sobre la obra de Sanz, en Hernández G., José Ignacio, "Miguel José Sanz, la Academia de Derecho Público y español y el concepto de Ley. Breves reflexiones en el centenario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales", en *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación. Tomo I*, Colección Centenario, Caracas, 2015, pp. 97 y ss.

35 Escribe Willwoll: "recordemos que el prócer ha recibido una formación escolástica o digamos mejor, sólo una instrucción escolástica y de la época de su decadencia. Esta (y con creces dentro

niendo en 1800 el Doctorado en esa materia. Profesionalmente ocupa cargos diversos en la Administración colonial, a saber, Asistente de Asesoría General de Gobierno desde 1796; Asistente de la Auditoria de Guerra y Juez secular de prácticas de la Real Academia de Derecho Público. En 1808 es nombrado Fiscal Interino de la Real Audiencia[36].

Este punto de la formación jurídica de Roscio es relevante, pues coincide con que luego afirmará el propio autor, y es que hasta 1809 fue un defensor del Antiguo Régimen y del derecho divino de los Reyes. No puede determinarse con precisión si antes de esa fecha, y en especial, durante sus estudios y desarrollo académico posterior, Roscio tuvo contacto con la mentalidad de la Ilustración[37].

.- El *segundo* punto que debemos destacar es que esta educación, conservadora y tradicional, fue por ello religiosa. Roscio fue un católico fervoroso, lo que en modo alguno le impidió una aproximación racional a la Biblia para extraer de allí fundamentos del nuevo Derecho Público por él formado. Una muestra por demás elocuente de ello es su Testamento, de 1818, en el cual comienza afirmando sus dos creencias principales: la religión católica y el sistema republicano[38].

Hay un episodio en la vida de Roscio notable, por lo demás, para el examen de su obra. Nos referimos al problema suscitado con ocasión a la petición de Roscio de ingresar al Colegio de Abogados en 1798, gremio al cual logra acceder en 1805. La petición fue denegada, lo que suscitó una suerte de procedimiento ante el propio Colegio y ante la Real Audiencia, durante el cual fueron aducidos dos razones para denegar la admisión de Roscio: su falta de pureza de sangre, en el marco incluso de denuncias de forjamiento de documentos relacionados con la partida de su abuela *india,* y por el otro lado, ciertos alegatos que Roscio había empleado en 1797 al defender a Isabel María Páez, a quien se le había negado el derecho a usar alfombra o tapete en la Iglesia[39].

Ese último dato es relevante, pues en efecto Roscio esgrime, como abogado, argumentos a favor de la igualdad natural de los hombres, argumento contrario a los fundamentos de la sociedad colonial de entonces, como se analizará después. Por ello, en el marco del litigio con el Colegio de Abogados se le acusó de haber formado parte de la llamada *conspiración de Gual y España,* precisamente desarrollada en ese año de 1797, y en la cual se esgrimieron argumentos parecidos a los sostenidos por Roscio, quien negó su participación en aquél movimiento.

Lo cierto es que su actuación como abogado en 1797 y sus escritos en el litigio con el Colegio de Abogados entre 1798 y 1805 permiten evidenciar cuando menos, cierta similitud

---

de la corriente tomista), adolecía de cierto extremado intelectualismo, moderado y disciplinado en los grandes maestros…". *Cfr*.: "Sesquicentenario de Juan Germán Roscio. Suárez-Rousseau y Roscio", *cit.*, p. 175.

36 Pernalete, Carlos, *Juan Germán Roscio, cit.*, p. 13.

37 Afirma Luis Ugalde que las lecturas de las ideas liberales no las había podido aprender ni enseñar en la universidad por estar prohibidas y perseguidas. *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio,* Bid & Co. Editor-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 37.

38 Sobre este aspecto, *vid*. Mijares, Augusto, "Prólogo", *cit.*, XXVIII y ss.

39 Puede verse la referencia a este incidente en Mijares, Augusto, "Prólogo", *cit.*, pp. XIII y ss. Mijares señala, luego del análisis de ese episodio, que "es indudable que Roscio estaba enterado, cuando menos, de las ideas revolucionarias de la época" (p. XIX). Véase también el análisis de Ugalde, Luis, *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio, cit.*, pp. 35 y ss., y en especial, pp. 49 y ss.

entre su pensamiento y la nueva mentalidad que ya para ese entonces circulaba en Venezuela de la mano del contrabando. Luis Ugalde, en su amplio estudio sobre Roscio, reconoce que ya para 1797 Roscio aparecía como defensor de la igualdad como derecho natural, aun cuando no se aprecia, de manera determinante, la influencia del pensamiento de la Ilustración[40]. Sin embargo, si nos atenemos a lo afirmado por el propio Roscio, el cambio de su pensamiento, es decir, la asunción del pensamiento político de la Ilustración aplicado a la realidad venezolana, se da en 1809[41].

Todas las tensiones acumuladas luego de la crisis de la Monarquía española, evidenciada en 1808, desembocaron en la conformación de la *Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando VII* el 19 de abril de 1810. En el proceso iniciado entonces, Roscio ocupará una posición protagónica. Simplemente para tener una idea general de sus circunstancias personales[42], cabe señalar que Roscio se incorpora a la Junta como "diputado del pueblo", quedando encargado de la redacción del *Acta del 19 de abril.* Posteriormente, desde la Junta, ocupó la Secretaría de Relaciones Exteriores. Redacta, asimismo, el *Reglamento de elecciones y reunión de diputados de 1810,* resultando electo diputado al *Congreso*. Una vez instalado este, el 2 de marzo de 1811, Roscio participa en los principales actos y declaraciones del Congreso. Confecciona, en marzo de 1811, el *Manifiesto que hace al mundo la Confederación de Venezuela.* Junto a Isnardi, redacta la conocida *Acta de Declaración de la Independencia,* de 5 de julio. Poco antes, había participado en la redacción de la *Declaración de Derechos de los Pueblos,* de 1 de julio. En septiembre, envía al Ayuntamiento de Nirgua una comunicación en la que insiste sobre la fundamentación jurídica de la independencia, conocida como *Patriotismo de Nirgua y Abuso de los Reyes.* Participa además en la redacción de la *Constitución,* aprobada el 21 de diciembre[43].

Electo miembro suplente del Poder Ejecutivo Plural en 1812, cae prisionero luego de la capitulación con Monteverde. Hasta 1815 estará en prisión, primero en Venezuela, luego en España y finalmente en Ceuta, de donde logra fugarse en 1814 para ser hecho nuevamente prisionero y liberado en 1815. Pese al ofrecimiento de Bolívar[44], Roscio opta por no regresar

---

40 Ugalde, Luis, *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio,* p. 49-52.

41 Así lo refiere Ugalde (p. 37). Guillermo Emilio Willwoll ha prestado especial atención a la "conversión" de Roscio. En *El Triunfo,* como refiere Willwoll, Roscio reconoce que para 1806 abrazaba todavía los fundamentos del "poder arbitrario"). En su Discurso ante el Congreso de Angostura el 18 de noviembre de 1819, Roscio reconoce que "*ciegamente sacrifiqué mis servicios de la tiranía española hasta el año 1809*". Para el autor "alrededor del año 1809 debe haberse presentado un acontecimiento o el influjo de una lectura (…) que le decidió definitivamente cambiar de bandera". *Cfr.*: Willwoll, Guillermo Emilio, "Sesquicentenario de Juan Germán Roscio. Suárez-Rousseau y Roscio", *cit.*, pp. 118 y ss.

42 *Cfr.*: *Diccionario de Historia de Venezuela, Volumen 3,* Fundación Polar, Caracas, 2010, pp. 1005 y ss.

43 En general, sobre la participación de Roscio en estos actos, *vid*. Gil Fortoul, José, *Historia constitucional de Venezuela, Tomo Primero,* Editorial Las Novedades, Caracas, 1942, pp. 198 y ss.

44 Quizás convenga detenerse brevemente en este dato. Roscio llega a Jamaica en 1816, donde se recibe una carta de Bolívar –26 de noviembre– en la cual expresa su esperanza de ver a Roscio, junto a sus compañeros de prisión (Juan Paz Castillo y José Cortés de Madariaga) "en el seno de la patria cooperando eficazmente en la construcción del gran edificio de nuestra república". Roscio opta, sin embargo, emprender viaje a Estados Unidos, primero a Nueva Orleans y luego a Filadelfia (Valero Martínez, Arturo, *Juan Germán Roscio. Prócer Civil de la Independencia de Venezuela,* Caracas, 2008, pp. 36-37) ¿Esa negativa de Roscio implicaba cierto distanciamiento hacia Bolívar, en especial, por sus decisiones y acciones desde 1813? Parece más bien que Roscio entendía la necesidad de publicar su libro, escrito en prisión, como modo de combatir el pensamiento catól-

a Venezuela, al preferir publicar un libro llamado a demostrar que la religión católica no es contradictoria con los fundamentos de la independencia. Lo logrará en Filadelfia, en 1817, con la publicación de *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*.

Se trata de una densa y compleja obra, escrita con el deliberado propósito de luchar contra la mentalidad religiosa conservadora, que Roscio consideraba uno de los principales obstáculos de la emancipación. De allí su alto contenido teológico –fue escrito en tono confesional– lo que no impide extraer, de la obra, auténticas máximas republicanas que conforman el primer compendio de Derecho Constitucional venezolano[45].

Pese a ello, parece que esta obra no llegó a ser difundida, al menos, con el propósito que Roscio deseó[46]. Su destino en Venezuela permite abonar por esa tesis: pese a sus ediciones en Estados Unidos y México, su primera edición en Venezuela fue apenas en 1953[47].

Luego de la publicación de *El triunfo sobre la libertad sobre el despotismo* Roscio regresa a Venezuela. Desde 1818 acompañará a Bolívar en diversas funciones, especialmente, colaborando activamente en la organización de la República de Venezuela (con la Constitución de 1819, actuando como Presidente del Congreso de Angostura) y luego, de la República de Colombia (1820-1821). Como explica Irene Loreto, esto hace de Roscio un personaje todavía más interesante, pues no solo fue actor principal en la organización primera de nuestra República –que es la faceta que tratamos en este trabajo– sino que además, lo fue también de la evolución posteriormente de la República Liberal, primero en Venezuela y luego en Colombia[48].

---

lico conservador. Por esa explicación parece inclinarse Domingo Milliani ("Prólogo", a la edición de *El triunfo sobre el despotismo,* de la Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1996, pp. XXII y ss.).

45 *Cfr*.: Ugalde, Luis, *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio, cit.*, pp. 106 y ss. En el "Prólogo" a esa obra, Grases sostiene que Roscio es "el jurista y pensador más notable de la generación de la independencia". En su libro, nos explica Grases, Roscio desmonta el derecho divino de los reyes a través de una sólida construcción jurídica del modelo republicano (pp. 11 y ss.). En palabras de Mijares, *El triunfo de la libertad sobre el despotismo* es "más que una producción intelectual en el sentido limitado de esta palabra, una nutrida y cuidadosa síntesis de principios morales y políticos" ("Prólogo", p. XXXI).

46 Distintas opiniones se han formulado sobre la influencia que la obra de Roscio pudo tener en la emancipación. Ugalde resalta la poca difusión que la obra tuvo en Venezuela (*El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio, cit.*, p. 89). Straka opina, además, que la fundamentación teológica y política de Roscio no fue necesaria para convencer a los nacientes "republicanos", quienes admitían la validez del sistema republicano-liberal de Estados Unidos (Straka, Tomás, "De la *república aérea a la república monárquica:* el nacimiento de la república venezolana 1810-1830", en *Las independencias de Iberoamérica,* Fundación Empresas Polar, Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Konrad Adenauer, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Caracas, 2011, pp. 424 y ss.)

47 Pedro Grases resume las ediciones de *El Triunfo*: Filadelfia, 1817, 1821 y 1847. México, 1824, 1828 y 1857 ("Nota del Compilador", p. III y ss.). En Venezuela, como vimos, su primera edición estuvo contenida en las *Obras* editadas en 1953. La Biblioteca Ayacucho publicó en 1996 otra edición, que puede ser consultada en versión electrónica en la su página web. En la presentación de esa edición, Milliani analiza la influencia de Roscio en México y en especial en Benito Juárez (pp. XXXV y ss.).

48 Loreto, Irene, "El pensamiento de Juan Germán Roscio en los primeros textos constitucionales de Venezuela", *Libro homenaje al profesor Alfredo Arismendi,* Ediciones Paredes, Caracas, 2008, pp. 533 y ss.

Además de esa labor constituyente, Roscio desempeñó diversos cargos públicos, entre otros, Vicepresidente del Departamento de Venezuela y Vicepresidente de Colombia. Con ocasión a aceptar ese cargo, muere en la Villa del Rosario de Cúcuta, en 1821. Casi doscientos años después, la Asamblea Nacional, afirmando su condición de *prócer civil,* acordó trasladar sus restos al Panteón Nacional[49].

III. LA FUNDAMENTACIÓN REPUBLICANA DEL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO EN LA OBRA DE JUAN GERMÁN ROSCIO Y EN *EL TRIUNFO DE LA LIBERTAD SOBRE EL DESPOTISMO*

Como hemos explicado, *El triunfo de la libertad sobre el despotismo* fue escrito por Roscio con un propósito fundamental: demostrar que la religión católica no se oponía a los motivos en los cuales se justificaba la independencia. Roscio comprendió que, más allá de la gesta militar, la independencia implicaba una revolución en el pensamiento, especialmente, vista la influencia de la Iglesia Católica. Esto hace que esta obra no sea, en estricto sentido, un texto de contenido jurídico. Así, tal libro ha sido considerado un tratado confesional orientado a desmontar los postulados de una teología feudal que señalaba la divinidad del monarca y sus consecuentes potestades absolutas[50].

Pero para desarrollar tales propósitos, Roscio desarrolló en su libro lo que podemos considerar los *principios generales del nuevo Derecho Público.* Esto es, los postulados básicos en torno a los cuales debía asentarse la ordenación jurídica de la República, basada en el modelo republicano, esto es, en el principio conforme al cual el Gobierno deriva de la representación popular, en virtud de lo cual se encuentra sometido al Estado de Derecho, como método de limitación del poder en defensa de la libertad general del ciudadano.

Estos postulados pueden resumirse en dos grandes principios, presentes en toda la obra de Roscio y en especial, en *El triunfo de la libertad sobre despotismo.* Nos referimos, así, al *principio de la soberanía popular y el carácter limitado del Poder público,* y al *principio del concepto de libertad y su expresión jurídica en el sistema republicano.* Al resumir esos dos grandes principios –de los cuales derivan otra compleja serie de postulados jurídicos– podremos tener una aproximación a la fundamentación republicana de la obra de Roscio[51].

.- En *primer* lugar, encontramos el principio de la *soberanía popular y el carácter limitado del Poder público*. Desde el inicio de nuestra emancipación, Roscio se mostró partícipe del origen popular de la soberanía y, como consecuencia, del carácter limitado del Poder Público, principalmente, a través de la Ley como expresión de la voluntad general. Esta idea está presente en el *Acta del 19 de abril*, en cuya redacción participó Roscio, y en especial, en la carta a Bello, 29 de junio de 1810. La ausencia del legítimo Rey rompía el pacto establecido, con lo cual la soberanía "*queda emancipada y restituida a su primitiva independencia*".

---

49 Acuerdo publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.704 de 29 de junio de 2011.

50 Morales Pino, Luz, *Juan Germán Roscio: la subversión de la palabra,* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p. 33. Véase también a Grases, Pedro, "Juan Germán Roscio (1761-1821)", en *La tradición humanística. Pedro Grases. Obras.* Nº 5, Editorial Seix Barral, Barcelona, pp. 1981, pp. 75 y ss.

51 Seguimos aquí lo expuesto en "Roscio el jurista", ponencia leída el 7 de mayo de 2014 en el Paraninfo del Palacio de las Academias, en el evento conmemorativo al nacimiento de Juan Germán Roscio. La referencia a los textos de Roscio se toma de las *Obras* y especialmente, de *El triunfo de la libertad sobre el despotismo.*

Lo que diferencia a Roscio del pensamiento clásico, es que además de afirmar esta "soberanía interina", reconoció el principio de representación y a partir de allí, el carácter limitado del Poder Público.

Esa idea, quizás tímidamente expresada en el *Acta* del 19 de abril, es retomada por Roscio, con notable claridad, en la *Alocución* al *Reglamento de elecciones y reunión de diputados de 1810.* Ya allí Roscio expresa lo que podría considerarse el trinomio fundamental de su pensamiento jurídico: soberanía popular, representación y el Estado de Derecho como límite del Gobierno en defensa de la libertad. De allí emerge otro concepto clave en nuestro Derecho constitucional: el despotismo, relacionado con el ejercicio del poder fuera de la Ley. El siguiente párrafo de esta *Alocución* resume esta idea central:

> "Todas las clases de hombres libres son llamadas al primero de los goces del ciudadano, cual es concurrir con su voto a la delegación de los derechos personales y reales que existieron originalmente en la masa común y que la ha restituido el actual interregno de la monarquía".

Nótese cómo aparece la idea de la "restitución" de la soberanía por la crisis de la Monarquía española. Notar, asimismo, además, cómo la soberanía se asocia al voto y a la delegación, o sea, a la representación. Finalmente, en este párrafo, con fundamentos de Derecho natural, se enuncia también el principio de igualdad: los hombres por naturaleza son libres, y ello alcanza a "todas las clases de hombres". Este principio, sin embargo, no tendrá pleno reflejo en el articulado del Reglamento, que limitó el derecho al sufragio a ciertos ciudadanos (artículo 4 de su Capítulo Primero), entre otros factores, de acuerdo con su patrimonio, lo que demuestra la tensión dialéctica de la libertad y la igualdad en nuestra emancipación, y los signos de ruptura y continuidad a los cuales se ha referido el profesor Carrera Damas.

En cualquier caso, sobre la base de esta idea, Roscio enlaza, magistralmente, los conceptos de libertad, soberanía y representación, con el concepto del poder limitado en la Ley. La delegación que "todas las clases de hombres" realizan, debe "restringirse de tal manera" que los delegados no puedan "mandar con arbitrariedad ni abusar de vuestra confianza". Esta es la diáfana afirmación del principio de legalidad: los delegados (organizados de acuerdo con el principio de separación de poderes) deben obrar de manera subordinada a la voluntad general, lo cual es necesario para fundar "bases racionales y decorosas". Para nosotros, está aquí presente también la idea de la Constitución, como acto supremo que limita el ejercicio de la soberanía por los delegados.

Estos planteamientos quedaron recogidos, con algunos bemoles, en la *Declaración de los Derechos de los Pueblos,* de 1 de julio de 1811, y en la *Constitución,* de 21 de diciembre de ese año. Nuevamente en estos textos se aprecia el conflicto entre igualdad y libertad. Así, el concepto de soberanía popular y de la Ley como expresión de la voluntad general es cuando menos matizado, el reconocerse en la *Declaración* que existen dos clases de hombres, según tengan o no derecho al sufragio. Tanto así que el artículo 149 de la Constitución acotó que la Ley es no tanto expresión de la voluntad general, como expresión de la "mayoría" de los ciudadanos.

Esta matización, que vemos muy presente en la Constitución de 1811, no aparece sin embargo en la obra fundamental de Roscio, *El Triunfo de la libertad sobre el despotismo,* de 1817. Confiesa allí Roscio que *"llamar soberanía al resultado de la voluntad general del pueblo, al resumen de sus fuerzas espirituales, me parecía un sueño".* En esa obra Roscio asume los principios de soberanía y representación, como mecanismos para imponer límites a la Ley y al Gobierno, pero cuidándose de atribuir a la Ley, como expresión de la voluntad general, un carácter absoluto.

Para ello, complementa el concepto de Ley con un elemento esencial: *"no es ley el acto de la voluntad de un individuo: no es legítima, sino tiránica, la autoridad que no viene del pueblo*" (Capítulo XVI). Así, *"no puede ser derecho, ni ley, lo que carece de justicia y equidad*".

La palabra Ley adquiere en Roscio un nuevo significado. Por un lado, es un acto que expresa la voluntad general a través del principio de representación. Por el otro, es un acto que debe ser justo. Por ello, la Ley arbitraria, la Ley que "invade a la libertad" pues *"injustamente priva al hombre del ejercicio de este derecho*", haciendo *"de sus semejantes una propiedad, reduciéndolos a la esclavitud o perpetuándolos en ella"* (Capítulo XVII), no es Ley. Como afirma en el Capítulo XXIX: *"la ley que carece de esa bondad intrínseca, no tiene jurisdicción en el fuero interno ni merece denominarse Ley"*.

En este lenguaje, Roscio admite que el centro del sistema jurídico no es la Ley, o sea, el llamado legicentrismo, distanciándose de esa manera de los fundamentos jurídicos de la Revolución francesa. Si la Ley debe ser un acto "justo" es por cuanto existe un acto normativo superior, que es la Constitución. En el lenguaje del nuevo Derecho Público formado por Roscio, por ello, la idea de Constitución como *norma suprema del ordenamiento jurídico* ocupa lugar central, lo que lo ubica en una posición más cercana a los fundamentos de la Revolución Americana, incluyendo entre otros la influencia de Locke.

.- El *segundo* principio es el *concepto de libertad y su expresión jurídica en el sistema republicano.* Los conceptos de soberanía y representación, trabajados por Roscio, acompañaron también la formación del concepto de libertad. A tal fin, Roscio asumió la difícil tarea de definir el significado jurídico de la palabra libertad.

La ya citada *Alocución* del *Reglamento* de 1810, avanzará notablemente en el lenguaje de la libertad, al establecer los rasgos del sistema republicano, dentro del cual esa libertad podía ejercerse. En esa *Alocución,* en efecto, se alude a "principios liberales". El uso de la palabra "liberal", para calificar a los principios defendidos por la Junta Suprema, puede considerarse una auténtica novedad en términos del uso del lenguaje jurídico, pues incluso a inicios del siglo XIX, la expresión tenía más bien un contenido moral. Aquí, Roscio alude a los principios liberales en relación a los fundamentos jurídicos por él diseñados, y que constituyen la esencia arquitectónica del Derecho Constitucional venezolano.

Dentro de esos principios liberales, Roscio, en la comentada *Alocución,* identifica adecuadamente el valor que representa el principio de separación de poderes. Permítaseme la siguiente cita:

> "Habitantes de Venezuela: buscad en los anales del género humano las causas de las miserias que han minado interiormente la felicidad de los pueblos y siempre la hallareis en la reunión de todos los poderes".

Separación de poderes y principio de legalidad son enlazados en el *Reglamento* de tal manera que ambos preceptos no podrán ya separarse. Posteriormente, en la *Declaración de los Derechos del Pueblo,* de 1811, emerge nuevamente esta idea de libertad, pero con un rasgo que Castro Leiva, lúcidamente, ha destacado: la libertad era entendida en el marco de la Ley, engranando las manifestaciones positivas y negativas de ese derecho. Es decir, para Roscio, la libertad no es tanto un acto de voluntad sino un deber virtuoso, el cual se entiende siempre dentro de los límites de la Ley. Esta idea está presente en el artículo 5 de la Sección "Derechos del Hombre en Sociedad" de la *Declaración*. Así, la Ley tiene por objeto "*arreglar el modo con que los ciudadanos deben obrar en las ocasiones en que la razón exige que ellos se conduzcan no por su opinión o por su voluntad, sino por una regla común*". Nótese cómo la Ley, aquí entendida como regla común de razón, somete a la libertad a esa razón y no a la voluntad.

Roscio conoció los peligros de este planteamiento. Defender a la libertad solo dentro de la Ley, atribuye a la Ley un poder excesivo que pone en riesgo a la libertad y, por ello, a todo el sistema. De allí que, como antes veíamos, el concepto de Ley fue matizado, al condicionarse que la Ley, para ser tal, debe ser un acto racional y justo, es decir, una Ley de libertad. Por ello la *Declaración* recuerda en su artículo 14 que la Ley "*debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión y tiranía*". Por lo tanto, como se desprende también del comentado artículo 6, no existe obediencia para la Ley que se "aparta de la naturaleza y de los objetos", es decir, cuando la Ley no protege a la libertad.

En el *Triunfo de la libertad sobre el despotismo* podemos encontrar estas visiones, que en Roscio se asumen no sin cierta tensión, como correspondía además a las condiciones bajo las cuales se gestó nuestra independencia. Así, por un lado, Roscio reconoce en el Capítulo XVII, que el hombre es inviolable mientras respete la Ley, lo que es considerado una virtud republicana esencial. Pero al mismo tiempo, Roscio reconoce los riesgos de obedecer ciegamente al Gobierno y a la Ley.

Así, Roscio asume, respecto del Gobierno, el principio de desconfianza. En el Capítulo V de *El Triunfo* advierte los riesgos del Gobierno que, incluso de origen popular, deviene en despótico: "*depender de un hombre sólo*" –nos escribe Roscio– "*es esclavitud"*. Por ello, Roscio asume al Derecho Constitucional desde la centralidad del ciudadano. De allí el verdadero concepto de Gobierno, que encontramos también resumido en carta a Domingo González, de 6 de mayo de 1811: el Gobierno debe obrar al servicio del ciudadano y de su libertad. En el *Manifiesto al mundo,* de 1811, Roscio insiste en esta idea: los Gobiernos no pueden tener otra duración que la utilidad y felicidad del género humano. La idea está también presente en *El patriotismo de Nirgua y abuso de los Reyes*, del mismo año: los gobiernos se establecen para servir, no para dominar; se establecen para conservar la vida, la libertad y la propiedad, y no para oprimir a los ciudadanos.

Este recelo es expresado por Roscio, también, en relación a la obediencia a la Ley. Como veíamos, Roscio concibe a la libertad solo desde la Ley, pero al mismo tiempo advierte que el ciudadano no debe obediencia ciega a la Ley. Por el contrario, la obediencia ciega a la Ley conduce a la tiranía Esa obediencia ciega –nos escribe en *El Triunfo*– "*no puede ser sino el resultado de una conciencia ciega que sin discernir entre lo bueno y lo malo, ciegamente abraza cuanto se le propone*".

Sobre estas ideas, Roscio formula una de las principales conclusiones de su obra: "*una obediencia ciega, una obediencia obscura, bien presto abriría el camino a la tiranía y destruiría la libertad". Leemos también en el Capítulo XXXVI: "nadie tiene derecho para mandar otra cosa, ni para ser obedecido en las ilícitas*".

La libertad es definida dentro de la Ley, para diferenciar ésta del libertinaje, como corresponde al pensamiento católico. Sin embargo, Roscio se encarga de poner límites no solo a la Ley, sino también al Gobierno. De lo anterior deviene que el deber de obediencia al Gobierno y a la Ley es exigido solo respecto a actos racionales, no arbitrarios.

IV. EL NECESARIO RESCATE DE LA TRADICIÓN REPUBLICANA EN LA OBRA DE JUAN GERMÁN ROSCIO

De todo lo expuesto puede concluirse que Juan Germán Roscio es uno de los exponentes más notables del nuevo lenguaje jurídico que, a partir de 1810, confluyó en la formación de un nuevo Derecho Público.

Todo ese nuevo Derecho Público pivota sobre un concepto cardinal para Roscio: la arbitrariedad, entendida como sinónimo de tiranía o despotismo. Lo que caracteriza al nuevo Derecho Público y lo diferencia del Antiguo Régimen, es el reconocimiento de la libertad como derecho oponible al Gobierno y a la Ley y, por ende, el derecho de los ciudadanos de reaccionar frente a todo Gobierno o Ley que sean arbitrarios, o sea, que coarten injustificadamente a la libertad. En *El Triunfo,* Roscio rechaza que el Gobierno pueda degenerar en el mando de un solo hombre, insistiendo que *"sujetarse a la voluntad de sus propios mandatarios, sería lo mismo que dejar de ser soberano",* enfatizando de esa manera la *"superioridad del pueblo".* Si los gobernantes ejercen la soberanía lo hacen sólo por delegación de los ciudadanos, con lo cual el mandatario sólo es el "*primer administrador de una nación, constituido por el voto general de ella*" (Capítulo XLIX).

Por ello, los ciudadanos mantienen siempre el poder de controlar al Gobierno, como explica Roscio en otra de las piezas básicas de su obra, el Capítulo L. A los ciudadanos toca la elección del gobierno y a ellos corresponde:

> "fiscalizar su conducta, removerlos o conservarlos, prorrogarles el tiempo de su servicio, tomarles cuenta y razón de su administración: en una palabra, todo cuando conduzca a la salud del pueblo, que es la suprema ley, a precaver y remediar todo lo que sea detrimento suyo"

Aquí se aprecia el influjo americano en la obra de Roscio, al insistir que el ciudadano mantiene la titularidad del derecho de libertad –como soberanía individual– a fin de controlar la acción del Gobierno. Un planteamiento que nos recuerda al principio fundamental del constitucionalismo norteamericano –atribuido impropiamente a Thomas Jefferson, al parecer– de acuerdo con el cual la eterna vigilancia de los ciudadanos es el precio de la libertad.

La función última del Derecho Constitucional debe ser, precisamente, prohibir todo despotismo, tiranía o arbitrariedad, en defensa de la libertad. La idea, por ejemplo, la vemos muy presente en la carta de Roscio a Layard, de 4 de septiembre de 1810. Allí cuestiona las consecuencias de los órganos de Gobierno que se degeneran en actos despóticos, cito, "*prostituidos por la arbitrariedad*".

En el bicentenario de *El triunfo de la libertad sobre el despotismo,* la lucha por un Derecho Público de fundamentación republicana, orientado a prevenir los excesos y abusos del poder, y la prostitución de la arbitrariedad, sigue siendo un imperativo.

La Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución Venezolana de 1999: Un método de reforma constitucional, nada más, nada menos

Jorge Kiriakidis
Abogado

"Artículo 145. Ningún individuo, ninguna familia, ninguna porción o reunión de ciudadanos, ninguna corporación particular, ningún pueblo, ciudad o partido, puede atribuirse la soberanía de la sociedad, que es imprescriptible, inajenable e indivisible en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquiera función pública del gobierno, sino la ha obtenido por la Constitución."
(Constitución Federal de 1811)

Resumen: *El artículo da una revisión al ordenamiento constitucional venezolano vigente para aclarar la naturaleza y funciones de la Asamblea Nacional Constituyente y con ello contribuir a desmitificar este órgano.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional Constituyente, Soberanía, Pueblo, Constitución, Democracia Participativa, Modificación de la Constitución.*

Abstract: *The article gives a revision to the current constitutional order in Venezuela to clarify the nature and functions of the National Constituent Assembly and thereby contribute to demystify this entity.*

Key words*: National Constituent Assembly, Sovereignty, People, Constitution, Participatory Democracy, Modification of the Constitution*.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELEVANTES DE CARA A INTERPRETAR CORRECTAMENTE EL ALCANCE DE LAS NORMAS QUE SE REFIEREN A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y SU NATURALEZA
III. LO QUE NO DICE Y LO QUE DICE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE
1. *Lo que no dice la Constitución sobre la Asamblea Nacional Constituyente*. A. La Asamblea Nacional Constituyente no es "el Pueblo". B. La Asamblea Nacional Constituyente no es "titular de la soberanía". C. La Asamblea Nacional Constituyente no es "depositario del Poder Constituyente" ni "Poder Constituyente". D. La Asamblea Nacional Constituyente no es un órgano excluido del ordenamiento jurídico o de la Supremacía Constitucional. E. La Asamblea Nacional Constituyente no es un poder suplantador de los poderes constituidos. F. La Asamblea Nacional Constituyente no "dicta" una nueva Constitución. 2. *Lo que dice la Constitución sobre la Asamblea Nacional Constituyente*
IV. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Las Asambleas Constituyentes irrumpen en la historia de la mano de las ideas de Constitución, Estado de Derecho, Derechos del Hombre y Soberanía Popular, en momentos en que

de lo que se trataba era de reaccionar frente al *Antiguo Régimen* –la Monarquía Absoluta– oponiendo a la idea de *poder absoluto* la de *poder limitado y sometido al derecho*.

Irrumpen en medio de circunstancias de hecho, de facto, al margen del orden preexistente, y en eso no se distancian mucho de lo que –hasta su aparición– fue la dinámica de la toma del poder a lo largo de toda la historia de la antigüedad.

Sin embargo, y he aquí lo que hace diferentes a estos procesos de todos aquellos que les precedieron en la historia (y lo que permite señalarlos como originales y originarios), es que –acompañados de un pensamiento político y filosófico racionalista– dispusieron el establecimiento de un nuevo orden –normativo– que no sólo pretendía regular las relaciones entre los particulares, además, ahora, le reconocía a las personas derechos inherentes y soberanía, y además, **sometía al gobierno y los gobernantes a ese mismo orden**. Es decir, el *después* que sigue a estos procesos supone un orden que somete a derecho al poder, a diferencia de lo que hasta entonces ocurrió, que derecho y poder se confundían, y por ello, el poder estaba exento de regulación (era soberano, era absoluto).

Es en este *momento inicial*, verdaderamente *fundacional* del Estado Constitucional y de Derecho y del ordenamiento jurídico, antes del cual, o bien no existía el Estado o bien el Estado de cosas anterior no respondía a las ideas de Estado de Derecho, separación de poderes, prevalencia de los derechos humanos, soberanía popular y Constitución, en el que se hace presente lo que TULIO ÁLVAREZ denomina "*la Fuerza Constituyente Inicial*"[1].

Aquella –"la Fuerza Constituyente Inicial" a la que otros se refieren como "Poder Constituyente Originario"– "actúa en el momento de formación de un nuevo Estado bajo las siguientes características: (i) La destrucción de la estructura política produce un vacío que hace indispensable la creación de un modelo que se corresponda con las nuevas realidades; (ii) No existe regulación de cómo se debe adelantar el proceso de conformación constitucional; (iii) Se produce la búsqueda del elemento legitimador en la voluntad popular como fuente fundamental del poder; (iv) Se da una manifestación absoluta de poder más por falta de precedente regulatorio que por el hecho de una elaboración conceptual."

En esos momentos convulsos en los que se invoca al Poder Constituyente Originario, no hay legitimación jurídica u ordenamiento en vigor, no hay –igualmente– un gobierno legítimo (pues no se cuenta ni con la legitimidad que pueda dar el creador supremo o la que provenga del Pueblo luego de un proceso electoral), y de allí que es razonable que, cuando menos provisoriamente, la construcción del orden, el establecimiento de un nuevo Estado y la conducción del mismo (el gobierno) sea asumido (directa o indirectamente) por el mismo órgano, uno que se diga –o que sea– **representante** del Pueblo Soberano. Ese órgano es la Asamblea Constituyente inicial o fundacional (justamente porque es la "primera" luego de ese momento inicial o fundacional), **que, aun en ese momento, no es "el Poder Constituyente", es tan solo un órgano al que se le atribuyen unas funciones** (entre las que destaca establecer el nuevo ordenamiento jurídico al que todo, ella incluso, se va a someter) **temporales, y cuyos resultados deben ser sometidos al escrutinio y la aprobación del Pueblo** (que es, en definitiva, el único Poder Constituyente, y titular de la soberanía).

De modo que, ni siquiera en el momento fundacional es posible entender que el órgano que discute y escribe la Constitución, y al que se denomina Asamblea Constituyente, es el

---

[1] Álvarez, Tulio. "El declive de la Teoría del Poder Constituyente". LOGOI *Revista de Filosofía* Nº 21, 2015, pp. 161-180.

depositario del poder constituyente y la soberanía[2]. Por el contrario, aun cuando –por razones coyunturales– sea un órgano que concentra el poder y lo ejerza virtualmente sin límites aparentes, aquel no es más que un delegatario, un encargado temporal, de quien si es soberano y en definitiva constituyente: el Pueblo. Así, aún en el momento inicial, donde la asamblea –esa Asamblea Constituyente– concentra incluso el poder de gobierno y no encuentra limites formales en un ordenamiento que ya no existe, aun entonces, no es un poder soberano, pues el titular de la soberanía y del poder constituyente es un cuerpo enteramente distinto, conformado por la universalidad de los habitantes del territorio que se pretende instituir como Estado independiente.

A esto debe sumarse que, luego de la aparición de los Estados Constitucionales de Derecho, y de la expansión del constitucionalismo, es imposible concebir un poder ilimitado y no sujeto a reglas, ni tan siquiera el propio Poder Constituyente Originario (que no es otro que el Pueblo votando para aprobar una Constitución) escapa de los límites que suponen los derechos humanos. Y es que, como dice SANQUÍRICO PITTEVIL, *"(...) el Poder Constituyente es Originario por el resultado que se obtiene del ejercicio de su función, más no de la ausencia de norma que lo pueda determinar*"[3]. Pensar lo contrario es equipararse de planto al pensamiento absolutista o autoritario contra el que, en su momento, reacciono la humanidad, y olvidando lo avanzado en los últimos doscientos años de pensamiento jurídico, toda vez que "en un Estado Constitucional no hay poder absoluto"[4].

Luego de esos *momentos fundacionales* de los Estados Constitucionales de Derecho, se ha invocado al Poder Constituyente en diversas ocasiones, a veces simplemente para cambiar el texto de la Constitución, pero en otras ocasiones se lo invoca para emular –indebidamente– el momento fundacional y romper, sin derramar mucha sangre (porque la experiencia demuestra que siempre alguna cantidad de sangre se derrama en estos eventos), los limites que le imponen al poder el ordenamiento jurídico (la Supremacía Constitucional, la separación de poderes, la reserva legal, los derechos humanos etc.).

Ahora bien, el asunto es que, agotado ese momento primigenio de instauración de un orden constitucional que estatuye al Estado y limita el poder, en donde se destierra la idea del poder ilimitado y se instaura la idea de "imperio de la ley" y de la legalidad, ya no es posible –no desde la óptica del Constitucionalismo y el derecho constitucional– regresar.

Aquello no supone afirmar que, luego de establecida lo que podríamos denominar "la Primera Constitución" ese texto no pueda sufrir modificaciones –pequeñas o mayúsculas–. Sin dudas ese texto constitucional puede ser modificado (por los canales que el mismo pre-

---

2 Sobre la distinción entre las nociones de Soberanía y Poder Constituyente, sostiene Sanquírico Pittevil, Fernando (en Las facultades (i) limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la República. En la Obra Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017. Colección Estudios Jurídicos Nº 119, EJV, Caracas 2017, pp. 365-368) que "*Existe, sin lugar a dudas una estrechez entre los conceptos Soberanía Popular y Poder Constituyente; pero bajo ningún concepto debe admitirse su equiparación. Básicamente la distinción de los conceptos radica en la titularidad de la Soberanía y, una de las formas en que se puede manifestar esa Soberanía, la cual es el Poder Constituyente."*

3 Sanquírico Pittevil, Fernando*. Las facultades (i) limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la República*. *Op. cit.* pp. 3675-368.

4 Prats, Eduardo J. "El Poder Constituyente de Sieyes a Maduro". En la *Obra Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos Nº 119. EJV. Caracas. 2017. pp. 19.

vé[5]). De lo que se trata es que luego de estatuido un Estado, y establecido un ordenamiento jurídico constitucional que somete todo el ejercicio del poder a derecho (la Constitución incluida), no es posible pretender sustituir los órganos "constituidos", que ejercen un "poder limitado por el derecho", por órganos –un órgano de gobierno– con poderes ilimitados, so pretexto de ejercer, en nombre del Pueblo, la soberanía.

Y así, es crucial entender –para no caer en la trampa del neo autoritarismo– que una cosa es el poder constituyente –fuerza o facultad– del que es titular exclusivo el Pueblo, y otra muy distinta son los órganos a los que el Pueblo puede encomendar la tarea de modificar la Constitución, con independencia al nombre que se dé a esos órganos, o si aquellos son órganos permanentes u órganos *ad hoc* (especialmente creados para emprender el proceso de modificación).

Sobre esto volveremos más adelante, pero desde ya debe advertirse que para el constitucionalismo (así como para la Constitución venezolana de 1999), preexistiendo un Estado Constitucional de Derecho, la llamada a una Asamblea Constituyente se limita a un mecanismo para emprender una modificación del texto de la Constitución, nada más, y nada menos. No se trata, en modo alguno, de un sistema de sustitución y suplantación de los órganos del Estado (vamos a llamarlos "constituidos") y de sus funciones. No se trata, en fin, de un mecanismo o forma de gobierno sustitutivo del previsto y reglamentado por la propia Constitución cuya modificación se emprende.

Justamente el propósito de estas notas es darle una mirada a esa Asamblea Nacional Constituyente que, por encargo del Pueblo Soberano, emprende una profunda revisión del texto constitucional, tal y como la misma está regulada en la Constitución venezolana de 1999.

Para ello, haciendo abstracción -en esta ocasión – de lo que ha dicho, no solo equivocada sino además inconstitucionalmente, una Sala Constitucional[6] de legitimidad cuestionable[7]

---

5 Aquí es importante anunciar que en nuestro país primero la Corte Suprema, y ahora la Sala Constitucional, parecen entender esto de otro modo. Para estos tribunales la Constitución (por lo menos el texto constitucional) pude soportar formas de modificación distintas a las que su propio texto prevé. Antes (la Corte Suprema) lo aceptó invocando el poder constituyente originario, justificando así, en su momento, la convocatoria a una Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución de 1961, ahora, (la Sala Constitucional), no ha tenido el menor reparo en constituirse a sí misma en "constituyente permanente", corrigiendo expresamente al constituyente y alterando o contradiciendo abiertamente el texto de la Constitución.

6 En efecto, no haremos referencia en este trabajo a los criterios expresados por la Sala Constitucional tanto en la decisión Nº 378 del 31/05/2017 como en la decisión Nº 455 de fecha 12/06/2017, y por las que la aludida Sala establece que como la Constitución de 1999 no prevé expresamente, en el caso de la reforma integral del texto constitucional que se emprende mediante Asamblea Nacional Constituyente, la consulta popular vía referéndum, tal consulta no es necesaria. Y no lo es –según la Sala– ni de cara a convocar a la Asamblea (cuando el Presidente ejerce su "iniciativa", y con lo que la Sala identifica la "iniciativa" con la "convocatoria"), ni de cara al resultado final del proceso de elaboración del nuevo texto de la Constitución. No haremos análisis o referencia a esos fallos pues pretendemos referirnos a ellos en otro trabajo, no obstante, debemos adelantar que lo sostenido en esos fallos es totalmente contrario a lo que se sostiene en este trabajo.

7 Debe recordarse que una parte de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, y muy especialmente 3 principales y 4 suplentes de la Sala Constitucional, fueron renovado por la Asamblea Nacional de mayoría gubernamental tan solo unos días antes de la cesación de sus funciones en diciembre de 2015, en medio de un proceso plagado de irregularidades, en el que no se cumplió con los más simples principios del proceso previsto en el ordenamiento jurídico. Y así en 2017, luego

(pues de ese asunto tendremos que disertar en otra ocasión), nos dedicaremos a leer –sin mucho afán interpretativo– lo que expresamente dice el texto de la Constitución. Ya que en este tema las normas de la Constitución son claras y no dan –en contra de lo que sostienen quienes la violan– margen interpretativo alguno. De lo que se trata –como siempre– es que para entender el diseño constitucional –y en particular el de la Asamblea Nacional Constituyente– lo que se debe hacer es leer, saber leer y leer todo, lo que dice la Constitución.

Esa lectura que proponemos, para indagar sobre el diseño constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente – que no solo nos permitirá conocer lo que la Constitución dice sino además nos permitirá hacernos un juicio sobre lo que en Venezuela está ocurriendo y que el gobierno llama "Asamblea Nacional Constituyente"[8] –la haremos en dos (2) bloques, el primero (i) está integrado por normas que establecen algunos de los principios generales del constitucionalismo y el Estado Constitucional de Derecho, que no solo explican el funcionamiento del diseño constitucional en general, sino que además permiten la lectura correcta del resto de las previsiones constitucionales. No solo son mandatos en sí mismos considerados, son, además, las claves de la correcta interpretación constitucional, ya que permiten no solo entender lo que dice la Constitución, sino que además permiten juzgar la constitucionalidad de las interpretaciones que se hayan podido hacer de la Constitución. El segundo (ii) reúne, de una parte (1) una serie de normas que permiten entender lo que no es, según la Constitución de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente. Puede parecer impertinente –y puede serlo– salir a la pesca de todo lo que en la Constitución no se refiere a la Asamblea Constituyente, pero no se trata de eso, de lo que se trata es de aclarar conceptos, atribuciones, o cualidades que "el rumor público" le atribuye a la Asamblea Constituyente, que según la Constitución de 1999 le pertenecen o son propios de otros órganos del Estado. Y luego (2) se dedica a observar lo que si dice la Constitución sobre la Asamblea Constituyente y su naturaleza.

---

de reconocer –en ejercicio de la autotutela que ese mismo tribunal supremo ha "reconocido" poseen los entes que realizan procesos de designación de jueces y magistrados– las irregularidades del proceso, la Asamblea en funciones adelantó nuevamente el proceso de selección para la renovación de las vacantes incorrectamente suplidas, y procedió a la designación y juramentación (en julio de 2017) de aquellos magistrados. Vale señalar que al día de hoy ninguno de los designados y juramentados magistrados ha podido ingresar a la sede del TSJ siendo que en su totalidad son hoy perseguidos por las instancias gubernamentales.

[8] Aun cuando para los venezolanos de hoy es un "hecho notorio", es bueno aclarar, para cuando esto sea solo un recuerdo o para quienes leen desde otras latitudes, que en Venezuela a mediados del año 2017 –en medio de una terrible crisis de gobernabilidad– el Presidente de la República emprendió, apoyado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, un proceso de reforma de la Constitución mediante Asamblea Nacional Constituyente, sin consultar antes al titular de la Soberanía y Poder Constituyente Originario (el Pueblo) sobre el inicio o no del proceso. La Editorial Jurídica Venezolana recopiló una serie de estudios de diversos autores –que se cita en este trabajo insistentemente– titulado Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente (Colección Estudios Jurídicos, Nº 119, EJV, Caracas 2017) que se puede consultar en el siguiente enlace: http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/ESTUDIOS-SOBRE-LA-ASAMBLEA-NACIONAL-CONSTITUYENTE-2017-CON-PORTADA.pdf. De manera unánime la mejor doctrina venezolana insiste en señalar que ese ha sido un proceso irregular y algunos le denominan un "gran fraude" (Brewer, Allan. "La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en 2017 como una muestra más de desprecio a la Constitución". En *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente.* Colección Estudios Jurídicos. Nº 119, EJV. Caracas. 2017. pp. 33) o simplemente como un "fraude constitucional" (Hernández, José I. "La Ilegítima y fraudulenta convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente ciudadana". En *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente.* Colección Estudios Jurídicos, Nº 119. EJV. Caracas 2017, pp. 309).

Con la lectura de estas normas, así agrupadas en tres bloques, esperamos dar las herramientas suficientes para poder entender que es y que no es la Asamblea Nacional Constituyente a que se refiere la Constitución de 1999.

II. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELEVANTES DE CARA A INTERPRETAR CORRECTAMENTE EL ALCANCE DE LAS NORMAS QUE SE REFIEREN A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y SU NATURALEZA

Cuatro principios resultan esenciales para luego emprender la correcta lectura de las normas que establecen y regulan la Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución venezolana de 1999 (debe quedar claro que no se trata de los *únicos principios*, sino de aquellos que a nuestro juicio resultan esenciales de cara al entendimiento de las normas constitucionales referidas a la Asamblea Nacional Constituyente), el primero de ellos es un principio vinculado a la esencia misma del constitucionalismo, el principio de Supremacía Constitucional y el carácter normativo de la Constitución. Los otros tres, legalidad, separación de poderes y democracia participativa, son principios vinculados al modo en cómo se estructura el Estado Constitucional de Derecho.

En efecto, la Constitución establece, porque es su función, un orden, y se trata de uno determinado, que, si bien admite grados de amplitud, pues las normas constitucionales son especialmente amplias o abstractas, no es menos cierto que está perfectamente definido y limitado en sus contornos por los principios. Y es que justamente los principios –que no por ello dejan de ser normas con entidad propia– son elementos que permiten interpretar correctamente el orden que la Constitución supone, ya que si bien las normas constitucionales poseen un ámbito de abstracción que les hace prevalecer regulando la realidad cambiante. En suma, los principios son los elementos que permiten darle una correcta concreción a lo abstracto y darle coherencia al ordenamiento evitando los relativismos.

Así, es importante, al hablar de un instituto de naturaleza constitucional, comenzar por revisar los principios que rigen el sistema constitucional en vigor, y que permitirán, luego al revisar las normas que específicamente se refieren a él, entenderlo correctamente en un orden más complejo, que es en definitiva el orden constitucional.

Por eso es que ahora comenzamos por referirnos a esos cuatro (4) principios constitucionales.

1. Supremacía constitucional y el carácter normativo de la constitución

La Constitución venezolana de 1999 –siguiendo además con ello una tradición formal presente desde el primer texto constitucional venezolano, el de 1811[9]– afirma su carácter jurídico normativo y su preeminencia sobre todo el ordenamiento y los órganos del Estado, como producto primordial del ejercicio directo de la soberanía por parte de los ciudadanos a los que, agrupados como cuerpo se les denomina "el Pueblo". Así, en su artículo 7 textualmente dispone:

> "*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*."

[9] "Artículo 227. La presente Constitución, las leyes que en su consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión, serán la ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación y las autoridades y habitantes de las Provincias, estarán obligados a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa, ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieren contra el tenor de ella, no tendrán ningún valor, sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción."

La declaración, aun cuando sencilla es más precisa que nuestro más remoto antecedente patrio, el artículo 227 de la Constitución de 1811, e incluso más clara que la declaración que al respecto contiene el número 1 del artículo 9 de la Constitución Española[10] (que sin dudas influyo a algunos de los Constituyentes que trabajaron en la redacción del texto de 1999). Al texto del artículo 7 de la Constitución venezolana de 1999 no le sobra ni le falta nada.

1.1. En primer lugar, afirma que la Constitución es "norma" y no cualquiera sino norma "jurídica" (pues es fundamento del "ordenamiento jurídico"), y así la Constitución se reconoce a sí misma como parte del ordenamiento jurídico, como derecho, o si se prefiere, como *fuente de derecho*. Esto supone que ella no contiene simples declaraciones de principio, o anhelos, sino que por el contrario contiene mandatos obligatorios que se aplican y alcanzan a todos, particulares y órganos.

La Constitución alcanza ("sujeta" como dice la segunda parte del artículo 7) a todo y todos ("Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución"[11]), con lo que se destierra la concepción europea de principios de siglo XX según la cual la norma constitucional estaba dirigida al Parlamento (encargado de interpretarla mediante leyes, estas últimas, únicas normas dirigidas a las personas). Asunto que sin dudas le restaba el carácter verdaderamente jurídico (de norma jurídica) a los contenidos constitucionales.

Y la Constitución alcanza a todo y a todos pues, de un lado, reconoce los derechos fundamentales de las personas (la Constitución los llama "derechos humanos"[12]) que son inherentes y pertenecen a todas las personas, y del otro, estatuye, faculta y limita la actuación de los órganos del Poder Público[13].

Esta declaración –la del carácter de *norma jurídica*– supone que los contenidos constitucionales son obligatorios, y por ello si no se cumplen voluntariamente, un órgano estatal preestablecido, un tribunal, impondrá –asegurará– su cumplimiento. Tal es el sentido del encabezado del artículo 334 de la Constitución cuando dispone que: "Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución". Así, la Constitución es norma jurídica que alcanza a todos y a todo, y que aplican los jueces.

Además, el incumplimiento de lo pautado en la Constitución, justamente porque de lo que se trata es del incumplimiento de normas jurídicas, acarrea consecuencias jurídicas –más allá de la imposición obligatoria que puede hacer el juez– y estas consecuencias son, tanto la nulidad de los actos que se cumplen al margen o incumpliendo los mandatos normativos constitucionales, y la responsabilidad de los autores (órganos o personas) de tales actos.

---

10 *"Artículo 9. 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. (...)"*

11 Parte final del citado artículo 7 de la Constitución venezolana de 1999.

12 *"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."*

13 *"Artículo 137.- Esta Constitución y la ley define las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen."*

Y la Constitución no deja esto a la interpretación, lo afirma de manera rotunda cuando señala (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 incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.", e igualmente cuando, luego de afirmar que es ella la que define las atribuciones de los órganos del Poder Público, establece que (artículo 138) "Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos". Y sobre la responsabilidad señala –entre otros– que: "El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley" (artículo 139); "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.

Pero el artículo 7 no sólo caracteriza a las normas constitucionales como "jurídicas", las caracteriza como "supremas" (es decir, por encima de todo) y "fundamentales" o "fundacionales" (es decir, base y origen) de todo el ordenamiento jurídico. La afirmación evoca, no sin razón, la frase que Juan atribuye a Dios en el Libro de las Revelaciones (Apocalipsis 21:6): "Yo soy el Alfa y la Omega, el principio y el fin." Y es que no se trata de retórica, cada uno de esos términos le asignan a la regulación normativo jurídica que contiene el texto constitucional, unos atributos y unas consecuencias perfectamente claros.

1.2. Al afirmarse como norma fundacional del ordenamiento jurídico ("*La Constitución es (...) fundamento del ordenamiento jurídico*"), la Constitución se reconoce a sí misma la condición de *fuente de las fuentes* del derecho, esto es, reconoce y anuncia su condición de instrumento que establece formalmente los procedimientos a través de los cuales se genera el ordenamiento jurídico en Venezuela. Lo anuncia así en el artículo 7 pero luego la Constitución dedica muchas de sus normas a regular la producción del derecho, y concretamente, la Constitución regula el procedimiento para la formación de las leyes (artículos 202 al 218); el procedimiento para que el Presidente dicte Decretos con Fuerza de Ley (artículo 236 ordinal 8vo.); el procedimiento para la declaratoria de estados de excepción (artículos 236, numeral 7mo., 336 ordinal 6to. y 337 al 339); para la producción de reglamentos (artículo 236, numeral 10mo) y el procedimiento para la producción de "*interpretaciones* [judiciales] *sobre el contenido y alcance de normas y principios constitucionales (...) vinculantes para (...)los tribunales de la República*" (artículo 335 segundo párrafo).

Además, ese carácter fundacional de todo el ordenamiento invita a los jueces, a todos los jueces del poder judicial, a interpretar y aplicar el ordenamiento, todo entero, conforme a la Constitución. Este segundo aspecto del carácter fundacional del ordenamiento que posee la Constitución, y que complementa su naturaleza de norma jurídica, establece una regla general de interpretación y aplicación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución. A este aspecto se ha referido tanto la doctrina como la jurisprudencia –no solo en Venezuela sino en el mundo– al hablar de las *interpretaciones constitucionalizantes* del ordenamiento, con las que se pretende evitar el eventual vacío que puede generar la abrogación de normas que admiten por lo menos una interpretación conforme a la Constitución.

El procedimiento de tales interpretaciones supone enfrentar un texto legal del que surjan diversas normas, algunas de las cuales resultan abiertamente inconstitucionales, y en esta operación se descartan aquellas posibilidades contrarias a la Constitución y solo se admiten como existentes y válidas las normas –las interpretaciones normativas– que no hieran y por el contrario se ajusten a los parámetros constitucionales. Así, el juez no está *legislando* simplemente está salvando las normas constitucionalmente conformes que surgen de un texto del que también pueden surgir –por vía interpretativa– normas inconstitucionales. Evitando con ello una desaplicación o una anulación del texto legal, según sea el caso.

Sobre la operatividad de la interpretación constitucionalizante o interpretación conforme, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene:

> "*El origen del principio que impone la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento está en el proceso de constitucionalidad de las leyes: antes de que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha ley con la Constitución (...) una verdadera "presunción de constitucionalidad de las leyes", que no es la simple afirmación formal de que cualquier ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más, lo siguiente: primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista "duda razonable" sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que pueda permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea "razonablemente posible", el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley es precisamente la que permita mantenerse dentro de los límites constitucionales*".[14]

Valga ahora señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolana le da a la noción de "interpretación constitucionalizante" del ordenamiento, un alcance enteramente distinto al antes descrito, pues lo utiliza para justificar una curiosa facultad de "legislar" agregando causales o incidencias que no existen en textos legales (*vg*. Sentencias 868 de fecha 08/07/2013 y sentencia Nº 446 del 15/05/2014). Pero hay que decirlo, tal proceder es, desde todo punto de vista, un error, que obedece a la ya vieja[15] –e inconstitucional– tendencia de la Sala Constitucional venezolana de erigirse en legislador positivo, sin que en la Constitución haya texto o norma que la habilite para tal cosa.

En fin, ese carácter fundacional que tienen las normas constitucionales, impone a los operadores jurídicos y muy especialmente a los jueces, el deber de interpretar todas las normas infraconstitucionales conforme al contenido de la Constitución, y hasta donde sea posible, por vía interpretativa, encontrar en un texto alguna interpretación que resulte en una posibilidad normativa ajustada a la Constitución. Si esto último no es posible, entrará e jugo el otro atributo al que se refiere el artículo 7, esto es, el de la supremacía, tal y como se explica seguidamente.

1.3. De otra parte, el artículo 7 afirma la *supremacía* de la Constitución. Sobre el alcance de esta noción –y por ello de la consecuencia o consecuencias de este atributo de las normas constitucionales– debemos comenzar por decir que no deberían suscitarse demasiados equívocos entre nosotros, pues la lectura del trabajo del profesor Eduardo García De Enterría (*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ra ed. CIVITAS. Madrid 1985), es virtualmente obligatorio para todo el que –en este país caribeño– ha pretendido estudiar la Constitución venezolana de 1999. La afirmación hecha no pretende eludir el trabajo de explicar, sino el de tener que justificar cada tanto que lo que se dice ya lo ha dicho alguien bastante más conocido.

---

14 García De Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. CIVITAS, Madrid 1985. pp. 95-96.

15 Estrenada esta tendencia con la segunda sentencia que dicto aquella Sala luego de su creación, y por la que "legisló" –mediante un poder que denominó "jurisdicción normativa"– creando un procedimiento para el trámite del amparo constitucional, en la muy célebre sentencia Nº 2 del 20/01/2000, caso *Emery Mata Millan*.

Comencemos por señalar que esta idea parte de una concepción *ius naturalista*, tomada de John Locke[16] y del Juez Coke[17] por el constitucionalismo americano, según la cual se admite que existe un *derecho superior* (*higher law*) al derecho positivo e inderogable por éste. En este sentido afirma García De Enterría que: "*Los colonos [americanos] encuentran en Coke y en Locke sus mentores jurídicos directos. Ambos son herederos de la gran tradición ius naturalista europea, en la que expresamente apoyan su concepción de un parámetro normativo superior a las leyes positivas: el Derecho natural, que es a la vez expresión de una lex eterna y lex legum, Ley para todas las leyes*."[18]

Y dicho esto, debemos observar que la Supremacía Constitucional se manifiesta de dos formas.

1.3.1. En primer lugar, tenemos lo que podemos denominar ***Supremacía Formal* o *Rigidez Constitucional***. En efecto, la Constitución plantea –en tanto que fundamento de todo el ordenamiento– un orden que regula –o pretende regular– a la sociedad toda entera. El orden que supone la Constitución es, además, un orden que se integra por un sinnúmero de actos de ejecución (Leyes, Decretos, Reglamentos, etc.). Tan hercúlea labor, requiere, en obsequio a la seguridad jurídica, y en definitiva a la eficacia, un cierto grado de estabilidad y permanencia como presupuesto de operatividad. En otras palabras, para ser efectivamente fundamento de todo el orden, la Constitución debe ser, ella misma, un orden con vocación de una permanencia más prolongada que el ordenamiento que en ella se funda. Y por esto, si bien la Constitución –como el resto del ordenamiento– puede ser modificada, los procesos para esa modificación difieren de los procesos para la modificación de las leyes y requiere de la convocatoria a un gran acuerdo nacional y el llamado a los titulares del poder constituyente. Y esto se denomina usualmente supremacía formal o rigidez constitucional.

De nuevo, García De Enterría se refiere a este segundo aspecto de la supremacía llamándole "*superlegalidad formal*" y explicando que aquella "*impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios*"[19].

La Constitución venezolana de 1999, en su título IX, interpreta la anunciada rigidez al contemplar los procedimientos para modificar el texto constitucional, todos ellos tienen en común: (1) que se diferencian sustancialmente del modo en cómo se dictan o modifican las leyes, y; (2) todos ellos, con independencia a su alcance, requieren de la intervención y participación directa del Pueblo (el único titular de la Soberanía y "Poder Constituyente"). Así la Constitución regula la enmienda (artículos 340 y 341); la reforma (artículos 342 al 346), y finalmente, la Asamblea Nacional Constituyente (artículos 5, 70, 71 y 347 al 349).

1.3.2. Pero la Supremacía Constitucional tiene una segunda manifestación, una de índole sustancial, a la que también se la denomina **supremacía material**.

---

16 Notablemente en su obra Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, publicada originalmente en 1689, y que se puede consultar en línea en el enlace: http://cinehistoria.com/locke_segundo_tratado_sobre_el_gobierno_civil.pdf

17 Notablemente expresada en la decisión dictada en 1610 en el muy conocido caso Bonham. Sobre contenido de esta decisión y el aporte que significó para el constitucionalismo americano se puede consultar el artículo del profesor Rey Martínez, Fernando. Una relectura del Dr. Bonham's case y la aportación de Sir Edward Coke a la creación del Judicial Revew, en el enlace: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2555/100.pdf

18 García De Enterría, Eduardo. *Op. cit.* pp. 52.

19 García De Enterría, Eduardo. *Op. cit.* pp. 50.

Aquella es la cualidad que tienen los contenidos constitucionales –"materiales"– de prevalecer sobre todo aquello que en el ordenamiento jurídico le contradigan, en tanto que las normas constitucionales son un derecho de más alto rango o jerarquía.

Esa preminencia de lo materialmente constitucional tiene, a su turno, dos (2) manifestaciones o expresiones, una, la normalmente enunciada por toda la doctrina, y que opera como una ***técnica de resolución de conflictos normativos entre la Constitución y la ley***, y que justifica existencia de los mecanismos de control de la constitucionalidad de la ley y los actos administrativos, y la otra que opera como ***regla de interpretación constitucional*** y que sirve de justificación para la existencia de medios procesales adicionales y paralelos a los medios de justicia ordinarios, especializados en la tutela de los derechos constitucionales (que como hemos dicho, la Constitución equipara a los derechos humanos).

(a) Sobre la primera forma de entender o de manifestarse la supremacía material García De Enterría explica que se trata de *"(...) una superlegalidad material, que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente*"[20].

De este modo, la supremacía material opera como una técnica de resolución de conflictos normativos, en el sentido de hacer prevalecer siempre los contenidos constitucionales. Y por ello cobra importancia cuando el ordenamiento debe ser impuesto judicialmente, cuestión que es de la naturaleza de toda norma jurídica (pues como ya se dijo, en el sistema venezolano previsto por la Constitución de 1999, la Constitución es parte del ordenamiento jurídico que todos los jueces –y no solo unos jueces especializados– están llamados a aplicar).

Ahora bien, la prevalencia de los contenidos constitucionales por sobre otros contenidos del ordenamiento jurídico con rango de ley, se hace valer en nuestro sistema de dos (2) formas sobre el ordenamiento de rango legal, por vía del control concentrado de la constitucionalidad (en manos de un solo tribunal especializado, al estilo europeo, con efectos erga omnes) y por vía del control difuso (en manos de todos los jueces, al estilo norteamericano, y con efectos limitados al caso concreto). Además, se hace valer sobre los actos administrativos mediante la demanda de nulidad (tradicionalmente denominada juicio contencioso administrativo de anulación, pero desde la publicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en 2010, se lo denomina "demanda de nulidad").

Efectivamente en Venezuela –desde la Constitución de 1858[21]– es posible enfrentar judicialmente la vigencia de una Ley y logar (por un proceso judicial en lugar de esperar a la sustitución o derogatoria que podría resultar de la actividad legislativa), su exclusión (abrogación o anulación) con efectos generales del ordenamiento jurídico por contravenir la Constitución. Conteste con esta tradición, la Constitución venezolana de 1999 (como la de 1961 y casi todas las que le precedieron) textualmente faculta a una Sala del tribunal que se encuentra en la cúspide *organizativa* (evitamos aquí la palabra "jerarquía" pues aun cuando cómoda, expresa un contenido técnico –el poder jerárquico que no es propio– de hecho es contrario de la organización judicial y si el de la organización administrativa) del Poder Judicial, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para anular leyes y

---

20 García De Enterría, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 50.

21 El artículo 113 de la Constitución de 1958, al enumerar las competencias de la Corte Suprema establecía: "*Artículo 113,- Son atribuciones de la Corte Suprema: (...) 8. Declarar la nulidad de los actos legislativos provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución. (...)"*

actos de rango legal dictados en ejecución directa de la Constitución (artículos 334, tercer párrafo, y 336, numerales 1ero al 4to[22]).

Pero no sólo la más alta corte –en una de sus Salas– tiene el poder de hacer prevalecer la Constitución sobre las leyes, además todos los tribunales –por mandato del segundo párrafo del artículo 334 de la Constitución– pueden enfrentar a la ley, cuando encuentran que aquella desafía a la Constitución, y hacer prevalecer, en la solución del caso concreto, la disposición constitucional sobre la legal, en ejercicio de lo que se denomina el control difuso de la constitucionalidad de las leyes. La norma a la que nos referimos textualmente dispone:

> "*Artículo 334.- (…) En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente*. (…)."

Valga señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha construido una inconstitucional tesis[23] según la cual esta facultad clara y expresamente atribuida a todos los jueces de la República no es tal, y que debe ser ejercida solo conforme a lo que esa Sala haya previamente autorizado, señalando que en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad no puede un juez interpretar principios constitucionales y con base en esa interpretación ejercer el referido mecanismo de control de la constitucionalidad [24].

Finalmente, los jueces con competencia contencioso administrativa –los llamados jueces de la "jurisdicción" contencioso administrativo– son competentes para anular los actos administrativos por "contrariedad a derecho", lo que es interpretado –ya sin discusión en la doctrina y la jurisprudencia venezolana– como incluyendo la contrariedad con la Constitución.

El artículo 259 de la Constitución expresamente dispone:

> "*La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley.* ***Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho,*** *incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Admi-*

---

22 "*Artículo 334.- (…) Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella."*

"Artículo 336.- Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución. 2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estadales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella. 3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución. 4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estadal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta. (…)"

23 Criticada desde muy temprano por la doctrina, entre otros: Haro, José V. "El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión". En: *Revista de Derecho Constitucional.* Nº 9, Caracas 2004, pp. 253-276.

24 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 932/2001, de fecha 1ero de junio de 2001, recaída en el caso Diego Alfonso Bolívar Giraldo. Dicha doctrina ha sido ratificada mediante sentencia Nº 1912 de fecha 11 de julio de 2003, recaída en el caso Puertos de Sucre S.A., y sentencia Nº 2785/2003 de fecha 24 de octubre de 2003, recaída en el caso Ángel Rosalino González.

nistración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa."

(b) En nuestra opinión hay una segunda manifestación de la supremacía material de los contenidos constitucionales y a ella nos referimos como la *prevalencia de los derechos humanos*. El asunto es que, si bien todos los contenidos constitucionales son materialmente superiores al resto del ordenamiento jurídico, los contenidos referidos a los derechos humanos *son los contenidos prevalentes entre los contenidos constitucionales*.

Debemos insistir aquí en una obviedad, y es que normalmente los textos constitucionales suelen tener dos (2) grandes grupos de regulaciones, unas constituyen y habilitan a los órganos del poder, y otras *reconocen* los derechos humanos, y entre todas, pretenden establecer un ordenamiento que sirva a las personas en su camino por la felicidad (el artículo 3 de la Constitución se refiere concretamente a "la prosperidad y el bienestar"). Las primeras se interpretan de modo restrictivo (pues las facultades de los órganos del poder son la excepción, y por ello requieren de texto expreso para ponerse en obra[25]), las segundas de modo extensivo (pues los derechos y en general, la libertad de las personas, es la regla, y por ello no requieren de norma para entender que existen, habilitar su ejercicio y obligar su respeto[26]).

Y así, mientras unos contenidos de la Constitución son *forma y procedimiento*, los otros son *sustancia*. Son estos últimos los contenidos llamados a prevalecer.

La idea prevalencia de los derechos humanos como contenido constitucional comienza por aparecer en la Constitución cuando en su artículo 2 afirma que los valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano son "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".

Y luego insiste en ella la Constitución cuando en su artículo 3 establece que "El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad (…) y la garantía del cumplimiento de los (…) derechos (…) consagrados en esta Constitución".

Finalmente, la idea de esta prevalencia aparece clara en dos normas de la Constitución venezolana, el artículo 19, según el cual los órganos del Poder Público están obligados al respeto y la garantía de los derechos, y luego el artículo 25, que claramente advierte que, en el balance entre poder y derechos, prevalecen los derechos. Las dos normas mencionadas declaran:

"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."*

---

[25] Es este el sentido de la previsión contenida en el artículo 137 de la Constitución, que señala: "Esta Constitución y la ley define las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen."

[26] He aquí el sentido del artículo 22 de la Constitución, que establece: *"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."*

"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 incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores."*

Una primera consecuencia de esta prevalencia –parte de la supremacía material de la Constitución– es que a la hora de hacer las interpretaciones constitucionalizantes del ordenamiento, se aplique además una regla interpretativa correctiva, la que ordena a interpretar en favor de los derechos (o principio *pro homine*). La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano se ha referido a este principio del modo siguiente:

"El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho en materia de derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer y profundizar los derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos o su suspensión, esto es la interpretación de la norma debe hacerse siempre a favor del hombre." (Sentencia Nº 713 de fecha 17/06/2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia[27])

La segunda consecuencia de esta prevalencia, es que la Constitución ha estructurado una serie de medios procesales paralelos y adicionales a los medios ordinarios, especializados en la tutela de unos contenidos constitucionales específicos, los derechos constitucionales (tengamos presente que para la Constitución venezolana, derechos constitucionales son todos los derechos inherentes a la persona humana, derechos humanos, reconocidos o no por el texto constitucional o algún tratado o pacto ratificado por Venezuela, todos los cuales son, además, tratados como fundamentales, pues todos hacen objeto de medios procesales constitucionales especializados de protección).

Efectivamente, debido a que los derechos humanos son contenidos jurídicos de la máxima importancia, llamados a prevalecer sobre todo el ordenamiento (incluso sobre las propias redacciones del texto constitucional), y de allí la máxima expresión de la supremacía material normativa constitucional, la Constitución instaura, una serie de mecanismos procesales especializados de protección judicial reforzada –paralela y no subsidiaria como insiste en pretender la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria– de los derechos constitucionales (que como hemos dicho, la Constitución equipara a los derechos humanos), dejados en manos de la generalidad, o por lo menos de un importante número de órganos del Poder Judicial. Nos referimos aquí al amparo constitucional[28], al habeas corpus[29] y al habeas data, a los que la Constitución se refiere de este modo:

---

27 Consultada en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178601-713-17615-2015-11-0559.HTML

28 Incorporado al ordenamiento venezolano por primera vez en la Constitución de 1961 –aun cuando se intentó, sin éxito, incorporarla en el texto de 1947– en cuyo artículo 49 se leía: "*Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida".*

29 Incorporado por vez primera al ordenamiento venezolano en la Constitución de 1947, en cuyo artículo 32 disponía "*A toda persona detenida o presa con violación de las garantías establecidas en esta Constitución en resguardo de la libertad individual, le asiste el recurso de Hábeas Corpus. Este recurso podrá ser ejercido por el interesado o por cualquiera otra persona en nombre de aquél, y será admisible cuando la ley no consagre contra la orden, acto o procedimiento que lo motive, ningún recurso judicial ordinario.*

"Artículo 27.- Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona; y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales."

"Artículo 28.- Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley."

2. El principio de la legalidad

El Principio de la Legalidad es uno de los pilares sobre los que se cimienta el Estado de Derecho (siendo los otros tres la Separación de Poderes, la Soberanía Popular y el reconocimiento de los Derechos Fundamentales). Es además un antecedente conceptual e histórico del Principio de Supremacía Constitucional al que antes nos hemos referido. De hecho, la Supremacía Constitucional supone una corrección al alcance del Principio de Legalidad por la inclusión de un nuevo elemento en el ordenamiento jurídico, la Constitución como norma jurídica y una revisión de la idea de la *Soberanía del Parlamento*.

Moles Caubet contextualiza este principio señalando que el mismo se configura por la concurrencia de cuatro condiciones que operan produciendo cuatro efectos correlativos "*Uno, delimitando el espacio donde tan solo puede intervenir la Ley; otro, asegurando el orden prelativo de las normas subsidiarias a la Ley; un tercero, haciendo la selección de la norma o normas precisas que hayan de aplicarse al caso concreto, y últimamente, midiendo los poderes que la norma confiere a la administración*."[30]

Y Araujo-Juárez citando a García De Enterría señala que se le entiende –al Principio de la Legalidad– como *el gobierno de las leyes* y "*significa que todo órgano público (del Rey*

La Ley determinará los Tribunales que conocerán y decidirán en forma breve y sumaria de las denuncias del caso, así como también las demás condiciones necesarias para el ejercicio de este recurso."

30 Moles Caubet, Antonio. *El principio de la Legalidad y sus implicaciones*. Incluido en la obra de recopilación de los trabajos del Profesor Moles titulada Estudios de Derecho Público compilados por Antonio Acosta. UCV, Caracas 1997, pp. 281.

para abajo) ejerce el poder que la Ley ha definido previamente, en la medida tasada por la Ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia Ley establece"[31].

Nosotros podemos decir, resumidamente que el Principio del que hablamos se manifiesta de dos formas:

Por una parte, el Principio de Legalidad determina que el *ordenamiento jurídico* –del que la ley es una de sus mayores y mejores manifestaciones, por ser expresión de "la voluntad general"[32], pero no la única– es el que habilita, legitima y determina o limita (pues es el parámetro para su control y juzgamiento) toda actuación del Poder Público y sus órganos. Así, el ordenamiento jurídico es ***condición* y *límite*** de la actuación del Poder Público (no importa el órgano de que se trate). En esta primera aproximación Legalidad es igual a derecho u ordenamiento jurídico.

Por otra parte, determina que hay materias, y concretamente materias vinculadas a los derechos fundamentales, que solo pueden hacer objeto de conducción o regulación por vía de leyes (la creación de impuestos, la determinación de los tipos delictivos y las penas), pues en definitiva las leyes son "expresión de la voluntad popular". A lo que se denomina la *reserva legal*. En esta segunda aproximación Legalidad es igual a Ley *en sentido formal* (como acto de ejecución de la Constitución dictado por el Poder Legislativo y siguiendo el procedimiento previsto para ello).

En la Constitución venezolana de 1999 varias son las normas que recogen diversos de los aspectos de este principio. En primer lugar tenemos el artículo 137[33] que expresa lo que podríamos denominar la formulación general del principio (en la que están presentes las funciones de habilitación y límite a la actuación pública), del modo siguiente:

> "*Artículo 137.- **Esta Constitución y la ley define las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen***" (Énfasis nuestro).

Además, la Constitución insiste en la idea del sometimiento a la Ley cuando se refiere a la Administración Pública, indicando:

---

31 Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo*, Parte General. Ediciones Paredes. Caracas 2007. pp. 98.

32 Roseau, Jean Jaques. *Du contrat social*. (publicación original 1762) Edición de GF. Flamirion. Paris. 1966. Libro Segundo, Capitulo IV "De la loi", pp. 74 y 75

33 Es importante señalar que este postulado, y por ello la formulación general del Principio de Legalidad, se encuentra presente en prácticamente todos nuestros textos constitucionales. Por ejemplo, en la Constitución de 1811 (el primer texto constitucional escrito de Venezuela y 3ro del mundo) en la parte denominada Preliminar (la Exposición de Motivos) señala, en su último párrafo: *"El poder supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y confiado a distintos cuerpos independientes entre sí en sus respectivas facultades.* ***Los individuos que fueren nombrados para ejercerlas se sujetaran inviolablemente al modo y reglas que en esta Constitución se les prescriben para el cumplimiento y desempeño de sus destinos***", luego en su artículo 227 declara luego: "***La presente Constitución, las Leyes*** *que en consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión* ***serán ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación, y las autoridades y habitantes de las provincias estarán obligados a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa o pretexto alguno***; (…)".

"*Artículo 141.-* ***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 cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública,* ***con sometimiento pleno a la ley y al derecho*****."** (Énfasis nuestro).

Luego, la misma Constitución define de modo general las atribuciones de los diversos órganos que comprenden el Poder Público, y al hacerlo deja expresa reserva (en algunos casos) que esa lista de atribuciones podrá ser extendida o desarrollada por "Ley[34]". Así, se refiere y define las competencias de los Alcaldes (artículos 174 y 178), los Concejos Municipales (artículos 175 y 178), los Gobernadores (artículos 160 y 164), las Asambleas Legislativas (artículos 162 y 164), el Presidente de la República (artículos 226, 232 y 236), el Vicepresidente y los Ministros (artículos 238, 239 y 242), la Asamblea Nacional (artículos 71, 73, 149, 150, 154, 157, 172, 187, 193, 194, 202, 203, 204, 209, 214, 216, 220, 222, 223, 233, 234, 235, 236 ordinales 13, 15 y 18, 240, 246, 249, 252, 254, 264, 265, 266 ordinal 2, 267, 276, 279, 293, ordinal 2, 296, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 319, 320, 336, ordinal 5, 338, 339, 341, ordinal 1, 342, 343 y 344), el CNE (artículos 292 y 293), el Fiscal General de la República (artículos 284 y 281), el Procurador General de la República (artículos 247 y 248), el Contralor General de la República (artículos 288 y 289), el Defensor del Pueblo (artículo 281), el Tribunal Supremo de Justicia (artículo 266 y 267) y la Sala Constitucional (artículo 336) entre otros.

De otra parte, la Constitución insiste en la idea del derecho –y ahora los derechos– como límites a la actuación del poder en varias normas de las que vale la pena transcribir:

"*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*." (Énfasis nuestro).

"*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 incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores*." (Énfasis nuestro).

"*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***." (Énfasis nuestro).

Además, la Constitución establece la *reserva legal* para una serie de materias, atribuyendo expresamente su reglamentación a la Asamblea Nacional (aun cuando esta "reserva" puede ser excepcionada –según lo ha entiendo la práctica política de los últimos años– por las habilitaciones legislativas ordinarias o las derivadas de estados de excepción). El artículo 156 ordinal 32 hace la siguiente enumeración (aun cuando la Constitución establece, en otras muchas normas, materias adicionales sometidas a la reserva legal): "*La (...) materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de pro-*

---

[34] A este punto es importante observar que la propia Constitución hace una interpretación auténtica de lo que debe entenderse por "Ley" cuando ella lo refiere, cuando en su artículo 202 señala: "*La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. (...)",* y de allí que cada vez que la Constitución –al enumerar las competencias de los órganos del Poder Público– señale que la "Ley" podrá asignarles competencias adicionales, está refiriéndose –en principio– a esa Ley, la que ella misma define, la ley "en sentido formal" producto de la actividad legislativa del Poder Legislativo Nacional.

cedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional."

Por último, la Constitución articula la garantía judicial del ordenamiento jurídico. En efecto al desarrollar la separación de poderes, se consagra al Poder Judicial y se le atribuye la función de *hacer justicia* (artículo 253) atendiendo las peticiones de los particulares a los que habilita mediante la consagración del derecho de acceso (artículo 26[35]). E igualmente atribuye a ese Poder Judicial –a un orden competencial que integra a ese Poder Judicial al que denomina "jurisdicción contencioso administrativa"– la competencia de ejercer el control de la legalidad de la actuación de los órganos del Estado (artículo 259[36]) por violación de los parámetros de actuación que le impone la ley.

3. El principio de separación de poderes.

Otro principio esencial al Estado de Derecho y al constitucionalismo es la Separación de Poderes (esto es así, aun cuando la especialización en el cumplimiento de funciones propias del Estado –que es un elemento que aprovecha este principio– antecede a la idea de Estado de Derecho). La declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 recalca la importancia de este principio y su relación indisoluble con la idea de Constitución, en su artículo 16 señala:

> "*Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución*."

Aun cuando John Locke, en su obra Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil (1690), se refiere a las diversas funciones que ejerce un Estado, es realmente el Barón de Montesquieu en su obra El Espíritu de las Leyes (1758) quien concretamente postula la Separación de Poderes, como una técnica para controlar al poder en favor del individuo y sus derechos.

El principio en cuestión postula que *el poder* no debe concentrarse en una sola persona u órgano y que por el contrario debe estar dividido en *funciones* y distribuido entre diversos órganos que se controlen de manera recíproca.

---

35 "*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."*

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles."

36 "*Artículo 259.- La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa."*

Hay que observar que sus alcances fueron –en un principio– interpretados de modo distinto en América (por el constitucionalismo norteamericano) y en Europa. Mientas en los Estados Unidos la separación suponía que las distintas funciones asignadas a los distintos órganos del Estado alcanzan, al ser ejercidas por unos, a los otros, en Europa (y notablemente a raíz de la interpretación de la Francia revolucionaria) los poderes están separados y no pueden ejercer sus funciones sobre los demás.

La separación está presente en Venezuela desde nuestro primer texto constitucional en 1811. En el título Preliminar que establece las *Bases del Pacto Federativo que ha de constituir la Autoridad General de la Confederación* (lo que podemos denominar como la Exposición de Motivos), textualmente se dispone:

> "***El poder supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y confiado a distintos cuerpos independientes entre sí en sus respectivas facultades***. *Los individuos que fueren nombrados para ejercerlas se sujetaran inviolablemente al modo y reglas que en esta Constitución se les prescriben para el cumplimiento y desempeño de sus destinos*". (Énfasis añadido).

El texto constitucional venezolano de 1999 se refiere claramente a este Principio en el artículo 136, del modo siguiente:

> "*Artículo 136.-* ***El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electora*****l**.
>
> ***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*" (Énfasis nuestro).

Es además importante observar que la Constitución se preocupa de hacer de este principio un legitimador de la actividad, pues en caso de que se infrinja, los actos resultantes de la actividad pervertida son declarados nulos. Al efecto establece el artículo 138 sencillamente dispone: "***Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos***." (Énfasis nuestro).

Este principio así sostenido por la Constitución supone que el Estado posee diversas estructuras orgánicas especializadas (órganos) a los que la Constitución atribuye expresamente distintas competencias. El Estado distribuye entre esos distintos órganos las diferentes competencias o tareas atendiendo a la especialidad de cada órgano. Esto es así debido, en primer lugar, a una razón de eficiencia: un ente especializado y con funciones específicas es más proclive a cumplir eficientemente con su trabajo que uno que no lo sea y que acumule funciones de naturaleza diversa. En segundo lugar, debido a que la experiencia histórica (y el origen del constitucionalismo) demuestra que la acumulación de poder genera por parte de quienes lo acumulan, su uso en contra de los individuos. De modo que, para evitar los abusos y en defensa de la dignidad humana, al Poder Público no sólo se le somete a derecho, sino que además se prohíbe su acumulación en un solo órgano, distribuyéndolo entre varios órganos.

4. El principio de soberanía popular y la *democracia participativa* como su técnica de implementación.

Uno de los conceptos que aprovechan el Estado de Derecho y el Constitucionalismo del Antiguo Régimen (el Estado Modero o Monarquía Absoluta) es el concepto de Soberanía como fuerza que justifica y legitima el ejercicio del poder. En el Estado de Derecho –y notablemente en los Estados que resultan de las revoluciones norteamericana y francesa– se asigna la soberanía a la Nación y luego al Pueblo. Éste, por mecanismos como el voto, la ejerce dándose representantes que, para servirles y representándoles, asumen las distintas funciones del Estado.

De modo general, el sistema democrático –que presupone que la titularidad de la soberanía reside en el Pueblo– puede organizarse dando más o menos protagonismo en la conducción del Estado a los ciudadanos. Si esa participación se limita simplemente a que cada cierto tiempo se organizan votaciones para que el Pueblo, como cuerpo electoral y titular de la soberanía, elija a unos representantes que ejercerán sus funciones más o menos libremente (siempre sometidos al ordenamiento jurídico), por un tiempo determinado y sin necesidad de consultar con el Pueblo esas decisiones, por trascendentales que aquellas sean, estamos ante una fórmula representativa. Si en cambio además de la elección de autoridades, al soberano –el Pueblo– además se le consulta o se le permite participar en el proceso de toma de una serie de decisiones trascendentes para la vida de todos, entonces nos encontramos con fórmulas participativas. Aunque variados, el medio por excelencia por el cual se conduce esta participación suele ser el referéndum.

En Venezuela la Constitución de 1999 no sólo declara que la soberanía "*reside intransferiblemente en el Pueblo*" (artículo 5[37]), además consagra como sistema de gobierno el democrático, al que caracteriza como "*democrático, participativo, electivo (...) y de mandatos revocables*" (artículo 6[38]).

Y en esa línea (la del gobierno democrático y participativo) la Constitución establece una serie de mecanismos de participación ciudadana directa en la conducción de los asuntos públicos, con lo que refuerza la idea de que la soberanía que reside en el Pueblo, no se agota simplemente en el momento de la elección de los representantes de los poderes, sino que además, con algún nivel de intensidad, se requiere de la participación de todos los ciudadanos (de "el Pueblo") en los procesos de toma de decisiones sobre determinados asuntos.

Los propulsores de estos mecanismos que acentúan la intervención directa de los ciudadanos, y que suponen, es menester observarlo, un cambio –algunos los llaman "avance"– respecto del modelo menos participativo consagrado en el texto constitucional venezolano de 1961, sostenían que nos encontramos frente a un nuevo paradigma al que denominaron "Democracia Participativa". La "exposición de motivos" (cuestionable como es por razones en las que no insistiremos ahora), se refiere a esta idea en tres de sus párrafos textualmente así:

> *"En las Disposiciones Generales, en primer lugar se consagra la conocida distribución vertical del Poder Público: Poder Municipal, Estadal y Nacional; colocados en este orden según su cercanía con el ciudadano, sujeto protagónico de este modelo de democracia participativa."*[39]
>
> *"Como expresión del salto cualitativo que supone el tránsito de la democracia representativa a una democracia participativa y protagónica, se crea una nueva rama del Poder Público, el Poder Electoral, ejercido por órgano del Consejo Nacional Electoral que tiene por objeto e regular el establecimiento de las bases, mecanismos y sistemas que garanti-*

---

37 "*Artículo 5.- La soberanía reside intransferiblemente en el Pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos."*

38 "*Artículo 6.- El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen, es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables"*.

39 Consultada en http://www.defiendete.org/html/de-interes/LEYES%20DE%20VENEZUELA/LEYES%20DE%20VENEZUELA%20I/EXPOSIC_MOTIVOS_CONST_VENEZUELA.htm

cen el advenimiento del nuevo ideal u objetivo democrático. Una nueva cultura electoral cimentada sobre la participación ciudadana."[40]

"En este sentido, las posibilidades de modificación de la base jurídica del país deben ser amplias y estar efectivamente en manos de una pluralidad de actores políticos y sociales. Una democracia participativa y protagónica no puede construir una rígida y petrificada normativa constitucional. Al contrario, debe dejar abiertas muchas ventanas para que los procesos participativos se desarrollen a plenitud, evitando el divorcio profundo entre la norma y la realidad."[41]

Como suele suceder, los ahora detractores de la Constitución, sostenían que "la mejor Constitución del mundo[42]" echaba por tierra el sistema de *democracia representativa* y de partidos y la sustituía por la *democracia directa*, más avanzada (según sus opiniones entonces). Sin embargo esta idea de oposición (que en Colombia la Corte Constitucional aclaró no es tal muy temprano en sentencias T-03 de 11/05/1992 y C-454 de 13/10/1993[43]) parece haber sido abandonada, admitiéndose finalmente la coexistencia de ambos mecanismos (participación y representación) en la Constitución venezolana de 1999 (*vg*. sentencia de la Sala Constitucional Nº 378, del 31/05/2017[44]).

Así, vuelto al cauce de lo razonable o hechas las correcciones racionales de los argumentos emotivos y *politiqueros*, se puede decir que los mecanismos de participación ciudadana incluidos en el texto de la Constitución venezolana de 1999, pretenden reforzar el principio de la soberanía popular en el contexto de un sistema democrático. No estamos frente a la aniquilación de la *DEMOCRACIA REPRESENTATIVA* sino frente a la inclusión de meca-

---

40 *Ídem*.

41 *Ídem*.

42 Frase que se le escucho a quien fuera presidente de Venezuela durante la aprobación de la Constitución de 1999, y que Rey refiere en: Rey, Juan C. "La Constitución sirve para todo". En la obra colectiva *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. EJV. Caracas 2017. p. 53.

43 Referencia tomada de Deniz, Ana P. "La participación ciudadana en la Constitución de 1999". En *Revista de Derecho Constitucional* Nº 7 enero-junio 2003. Editorial Sherwood. Caracas. 2003. p 120. La afirmación que cita la autora y les atribuye a estas decisiones de la Corte Constitucional es la siguiente: *"El principio de participación se constituye en elementos esenciales (sic) dentro de la filosofía política que inspira la Carta y en sustento innegable de las nuevas instituciones. Lo dicho no muestra, sin embargo, que a partir de la nueva Constitución se haya construido en Colombia un sistema exclusivamente participativo en cuya virtud deba desaparecer de la normativa todo vestigio de representación, pues resulta evidente que la complejidad de la vida social contemporánea impide la participación directa de las personas en todo aquello que les incumbe, haciéndose necesario acordar y consagrar mecanismos por los cuales sea posible expresar la voluntad del sujeto interesado o del titular de un derecho a través o por conducto de otro u otros. (...) Por eso, lo que ha entendido la Corte Constitucional es la coexistencia de la participación y la representación en la carta política."*

44 En esta decisión la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia –en lo que podríamos denominar un cambio radical de todo lo afirmado hasta entonces– textualmente afirma, al referirse al punto: *"(...) lo expuesto no significa que el modelo de democracia participativa excluye la representación. Ello implicaría la desaparición del Estado-aparato, que es imprescindible para la gestión diaria de los asuntos públicos. Como refiere Enrique Dussel, la democracia participativa y la representativa no son términos antitéticos o contradictorios: Deben ser articulados dialécticamente, de manera que un término enriquezca al otro y se definan mutuamente. (...) Ahora bien, la representación que, como advertimos, fue la regla en la Constitución de 1961, no deja de ser democrática y junto con los medios directos de ejercicio de la soberanía que ofrece la Constitución de 1999, constituyen los rasgos característicos del modelo constitucional venezolano."*

nismos de participación que coexisten con el sistema representativo, de lo que se puede postular o bien que la Constitución venezolana establece un *sistema de DEMOCRACIA REPRESENTATIVA con acentuados mecanismos de participación ciudadana*, o bien que establece *un sistema de DEMOCRACIA PARTICIPATIVA que no excluye espacios de representación*.

Dos normas –además de los mencionados artículos 5 y 6– sientan las bases generales de la participación ciudadana, que luego se desarrollan otras tantas que concretamente regulan mecanismos de participación. Esas normas son los artículos 62 y 70 de la Constitución.

La primera, el artículo 62, establece la participación como un derecho político, lo que le da una dimensión sustancial y las implicaciones que tienen los derechos constitucionales en general (*vg*. el carácter no programático de su consagración y la no necesidad de texto legal para su ejercicio [45], su interpretación en favor de la persona, su función de limite a la actividad del Estado[46], la obligación de protección y garantía que el Estado tiene respecto de él y su carácter progresivo y no regresivo[47], son algunos de los elementos que se predican de esta naturaleza de "derecho" que da la Constitución a la "participación ciudadana"). La norma textualmente dispone:

> "*Artículo 62.-* ***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.*" (Énfasis añadido).

La segunda, el artículo 70, enuncia los mecanismos de participación (luego desarrollados por diversas normas). La norma que comentamos es muy importante pues de una parte (i) plantea de manera expresa la relación que existe entre el ejercicio de la soberanía y los mecanismos de participación, y, por otro lado, (ii) porque establece que la participación –que como hemos dicho es un derecho, con las consecuencias que ello supone– abarca una serie de asuntos en los que, como derecho, debe ser respetada y garantizada por el Estado. La norma también parece quitarle piso a quienes afirman que representación y participación son formulas antagónicas y contradictorias, pues, de hecho, la norma considera la elección de cargos públicos como una forma de "participación". Efectivamente, el mencionado artículo textualmente establece:

---

45 *"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****."* (Énfasis añadido).

46 *"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 incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores."* (Énfasis añadido).

47 *"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."* (Énfasis añadido).

"*Artículo 70.-* ***Son 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 legislativas, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros****; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.*

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo." (Énfasis añadido).

Sin entrar ahora al análisis de los diversos mecanismos de participación que establece y regula la Constitución venezolana de 1999 –cuestión a la que no nos vamos a abocar en estas notas pero a la que se dedica Fernando Flores, en un artículo publicado en la *Revista de Derecho Constitucional* Nº 5[48], que puede ser consultado con provecho– es importante ver que **la iniciativa constitucional y la iniciativa constituyente son materia de participación popular.** Lo que supone que no pueden llevarse adelante más que por vía de la intervención directa de los ciudadanos. Y esto así, aun cuando texto alguno regule el mecanismo de participación, pues, como dice la Constitución, la participación es UN DERECHO.

Un último aspecto sobre el derecho de participación, es el referido al vehículo por el cual la participación se realiza: el sufragio. Efectivamente, la participación ciudadana supone hacer valer la propia opinión, y esa opinión se expresa sufragando o votando. El sufragio, vehículo de la participación, es además considerado un derecho por la Constitución (artículo 63). Pero no cualquier votación es una forma eficiente y constitucional de participación, la votación, o el sufragio que garantiza la Constitución debe tener unas características: debe ser universal, es decir, alcanza a todos los venezolanos, sin distinción, es directo y secreto. Además al sufragio se le aplica el principio de igualdad a que se refieren los artículos 1[49] y 2[50] y que el artículo 21[51] de la Constitución eleva a la categoría de derecho: la Igualdad ante la ley. Merced de esto, el sufragio debe ser, para ser un mecanismo –además de un derecho– valido y constitucionalmente eficiente de participación ciudadana, igualitario, es decir, la opinión de

---

48 Flores G, Fernando. "La participación ciudadana en la Constitución de 1999". En *Revista de Derecho Constitucional* Nº 5 julio-diciembre 2001. Editorial Sherwood. Caracas 2002. pp. 75-88.

49 *"Artículo 1.-* ***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. (...)".* (Énfasis añadido).

50 "*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."* (Énfasis añadido).

51 *"Artículo 21.-* ***Todas las personas son iguales ante la ley, y, en consecuencia****: (1)* ***No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona****. (2)* ***La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva****; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que, por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (3) Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas. (4) No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias."* (Énfasis añadido).

cada persona se expresa en un voto que es igual al voto de cualquier otra persona, sin distinciones posibles. La máxima que refiere este principio es "una persona un voto". Con lo que se margina –por inconstitucional en el estado actual de nuestro ordenamiento– la posibilidad del *sufragio censitario*, que distingue entre los votantes, dando más valor o más "votos" a unas personas, en razón del sexo, o de su condición social o religiosa etc.

III. LO QUE NO DICE Y LO QUE DICE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Teniendo en cuenta los principios que orientan la correcta interpretación de las normas constitucionales a que nos hemos referido antes, es ahora oportuno dar una mirada a lo que dicen y lo que no dicen las normas de la Constitución de 1999 sobre la Asamblea Nacional Constituyente. Esto así, para desmontar algunos mitos –que son, hay que decirlo, fruto de la mala comprensión de la Constitución o de una lectura maliciosamente torcida– que ponen en peligro la integridad del sistema constitucional y democrático, no sólo el expresado en el texto de 1999, sino el sistema constitucional venezolano tal y como, con sus iniciales pausas, ha sido desde 1811.

Así las cosas, comencemos por revisar lo que no dice la Constitución sobre la Asamblea Nacional Constituyente, apartando así lo mas descabellado del mito, para luego revisar lo que escuetamente dice la Constitución, todo ello leído conforme a los principios a que antes nos hemos referido, y que son el prisma con el que debe ser vista la Constitución.

1. *Lo que no dice la Constitución sobre la Asamblea Nacional Constituyente*

A. *La Asamblea Nacional Constituyente no es "el Pueblo"*

Por más que se lea el preámbulo o la Constitución no se encuentra previsión alguna que identifique al Pueblo con la Asamblea Constituyente. Y eso es así por razones obvias. Constitucionalmente no existe una definición de "Pueblo", sin embargo, el constitucionalismo entiende por tal al conjunto de los habitantes de un país determinado, el componente humano del Estado. Es crucial, en esta noción, la idea de que se trata del grupo humano que conforma al Estado, y de cara a ello, se involucra en esto la idea de derechos políticos. En efecto, es pueblo el grupo humano titular de los derechos políticos derivados de la condición de ciudadanos. La Constitución venezolana intenta hacer una diferencia entre "nacionalidad" y "ciudadanía" (artículo 39), pero más que una "distinción" parece tratarse de una diferencia entre "titularidad" y "ejercicio" de los derechos políticos. "El Pueblo" es una noción jurídico política que se aproxima a la noción sociológica de Nación, pero no se identifica con ella.

Ahora bien, el asunto es que conforme al artículo 5, "el Pueblo", como componente humano del Estado integrado por los nacionales venezolanos titulares de derechos políticos, es el único titular de la soberanía, pues en él "reside intransferiblemente", y la ejerce directamente o indirectamente a través de representantes elegidos mediante sufragio, en los supuestos y formas que determina la Constitución y la Ley (aun cuando parece innecesario, hay que recordar que si la Constitución establece algo, merced de la Supremacía Constitucional, la ley como fuente subordinada a aquella no puede pretender modificarla, y así, si la Constitución establece que una materia hace parte de los supuestos de ejercicio directo de la soberanía por su titular, la ley no puede pretender cambiar esa forma de participación por un mecanismo de representación).

La Constitución no dice que la Asamblea Constituyente es "el Pueblo", no hay allí una relación de identidad, la Asamblea constituyente no es más que un órgano elegido por el Pueblo, y por lo tanto se trata de un "representante" un "delegado" delegado, del Pueblo, que deberá ejercer las funciones para las que el soberano le convoca y elige.

B. *La Asamblea Nacional Constituyente no es "titular de la soberanía"*

La Asamblea Nacional Constituyente tampoco es un órgano "soberano", ni titular de la soberanía, porque ella no es el Pueblo, y porque el Pueblo, único titular de la soberanía –el Pueblo– no puede transferirla a órgano alguno, solo puede ejercerla. De nuevo, el artículo 5 afirma que "*la soberanía reside intransferiblemente en el Pueblo*", e intransferible significa, conforme al diccionario de la Real Academia Española: "No transferible".

C. *La Asamblea Nacional Constituyente no es "depositario del Poder Constituyente" ni "Poder Constituyente"*

El artículo 347 de la Constitución, coherente con lo que señala el artículo 6 al referirse a la Soberanía, señala textualmente que "el Pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario" y que en ejercicio de ese poder "puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente".

La norma, ni el artículo 347 ni el 348 ni norma alguna de la Constitución vigente, o alguna otra de los textos que en Venezuela hemos tenido, permite entender que la Asamblea Nacional Constituyente, una vez convocada, se apodera de la Soberanía o que se transforma –ella– en el titular del Poder Constituyente.

La Asamblea Nacional Constituyente es simplemente un órgano convocado por el Pueblo titular intransferible de la soberanía y depositario del poder constituyente, para ejercer una función determinada, ni más ni menos, y esa función es "transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una Constitución".

D. *La Asamblea Nacional Constituyente no es un órgano excluido del ordenamiento jurídico o de la Supremacía Constitucional*

Ciertamente el artículo 347 de la Constitución, luego de aclarar que la Asamblea Nacional Constituyente NO ES el poder constituyente, le asigna, como les asigna a todos los órganos que la Constitución regula, unas funciones, que justifican su existencia y limitan el alcance de su acción. Lo hace porque es ese el modo en cómo opera el principio de la legalidad al que antes nos hemos referido. En efecto, la norma a la que nos referimos señala, ya se dijo antes, que la Asamblea Nacional Constituyente es convocada por el único poder constituyente, el Pueblo, para llevar adelante una transformación del Estado y su ordenamiento mediante la modificación de la Constitución.

Luego, la Constitución también señala que las funciones de la Asamblea Nacional Constituyente no podrán ser "impedidas" por los poderes constituidos o permanentes (artículo 349[52]). Pero la norma no dice, y no se puede entender de ninguna norma de la Constitución, que la Asamblea Nacional Constituyente es una suerte de poder inmune al ordenamiento jurídico y refractario de la Supremacía Constitucional.

Lo contrario es lo cierto.

Efectivamente, tanto la legalidad como la Supremacía Constitucional alcanzan, en el Estado de derecho (y Venezuela es, por lo menos a nivel de normas constitucionales, un Estado

---

52 "*Artículo 349.- El Presidente o Presidenta de la República no podrá objetar la nueva Constitución. Los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente. Una vez promulgada la nueva Constitución, ésta se publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o en la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente".*

de Derecho según el artículo 2[53]) a todo y a todos[54], incluso al titular de la soberanía. Y si eso es así, si el derecho y la Constitución alcanzan a los dueños de la soberanía, ¿es acaso posible pensar que un órgano, que en el mejor de los casos sería tan solo un delegatario o un representante del titular de la soberanía, escape del radio de acción del ordenamiento? La respuesta es obvia –pero hay que decirla para no dejar lugar a equívocos por imposibles que ellos parezcan– no.

E. *La Asamblea Nacional Constituyente no es un poder suplantador de los poderes constituidos*

En norma alguna de la Constitución se instaura a la Asamblea Nacional Constituyente como un *super poder* capaz de asumir y concentrar las funciones inherentes y constitucionalmente asignadas a los demás poderes, los poderes constituidos y permanentes del Estado (que al igual que la Asamblea Nacional han sido elegidos por los titulares de la soberanía).

Tal aserto es, en sí mismo, un desafío al constitucionalismo todo entero, y a los postulados que dieron origen al Estado de Derecho.

Por el contrario, y merced no solo de los antes mencionados principios (legalidad y supremacía de la Constitución) sino además del principio de separación de poderes, de lo que se trata es que la Asamblea Nacional Constituyente debe poder ejercer sus funciones, las de preparar un proyecto de modificación de la Constitución y ninguna otra, sin que los restantes órganos del poder pretendan inmiscuirse en sus funciones, pero esta es una regla que marcha en dos direcciones, lo mismo se aplica a la Asamblea Nacional Constituyente, ella no está facultada por norma alguna para suplantar a los restantes poderes en el ejercicio de las funciones que les son propias, ni está autorizada para concentrar todos los poderes, como si se tratara de un monarca absoluto.

Tal proceder constituiría no sólo una infracción a los principios constitucionales de legalidad, supremacía de la Constitución y separación de poderes, constituiría una usurpación de funciones que determina la nulidad de lo actuado, conforme a lo prescrito por el artículo 138[55].

F. *La Asamblea Nacional Constituyente no "dicta" una nueva Constitución*

La Constitución no le encarga, ni expresa ni implícitamente en norma alguna, la tarea de dictar la Constitución a la Asamblea Nacional Constituyente.

Dictar una Constitución –una que se haga por vez primera en una situación originaria, o una que suplante a una anterior– es función exclusiva del poder constituyente y el único titular de ese poder es el mismo titular de la soberanía, el Pueblo.

El Pueblo tiene un órgano, pues es incensado pensar en que treinta millones de venezolanos se van a reunir a redactar una Constitución, que se hace cargo de ***redactar*** el proyecto.

---

53 "*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."* (Énfasis añadido).

54 De nuevo, hay que recordar que el artículo 7 señala que "Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución."

55 *"Artículo 138.- Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos."*

A ese órgano, de cara al principio de participación que inspira a nuestro sistema democrático constitucionalmente definido, o si se prefiere de cara a la DEMOCRACIA PARTICIPATIVA que establece la Constitución, lo ha decidido convocar el Pueblo, lo ha elegido luego el Pueblo, y el resultado de su trabajo, el proyecto de Constitución, lo aprueba el Pueblo. Pues el Pueblo es el único poder constituyente, y dado que el propio artículo 70 de la Constitución señala que la iniciativa constituyente y la iniciativa constitucional son materia de participación directa del Pueblo.

Pero es el Pueblo el que se da a sí mismo una Constitución y es el Pueblo el que la modifica, pues él es el poder constituyente.

2. *Lo que dice la Constitución sobre la Asamblea Nacional Constituyente*

Tres normas establecen la regulación constitucional expresa atinente a la Asamblea Nacional Constituyente, las tres se encuentran en el Titulo IX "De la Reforma Constitucional", se trata de los artículos 347, 348 y 349 que expresamente disponen:

> *"Artículo 347.- El Pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una Constitución."*
>
> *"Artículo 348.- La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrá tomarla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral."*
>
> *"Artículo 349.- El Presidente o Presidenta de la República no podrá objetar la nueva Constitución.*
>
> *Los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente.*
>
> *Una vez promulgada la nueva Constitución, ésta se publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o en la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente."*

El primero de los artículos trascritos, el 347, establece el principio según el cual es el Pueblo el depositario del Poder Constituyente y en ejercicio de ese poder puede convocar un órgano extraordinario –pero constitucional y sometido a la Constitución, como antes se ha dicho– para encargarle la elaboración de un proyecto de texto constitucional.

Ese órgano, la Asamblea Nacional Constituyente, es un órgano constitucionalmente previsto aun cuando de carácter extraordinario o no permanente, convocado por mandato del Pueblo e integrado igualmente por medio de un proceso de elección.

Se trata de un órgano con una misión, refundar el ordenamiento jurídico y las instituciones del Estado y una función –para cumplir con esa misión– la de ***redactar*** una Constitución.

Y he aquí una diferencia funcional entre el Pueblo como poder constituyente y la Asamblea Nacional Constituyente como órgano que participa en un proceso especial de modificación de la Constitución, y es justamente que mientras el poder constituyente tiene el poder de darse o dictar una Constitución (que surtirá todos los efectos de un texto constitucional), la Asamblea Nacional Constituyente es simplemente un órgano extraordinario elegido por el Pueblo para ***redactar*** –no aprobar o darle vigor– un texto constitucional.

Así, ese proceso –el de modificación de la Constitución– supone la convocatoria a un órgano extraordinario, la Asamblea Nacional Constituyente, que interviene en él, luego de convocada y elegida, para redactar un texto constitucional que, en definitiva, será aprobado –o no– por el único titular de la soberanía y el poder constituyente, el Pueblo.

El segundo de los artículos, el 348, regula la iniciativa como facultad de que pone en marcha o desencadena la convocatoria. Es un antecedente lógico y procesal necesario. Es además una facultad para cuyo ejercicio están facultados determinados órganos (el Presidente de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos) o un grupo de electores determinado (quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral).

La iniciativa no es la convocatoria. La convocatoria es una facultad exclusiva del Pueblo como poder constituyente, es un mecanismo de participación directa, en cambio la iniciativa es una competencia de unos órganos del Poder Público o de un número determinado de electores. Se trata además de poderes o competencias diferentes, mientras que la iniciativa es el poder de comenzar con el proceso de Reforma por Asamblea Nacional Constituyente, la iniciativa es el poder de incitar al poder constituyente para que decida si emprende o no dicho proceso, si lo pone o no en marcha. Confundir la iniciativa con la convocatoria no sólo sería un error de "procedimiento" supondría además una usurpación del poder constituyente, con las consecuencias que eso acarrea.

Por último, el artículo 349 es un texto desordenado que debe comenzar a ser leído desde su segundo párrafo, que señala –como es razonable y trayendo a colación la separación de poderes y la sanción a la usurpación– que los poderes constituidos, los poderes ordinarios o permanentes, no pueden entorpecer el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. Pero hay que observar, la norma no dice que la Asamblea Nacional Constituyente no puede ser controlada en su conformidad a derecho, como lo pueden ser todos los órganos del Estado, lo que no puede ocurrir es que sus funciones se vean "impedidas".

Los otros dos párrafos de esta norma, el primero y el tercero, se refieren a la parte final del proceso de reforma, señalando que el presidente no puede objetarla y que una vez promulgada debe ser publicada, como todas las normas escritas.

A la disposición, sin embargo, le falta una parte crucial del proceso, la aprobación o no del texto por el Pueblo, etapa que aun cuando no está descrita en esa norma, es necesaria, y lo es, pues (i) la Asamblea Nacional Constituyente, no es el Pueblo, y no es el poder constituyente, (ii) la Asamblea Nacional Constituyente tiene como única función "redactar" el texto constitucional (pero el poder de aprobar la Constitución es del poder constituyente, y ella no es el poder constituyente), (iii) todas las formas de modificación constitucional a las que se refiere este Título IX "De la Reforma Constitucional", requieren que el texto sea finalmente aprobado por el Pueblo mediante consulta.

En razón de ello, el vacío debe ser llenado por tres vías.

2.1. La analogía, que supone la aplicación de los principios que se aplican para los otros métodos de modificación constitucional (lo que conduce a consultar al pueblo tanto para convocar como para aprobar el texto);

2.2. Los principios constitucionales aplicables, que establecen que la soberanía le pertenece al pueblo y a ningún órgano (artículo 5 de la Constitución), que el poder constituyente es igualmente patrimonio exclusivo del Pueblo (artículo 347 de la Constitución), que ese poder se expresa por los medios de participación directa, que justamente la iniciativa consti-

tuyente y la constitucional son materias de participación directa (artículos 70 y 71 de la Constitución) lo que conduce a consultar al pueblo tanto para convocar a la Asamblea Nacional Constituyente como a consultarle para aprobar el texto resultante de los trabajos de la Asamblea, y;

2.3. Lo que podríamos denominar *la costumbre constitucional* y el principio del paralelismo de las formas[56], pues hay que recordar que el texto constitucional vigente, la Constitución de 1999, es el resultado de un proceso en el que primero se consultó al pueblo –mediante referendo– si deseaba modificar la Constitución, y luego, se le consultó sobre la aprobación del texto resultante. Así, no solo la experiencia constitucional que llevó a la redacción de las normas que ahora forman la Constitución de 1999, sino además la exigencia del principio de paralelismo de las formas, determinan la necesidad de consultar al pueblo –depositario del poder constituyente– para que sea éste el que "convoque" la Constituyente, elija a los miembros del órgano denominado Asamblea Nacional Constituyente y finalmente decida si aprueba o no el proyecto presentado por el órgano al que encomendó la redacción.

IV. CONCLUSIÓN

La Asamblea Nacional Constituyente no es el Pueblo, y en razón de ello no es titular de la soberanía, es tan solo un órgano no permanente, "convocado" para participar del proceso de reforma del ordenamiento jurídico desde su cúspide, modificando la Constitución.

La Asamblea Nacional Constituyente no es uno de los órganos permanentes de los poderes públicos, todos ellos emanados de la soberanía que ejerce el Pueblo mediante el sufragio, pero es, indudablemente, un órgano –pues no es el Pueblo– constitucionalmente previsto, y por ello constituido, de carácter ocasional o extraordinario.

La Asamblea no es más que un órgano, y al igual que todos los órganos constituidos, se encuentra sometida a la soberanía del Pueblo y a la Supremacía Constitucional. Es importante recalcar esto último, la Constitución es la cúspide del ordenamiento jurídico y a ella se somete todo y todos, mientras ella se encuentre vigente, y la Asamblea Nacional Constituyente no es más que un órgano constituido de carácter no permanente que no es ni se identifica con el Pueblo.

La Asamblea Nacional Constituyente está sometida al ordenamiento jurídico y a la Supremacía Constitucional. Ello así, porque Venezuela es un Estado de Derecho y de Justicia y porque la Constitución es norma jurídica suprema que vincula tanto a los ciudadanos (y en definitiva al pueblo, que es, el soberano y el titular del poder constituyente) como a los órganos del poder (y la asamblea no es más que un órgano del poder). Así, en tanto que órgano, y al igual que el Pueblo o los demás órganos del Estado, en un Estado de Derecho, está sometida al ordenamiento jurídico, y muy especialmente a los parámetros que establece la norma jurídica suprema del ordenamiento, la Constitución.

La Asamblea Nacional Constituyente no está llamada a ejercer función otra que no sea preparar un "proyecto" de Constitución (la Constitución le asigna la función de "redactar" un texto constitucional). Ella no aprueba la Constitución, pues ese es un poder que pertenece al único poder soberano y constituyente originario, el Pueblo.

---

[56] La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha referido a este principio en decisión de 26/01/2004, Exp. 03-2109, no solo afirmando su existencia y aplicabilidad sino además aclarando su contenido del modo siguiente: *"(...) la Constitución recoge parcialmente el denominado principio de 'paralelismo de las formas', que preconiza que los actos se deshacen en la misma forma en que se hacen, o que se modifican o revocan siguiendo el mismo procedimiento con que se constituyen (...)"*.

La Asamblea Nacional Constituyente no puede gobernar, pues esa función le pertenece al Ejecutivo, no puede juzgar, pues esa función le pertenece al Poder Judicial, no puede legislar, pues esa función le pertenece al Poder Legislativo. Y si pretende hacerlo, incurre en usurpación de funciones.

Es imposible pensar que porque la función de la Asamblea Constituyente sea "modificar la Constitución" ella es inmune a esta, tal afirmación sería como afirmar que al poder legislativo no se le aplican las leyes porque el dicta las leyes. Afirmar que la Asamblea Constituyente es refractaria a la Constitución equivale a sostener que hay otro soberano –distinto al pueblo– que es aún más soberano que el Pueblo, pues a este último se le aplica la Constitución (o acaso podemos olvidar que el artículo 7 en su parte final, luego de recordar que la Constitución es norma jurídica y norma jurídica suprema, señala que "*Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución*").

V. BIBLIOGRAFÍA

Ayala C., Carlos. "Las Asamblea Nacional Constituyente de Maduro-2017: Fraude Constitucional y Usurpación de la Soberanía Constitución de la República". En la Obra *Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos Nº 119. EJV. Caracas 2017, pp. 229-256.

Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo*, Parte General. Ediciones Paredes. Caracas 2007.

Álvarez, Tulio. "El declive de la Teoría del Poder Constituyente". *LOGOI Revista de Filosofía* Nº 21. 2015, pp. 161-180.

Badell M., Rafael. "Régimen Jurídico del Proceso Constituyente en Venezuela". En la *Obra Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos Nº 119. EJV, Caracas 2017. pp. 137-204.

Brewer-Carías, Allan. "La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en 2017 como una muestra más de desprecio a la Constitución". En *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente*. Colección Estudios Jurídicos. Nº 119. EJV. Caracas 2017, pp. 27-40.

_____ *Las Constituciones de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas 1997.

DENIZ, Ana P. "La participación ciudadana en la Constitución de 1999". En *Revista de Derecho Constitucional* Nº 7 enero-junio 2003. Editorial Sherwood. Caracas 2003.

Flores G, Fernando. "La participación ciudadana en la Constitución de 1999". En *Revista de Derecho Constitucional* Nº 5 julio-diciembre 2001. Editorial Sherwood. Caracas 2002, pp. 75-88.

García de Enterría, Eduardo. "La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Numero Conmemorativo 1948-2008. UNAM. México 2008, pp. 371-398.

_____ *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. CIVITAS, Madrid 1985.

Haro, José V. "El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión". En: *Revista de Derecho Constitucional*. Nº 9. Caracas 2004, pp. 253-276.

Hernández, José I. "La Ilegítima y fraudulenta convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente ciudadana". En la *Obra Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos Nº 119. EJV. Caracas 2017, pp. 297-313

Moles Caubet, Antonio. "El principio de la Legalidad y sus implicaciones". Incluido en la obra de recopilación de los trabajos del Profesor MOLES titulada Estudios de Derecho Público compilados por Antonio Acosta. UCV, Caracas 1997.

Locke, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Alianza Editorial. Consultado en línea: http://cinehistoria.com/locke_segundo_tratado_sobre_el_gobierno_civil.pdf

Prats, Eduardo J. "El Poder Constituyente de Sieyes a Maduro". En la *Obra Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos Nº 119. EJV. Caracas 2017, pp. 19-22.

Rey, Juan C. "La Constitución sirve para todo". En la obra colectiva *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. EJV. Caracas 2017, pp. 41-72.

Roseau, Jean Jaques. *Du contrat social*. (Publicación original 1762) Edición de GF. Flamirion. Paris 1966. (Libro Segundo, Capitulo IV "De la loi").

Sanquírico Pittevil, Fernando. "Las facultades (i) limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la República". En la *Obra Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos Nº 119. EJV. Caracas 2017, pp. 365-368.

Evolución y desafíos del nuevo contrato administrativo

Víctor Rafael Hernández-Mendible*

Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila

Resumen: *Este trabajo se encuentra orientado a estudiar los antecedentes del contrato administrativo, señalar cuál es el estado en que se encuentra la institución y proponer algunas reflexiones para una futura reforma.*

Palabras Clave: *Contrato Administrativo - potestades administrativas - interés general - Derecho Administrativo - Derecho Civil.*

Abstract: *This paper is aimed at studying the background of the administrative contract, indicating the state in which the institution is right now as well as proposing some reflections for a future reform*.

Key words*: Administrative Contract - administrative powers - general interest - Administrative Law - Civil Law*.

SUMARIO

I INTRODUCCIÓN

II. EL SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO
1. *El contrato administrativo en la evolución jurisprudencial*. 2. *El contrato administrativo en la evolución legislativa*. 3. *El contrato administrativo en la evolución doctrinal.* A. Las tesis iuspublicistas sobre el contrato administrativo. B. Las tesis iusprivatistas sobre el contrato administrativo. C. Las tesis revisionistas sobre el contrato administrativo. 4. *Corolario de la evolución del concepto*.

III. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

IV. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
1. *La potestad de dirección y control*. 2. *La potestad de interpretación unilateral*. 3. *La potestad de modificación*. 4. *La potestad de suspensión*. 5. *La potestad sancionatoria*. 6. *La potestad de rescisión unilateral*. 7. *La potestad preventiva.*

V. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL ARBITRAJE

VI. LOS DESAFÍOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

VII. CONSIDERACIONES FINALES

---

* Doctor en Derecho. Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila (Venezuela), Profesor de la Maestría en Derecho en la Universidad del Rosario (Colombia), del programa de Contratación Estatal de la Universidad de Los Andes (Colombia), así como en la Maestría en Derecho Energético y Sustentabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México) y miembro de la Comisión Académica del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña (España). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía (RIDE), del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA) y de la Red Internacional de Bienes Públicos (RIBP). www.hernandezmendible.com

I. INTRODUCCIÓN[1]

He tenido el privilegio de ser invitado a participar en los distintos homenajes académicos que se han tributado internacionalmente al maestro iberoamericano Allan R. Brewer-Carías, habiendo versado mis colaboraciones anteriores sobre temas de Derecho Constitucional[2]. En esta ocasión, tengo la oportunidad de ocuparme por primera vez de un tema de Derecho Administrativo y concretamente de uno muy querido para el homenajeado, al que le ha dedicado desde sus estudios iniciales hasta los más recientes, como lo constituye la contratación por los órganos que ejercen el Poder Público, lo que además permite darle continuidad a la línea de trabajo que se había desarrollado hace algunos años con el grupo de investigación del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO-UMA)[3].

El título del trabajo hace referencia al "contrato administrativo", lo que podría dar la impresión de que existe una posición preestablecida con respecto al debate desarrollado por la doctrina científica nacional que se analizará. No obstante, nada más lejos de esa intención, por ello se le ha antepuesto el adjetivo "nuevo", con intención provocadora o sugerente, para expresar que de una idea clásica se puede plantear una nueva idea, sin generar una ruptura o salto al vacío tan propio de la realidad venezolana –especialmente ganada al adanismo jurídico en estos tiempos–, sino una evolución o renovación que permita ajustar una categoría clásica a los tiempos actuales, que sea omnicomprensiva del contexto nacional e internacional en que se desarrolla la sociedad.

Por supuesto, no se pretende ocultar la ausencia de uniformidad en la denominación de los contratos y ni las consecuencias que se han tratado de derivar de la distinción en su naturaleza jurídica. El asunto no es tan simple –si es que tiene algo de simple– como elegir entre conservar la referencia del modelo francés, que proyectó su influencia en España y en buena parte de Iberoamérica (concepción iuspublicista) o abandonarla para acoger el modelo alemán (concepción iusprivatista).

El tema debe abordarse en la perspectiva en que se produjo el surgimiento y construcción del contrato administrativo en la realidad nacional. Resulta obvio en 2017, pensar que el

---

[1] Quiero manifestar mi agradecimiento a los profesores de Derecho Civil y Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, María Candelaria Domínguez Guillén y Miguel Ángel Torrealba Sánchez respectivamente, por su generosa colaboración en la lectura del primer borrador de este trabajo, así como por el suministro de la bibliografía sobre Derecho Civil, sentencias y leyes recientes.

[2] Hernández-Mendible, Víctor R., *El Amparo Constitucional desde la Perspectiva Cautelar*, (Coords. Alfredo Arismendi A. y Jesús Caballero Ortíz), "El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI". *Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 1293-1301; "Reflexiones sobre la Constitución Económica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", (Coords. Orlando Vignolo Cueva y Roberto Jiménez Murillo), *Homenaje a Allan Brewer-Carías. Comentarios a la Jurisprudencia de Derecho Administrativo del Tribunal Constitucional Peruano (2000-2010)*, Ed. Ius et Veritas, Lima, 2012, pp. 143-166; *El derecho a la seguridad social en el bloque de la constitucionalidad y su garantía jurisdiccional*, (Dirs. Eduardo Jorge Prats y Olivo Rodríguez Huertas), "La doctrina constitucional y administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho". *Liber Amicorum Allan Brewer-Carías*, Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2016, pp. 225-256.

[3] Hernández-Mendible, Víctor R., Araujo-Juárez, José, Canónico Sarabia, Alejandro, Pernía Reyes, Mauricio y Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, "La contratación pública en Venezuela, (Dirs. José Luis Benavides y Pablo Moreno Cruz)", *La contratación pública en América Latina*, Universidad Externado de Colombia y Fundación para el Derecho Continental, Bogotá, 2016, pp. 661-715.

Estado constitucional exige la absoluta sumisión de los órganos que ejercen el Poder Público a la Constitución, la ley y el Derecho –conforme a la influencia que ha proyectado el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949–, pero en la realidad nacional de 1944-1954 y luego de restablecida la democracia en 1961, no se tenía el nivel de evolución jurídica que se tiene en el presente y la incipiente legislación en materia de contratación pública, así como las posiciones de la doctrina científica en los albores del período democrático no tenían mayor referencia para formular sus construcciones, que aquella que existía en el derecho comparado y sin duda esa búsqueda llevó a aquel que se consideraba había alcanzado el más alto nivel de desarrollo, que no era otro que el Derecho Administrativo francés.

Debe tenerse en cuenta que unas disposiciones puntuales de la ley de hacienda pública de 1942, otras disposiciones reglamentarias sobre licitaciones, más tarde un reglamento que fijaba las condiciones de contratación de obras y las disposiciones civiles existentes en los códigos, resultaban ser las herramientas con que contaron durante más de medio siglo los operadores jurídicos nacionales.

Las leyes que regulan los contratos de concesiones de obras y servicios, así como las leyes que más recientemente han venido a regular los contratos de ejecución de obras, suministro de bienes y prestación de servicios son de reciente data y de escasa e incipiente aplicación.

Toda la evolución experimentada durante el último siglo por el Derecho Administrativo y concretamente de la institución del contrato administrativo, ha transitado por diferentes momentos, sin que se hayan logrado puntos de encuentro en el plano doctrinal, sobre la denominación más acertada, su naturaleza jurídica y el régimen jurídico aplicable a los contratos.

De allí que se considere que los planteamientos no deben ser enfocados a un revisionismo destinado a reescribir el pasado, pues lo ocurrido con independencia de lo positivo o negativo que haya resultado fue producto de las circunstancias políticas, económicas y jurídicas de su tiempo; sino que se debe procurar entender cómo se llegó al momento actual y promover la reconfiguración del contrato administrativo tradicional, para proponer el diseño del nuevo contrato administrativo, que es lo que se pretende plantear en este trabajo.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, en el presente trabajo se abordarán los siguientes aspectos: El surgimiento y evolución del concepto de contrato administrativo (II); el contrato administrativo y la libertad de contratación (III); el contrato administrativo y las potestades de la Administración Pública (IV); el contrato administrativo y el arbitraje (V); los desafíos del contrato administrativo (VI); y las consideraciones finales (VII).

II. EL SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

La evolución jurídica del contrato administrativo desde sus inicios hasta el presente ha sido lenta, pues no existe un régimen uniforme y un único texto legal, sino que el mismo se encuentra atomizado en atención a los tipos de contratos y de las autoridades contratantes, a lo que se suma que cada reforma legal, parece orientada a ampliar el régimen de contratos excluidos del ámbito de aplicación de la misma, dispersando aún más la regulación sobre el contrato[4].

[4] Brewer-Carías, Allan R., "De la Ley de licitaciones a la Ley de contrataciones públicas en Venezuela: una estrecha reforma que amplió el radio de excepciones al régimen de selección de contra-

Esto lleva a analizar cuál ha sido la evolución del surgimiento del contrato administrativo en el contexto venezolano, desde la perspectiva jurisprudencial, legal y doctrinal. Tal régimen ha surgido y evolucionado impulsado por los criterios jurisprudenciales establecidos por los tribunales y el diálogo de éstos con la doctrina científica, quienes han ido construyendo los principios que inspiran la contratación actual, siempre teniendo como referencia el derecho común, cuya aplicación en este tipo de contrato realizan con la mayor naturalidad los operadores jurídicos.

1. *El contrato administrativo en la evolución jurisprudencial*

Tal como sucedió en la cuna del Derecho Administrativo muchas de las instituciones de esta disciplina jurídica surgieron gracias a la creación pretoriana de la jurisprudencia. Para muestra de ello en la realidad venezolana, basta con consultar la tesis doctoral de Allan R. Brewer-Carías[5], que justamente se dedicó a investigar, sistematizar y extraer las consecuencias derivadas de la incipiente jurisprudencia relacionada con las grandes categorías jurídicas en el Derecho Administrativo y por supuesto el contrato administrativo tuvo un lugar especial.

Es así como se encuentra que la Corte Federal y de Casación, en sentencia de 5 de diciembre de 1944, admitió por primera vez la existencia de la categoría jurídica denominada contratos administrativos, justificada:

> "…en la doctrina de grandes autores modernos y no en preceptos legales especiales, en donde se establece que no deben aplicarse por analogía a los *contratos administrativos* de suministros de provisiones ni a los trabajos públicos, las disposiciones de Derecho Privado sobre el contrato de venta ni sobre el arrendamiento o locación de cosas, se trata de la aplicación de conceptos jurídicos nuevos incompatibles con algunos preceptos del Derecho Privado y que por tanto, éstos deben ponerse a un lado".

Agregaba la Corte Federal y de Casación, en la misma sentencia de 5 de diciembre de 1944, que el concepto de contrato administrativo tiene su fundamento en que a este le:

> "…interesan los servicios públicos y [ello lo diferencia de] los contratos de Derecho Privado, en los cuales, por los tiempos en que fue elaborada su preceptiva, no se dieron soluciones especiales y adecuadas a estos modernos contratos cuyo gran desenvolvimiento, nueva y minuciosa técnica no pudieron preverse".

Esta primera aproximación jurisprudencial guarda paralelismo con lo ocurrido en Francia –resuelto por el Tribunal de Conflictos en el *arrêt Blanc* o en el *arrêt Duvage et Bransiet*, ambos de 8 de febrero de 1873– en el sentido de que no tuvo una repercusión inmediata, al extremo que ha llevado a considerar a algún autor nacional que la sentencia "pasó por debajo de la mesa", pues poca gente la tomó en cuenta y según dicho autor, "el profesor Hernández Ron, iniciador de la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela[6], hace referencia a los contratos administrativos, y si se refiere a los mismos lo hace

---

tistas y a la corrupción administrativa", (ed. William Zambrano Cetina), *Retos de la contratación pública en Iberoamérica. Homenaje a Allan R. Brewer-Carías*, 1ª ed., Universidad del Rosario-Ibañez, Bogotá, 2017.

5 Brewer-Carías, Allan R., *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

6 Cabe hacer una primera precisión, que antes del profesor J.M. Hernández-Ron ocuparon la Cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, a partir de 1909, Federico Urbano, Gustavo Herrera, Domingo Narváez y Alejandro Urbaneja. Sobre este asunto se puede consultar Hernández-Mendible, Víctor R., Presentación, *Desafíos del Dere-*

como una referencia a un derecho vigente en Francia o quizás en algún otro país, pero no se relaciona con Venezuela. Este autor ignora[7], además, la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, a que hemos hecho mención"[8].

Diez años más tarde, la misma Corte Federal y de Casación, en sentencia de 12 de noviembre de 1954, sostuvo respecto al contrato administrativo que:

> "Cuando la Administración Pública, obrando como tal, celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, un contrato que tiene por objeto *una prestación de utilidad pública*, nos encontramos sin duda frente a un contrato administrativo… la especialidad de dichos contratos radica en el objeto y en el interés general que envuelven, y tal interés general puede ser el de la Nación o Estado, de las Provincias o de las Municipalidades".

Añade la sentencia en referencia, respecto al contrato administrativo:

> "la causa inmediata de las prestaciones de la Administración la constituyen las contraprestaciones del particular, y la causa o motivo determinante es el interés público que con esas prestaciones se persigue".

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 14 de junio de 1983, señalaba sobre el contrato administrativo lo siguiente:

> "Cuando requerimientos de interés colectivo así lo postulan, acude la Administración a la figura del contrato administrativo para asegurarse la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general. La presencia de la Administración –dada determinadas condiciones– en el negocio jurídico, marca a éste, inevitablemente de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquélla, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificarlo en aras de intereses privados de los administrados, por importantes -individualmente considerados- que éstos parezcan. Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos en ese género de convenciones gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, en virtud de la cual la lesión a su patrimonio deriva del incumplimiento por la Administración a las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervinientes: hecho del príncipe, circunstancias

---

cho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela, Tomo 1, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, p. 3.

[7] Una segunda precisión lleva a señalar que J.M. Hernández-Ron, publica su *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Volumen I, Tipografía Americana, Caracas, 1937, lo que pone en evidencia que una razón de carácter temporal hacía imposible que se tuviese en consideración una sentencia de la Corte Federal y de Casación que se emitiría 7 años después. En el caso que la cita sea a una edición posterior, sería *Tratado Elemental de Derecho Administrativo* (La obra está ajustada a la legislación vigente en Venezuela hasta el 31-12-1944), 3 tomos, 2ª Ed., Edit. Las Novedades, Caracas, 1943-45. Como se puede ver Hernández-Ron advierte que la obra se encuentra actualizada a la legislación, pero no hace mención alguna a la jurisprudencia, pues ésta realmente se comenzará a estudiar y sistematizar a partir de la obra de Brewer-Carías, Allan R., *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

La anterior aclaratoria luce necesaria, pues el autor Pérez Luciani cuando cita la obra de Hernández-Ron no efectúa ninguna precisión a cuál edición hace alusión, lo que contrasta notablemente con la referencia que realiza de André de Laubadère, *Traité Theorique et practique des Contrats Administratifs*, L.G.L.J, 1ª ed., París, 1956.

[8] Pérez Luciani, Gonzalo, "Los contratos administrativos en Venezuela", *Derecho Público en Venezuela y Colombia, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración,* Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, p. 254.

> imprevisibles, fuerza mayor...) es compensada con la correspondiente indemnización al particular, de los daños y perjuicios que pudieren habérsele ocasionado. No sin razón se ha afirmado que entre esos dos extremos -sujeción a las normas de derecho civil, expresada en el respeto a la ecuación económica del contrato; y violación de algunos de los principios de derecho privado, motivada en razones de interés público- encuentra un adecuado y paradójico juego la peculiar teoría del contrato administrativo, cuya regulación queda sometida a reglas especiales distintas de las que rigen los pactos jurídicos-privados".

Agrega al respecto la misma sentencia que:

> "… indicadoras de que dichas cláusulas [exorbitantes] no hacen otra cosa que revelar con su existencia la noción –siempre presente en el contrato administrativo– de interés general o colectivo que el servicio público entraña. Si bien importante para identificarlo, ausentes de éstas cláusulas exorbitantes recobra la noción de servicio público, presidida por la de interés general o colectivo en ella implícita, su plena y absoluta vigencia".

Luego la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 1º de abril de 1986, se pronuncia sobre las cláusulas exorbitantes en los siguientes términos:

> "…dentro de los criterios utilizados para conceptuar el contrato administrativo y distinguirlo de los contratos de derecho privado que celebra la Administración se encuentra la Teoría de las Cláusulas Exorbitantes, que como su nombre lo indica, alude a estipulaciones creadoras de privilegios de la Administración que rompen el principio de igualdad de las partes en la contratación, de tal naturaleza que de figurar en un contrato de derecho privado estarían afectadas de nulidad e incluso incidirían en el mismo sentido sobre la totalidad del contrato. El motivo por el cual se incluyen y justifican dichas cláusulas radica en la necesidad de la Administración de ejercer su potestad de supremacía en una relación contractual específica para así tutelar mejor los intereses que le han sido asignados".

Esto fallos del Máximo Tribunal de la República contribuyeron a configurar desde la perspectiva jurisprudencial, el reconocimiento de la institución del contrato administrativo en el Derecho Administrativo nacional, basado en tres grandes ejes, de los cuales se ha considerado que el primero es obligatorio y los otros dos son alternativos:

1. El eje subjetivo u orgánico, representado por las autoridades públicas que realizan función administrativa, en las entidades territoriales como personas jurídicas, a quienes son imputables derechos y obligaciones, es decir, la República, los estados y los municipios son parte de estos contratos, pudiendo ser la otra parte una persona pública o privada.

2. El eje objetivo o material, que se manifiesta en el reconocimiento de la satisfacción de interés general o colectivo, que por lo general se encuentra presente en los servicios públicos –concepto este comprendido de manera amplia por la jurisprudencia– y que incluso también se encuentra presente en las obras o infraestructuras públicas.

3. El eje normativo o formal, que viene dado por una regulación distinta del derecho privado, en la que pueden advertirse expresa o implícitamente las cláusulas denominadas exorbitantes, por considerarse impropias de los contratos regulados por el derecho común.

Estos criterios jurisprudenciales que dieron nacimiento a la institución del contrato administrativo, con algunas modulaciones se mantienen vigentes, al punto que en la más reciente decisión sobre la materia, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 30 de noviembre de 2017, se refería reiteradamente a la figura del contrato administrativo, aunque ya no existe la norma procesal que lo mencionaba expresamente, para darle competencia de conocer sobre los potenciales conflictos que generasen su celebración o ejecución.

2. *El contrato administrativo en la evolución legislativa*

En lo concerniente a la perspectiva legislativa hay que destacar que históricamente ha existido la categoría del contrato administrativo, en varias disposiciones de la legislación nacional[9].

Cronológicamente se debe recordar que el contrato administrativo se mencionaba en el artículo 65 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1966. Esta disposición reconocía nominal y expresamente la institución que se analiza. No obstante, cabe destacar que este texto legal fue derogado parcialmente por la Ley de Aguas de 2007, pero quedando vigente la norma antes citada, hasta que finalmente fue derogada por el Decreto-Ley de Bosques y Gestión Forestal de 2008, actualmente modificada por la Ley de Bosque de 2013. En todo caso, al quedar derogada aquella desapareció desde el punto de vista sustantivo en esa legislación la referencia al contrato administrativo.

La otra disposición que hacía referencia a la figura del contrato administrativo era el en el artículo 42.14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, que regulaba la competencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa para conocer de los conflictos derivados de un contrato administrativo.

Esta ley fue derogada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que en el artículo 5.25 mantenía la mención al contrato administrativo, siendo que finalmente dicha figura fue eliminada al producirse la derogación de aquella ley, por la Ley Orgánica de Tribunal Supremo de Justicia de 2010.

Aunque lo dicho podría llevar a un operador jurídico despistado a considerar que en la actualidad no existe ninguna previsión legal del contrato administrativo, ello no es cierto, tal como lo advierte Brewer-Carías en sus más recientes publicaciones.

En la actualidad, la categoría de los contratos administrativos subsiste legalmente en el artículo 3 de la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos de 2009, que dispone:

> "Los contratos que hayan sido celebrados en las materias objeto de la presente reserva, se les reconoce como contratos administrativos. Cuando se dicten las resoluciones previstas en este artículo, dichos contratos se extinguirán de pleno derecho en virtud de la presente Ley".

Conforme a esta norma actualmente vigente[10], que en principio no podría ser ignorada[11], cabría afirmar que desde la perspectiva normativa, la institución del contrato administrativo sigue disfrutando de reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico nacional.

Por supuesto, no se trata de un reconocimiento general para todos los contratos, ni en todas las leyes que regulan la actividad contractual de los órganos que ejercen el Poder Público, lo que lleva a considerar este reconocimiento por los operadores jurídicos con la debida prudencia, teniendo en cuenta las circunstancias en que se produjo la ley, que llevó a calificar

---

9 Hay que mencionar que si bien en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 20 de diciembre de 1965, se hacía mención a la materia de contratos administrativos, al referirse a las atribuciones de este órgano, no se hace referencia expresa en un artículo concreto, pues el artículo 3 de dicha Ley, se refería a los contratos de interés público, cuya controvertida naturaleza escapa del objeto de este estudio.

10 Artículo 7 del Código Civil.

11 Artículo 2 del Código Civil.

como contrato administrativo el relacionado con el objeto de la misma, que se encontrase vigente en ese momento y que una vez aplicada la norma, se extinguió y por ende desapareció de hecho[12].

3. *El contrato administrativo en la evolución doctrinal*

En la doctrina científica nacional se pueden identificar tres posiciones distintas respecto a la existencia del contrato administrativo. Una posición admite sin reservas la existencia de este contrato; existe una posición que niega la existencia de dicho contrato y existe una corriente que reconociendo que han existido, se plantea la utilidad de su pervivencia actual.

A. *Las tesis iuspublicistas sobre el contrato administrativo*

Entre los autores que han reconocido la existencia del contrato administrativo se ubica la más calificada doctrina científica del Derecho Administrativo, que se comentará según su aparición cronológica.

Así se encuentra Lares Martínez, quien de manera resuelta asume posición sobre el contrato administrativo al señalar[13]:

> "En Francia, España, en un sector de la doctrina italiana, y en los países hispanoamericanos, se sostiene que la administración puede adoptar decisiones unilaterales y celebrar contratos sujetos a regímenes disímiles: contratos de derecho administrativo y contratos de derecho común. Compartimos esas ideas".

Esta categoría de contrato que celebra la Administración Pública es un contrato administrativo y se caracteriza porque en él se encuentra presente la primacía del interés general que debe ser satisfecho y la necesidad de continuidad del servicio público, lo que justifica que le sean aplicables leyes especiales de Derecho Público y las prerrogativas reconocidas a la Administración Pública, en la ejecución de los mismos. Incluso, agrega el elemento temporal, que considera presente en este contrato al sostener[14]:

> "En nuestro concepto, basta que en el contrato se comprometa el contratista a realizar durante cierto tiempo una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general, para que aquél reciba la calificación de administrativo. No es menester que las obligaciones del contratista se refieran a la organización o al funcionamiento de un servicio público".

Este aspecto, de la prolongada ejecución del contrato sin duda es una novedad dentro de la doctrina, respecto a la cual los demás autores no hacen especial mención.

Por su parte Brewer-Carías, en su primera gran investigación publicada, –como lo constituyó su tesis de doctorado–, expresaba[15]:

> "Es un hecho, uniformemente aceptado por la práctica administrativa y la jurisprudencia administrativa venezolana, que el Estado, y concretamente la Administración Pública, sea Nacional, Estadal o Municipal, pueden celebrar contratos para el desarrollo de sus múltiples actividades".

---

12 Brewer-Carías, Allan R., "Sobre los contratos del Estado en Venezuela", *Revista Mexicana Statum Rei Romanae Nº 6, Homenaje a José Luis Meilán Gil*, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, 2011, pp. 207-252.

13 Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, p. 192.

14 Lares Martínez, Eloy, *Ob. cit.*, pp. 195-196.

15 Brewer-Carías, Allan R., *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana,* Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 157.

Conforme a esta premisa es posible distinguir que la Administración Pública puede realizar negocios jurídicos bajo la forma de contrato de derecho privado, regido por el Código Civil; y actos bilaterales de naturaleza contractual, considerado contrato administrativo sometido a normas jurídicas autónomas distintas del derecho privado[16]. Tal como se deduce de la jurisprudencia, el interés de la distinción es doble, pues por una parte, en cuanto al régimen jurídico aplicable, mientras los primeros se encuentran sometidos al Derecho Civil, los segundos se rigen por el Derecho Administrativo; y por la otra, tiene que ver con el orden jurisdiccional competente para conocer de los conflictos que se deriven de su ejecución, lo que produce que mientras aquellos son competencias del orden jurisdiccional civil, estos son competencias del orden jurisdiccional contencioso administrativo[17]. Luego agrega que[18]:

> "… la noción que le da su naturaleza específica al contrato administrativo es *la finalidad de servicio público que se persigue al celebrarlo, y no la prestación de un determinado servicio público*. Ya hemos expresado qué entendemos por finalidad de servicio público y las implicaciones del concepto. Sin embargo, es conveniente recordar que una actividad es realizada con finalidad de servicio público cuando, realizada por una autoridad pública *como gestión de intereses públicos* y en ejecución de la Ley, tiende a mantener y hacer mantener incólumes las garantías constitucionales de los ciudadanos; a respetar y hacer respetar los derechos constitucionales de los ciudadanos; a hacer cumplir los deberes constitucionales de los ciudadanos; o a cumplir las obligaciones constitucionales del Estado venezolano con miras a obtener el bienestar general y la seguridad social".

En función de lo anterior, considera que existiendo una definición legal de contrato en el Código Civil, pero no teniendo éste referencia alguna al contrato administrativo, es preciso proponer la definición de este contrato como "aquel acuerdo bilateral de voluntades realizado entre dos o más personas jurídicas, una de las cuales es la Administración Pública actuando en función administrativa, con la finalidad de servicio público y el efecto de crear una situación jurídica individual y subjetiva"[19].

Conforme a lo anterior, procede a identificar dentro de los elementos esenciales del contrato administrativo, el subjetivo de la siguiente manera[20]:

> "Es decir, que para que un contrato pueda ser calificado de administrativo, una de las partes de la relación jurídica contractual debe ser una autoridad pública actuando en función administrativa…No existe, por tanto, contrato administrativo sin la presencia, como parte contratante en la relación jurídica, de la Administración".

En lo que concierne al elemento objetivo del contrato administrativo sostuvo que[21]:

> "Ante todo, y por la finalidad de servicio público que persigue la Administración al celebrar los contratos administrativos, el objeto de los mismos debe ser una prestación de utilidad pública o de interés general".

Respecto al elemento causal del contrato, advierte la existencia de la teoría de la causa objetiva y la teoría de la causa subjetiva, reconocidas dentro de la Teoría General del Derecho y con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación, sostiene:

---

16 Brewer-Carías, Allan R., *Ob. cit.*, pp. 157-158.

17 Brewer-Carías, Allan R., *Ob. cit.*, p. 158.

18 Brewer-Carías, Allan R., *Ob. cit.*, p. 161.

19 Brewer-Carías, Allan R., *Ob. cit.*, p. 162.

20 Brewer-Carías, Allan R., *Ob. cit.*, p. 165.

21 Brewer-Carías, Allan R., *Ob. cit.*, pp. 178-179.

> "… la jurisprudencia administrativa requiere el interés público o lo que nosotros hemos llamado finalidad de servicio público para que exista contrato administrativo".

Otro elemento que considera esencial al contrato, es la subordinación del contratista, quien por propia voluntad al contratar se sitúa en una situación jurídica de subordinación frente a la Administración, pero advierte que no es arbitraria, sino que deriva de la desigualdad de fines de los contratantes. El particular persigue un interés económico y la Administración vela por el interés público y persigue la satisfacción de una finalidad de servicio público[22].

Finalmente, el elemento normativo del contrato que implica que el contrato administrativo requiere un régimen jurídico propio, exorbitante o derogatorio de forma expresa o tácita del derecho común y ese es el régimen del Derecho Público. Ello sin embargo no implica, la inaplicación absoluta de las normas establecidas en el Derecho Civil[23].

Estas ideas iniciales de Brewer-Carías serán objeto de nuevas reflexiones a lo largo de más de medio siglo de actividad académica ininterrumpida, que lo han llevado a la revisión de sus posturas iniciales, pero ello no le ha impedido reconocer que[24]:

> "La noción de contrato administrativo, en ausencia de una ley general que lo regule en Venezuela, sin duda, es una construcción doctrinal en cuya elaboración hemos contribuido en una forma u otra todos los que nos hemos ocupado de esta disciplina, al comentar la rica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, basada fundamentalmente en razones prácticas de orden adjetivo".

Por su parte, considera Farías Mata que el contrato administrativo existe y tiene una identidad propia, que lo define y distingue de otras categorías contractuales. En este sentido señala[25]:

> "… el contrato administrativo, de inspiración jusprivatista, justifica su nacimiento, su razón de ser y su autonomía por los rasgos que lo perfilan, es decir, por el atentado que la técnica contractual supone contra esos dos principios básicos del contrato en el derecho privado -libertad de contratación e igualdad de partes- y por las consecuencias que de allí se derivan en relación con los efectos que produce el contrato administrativo, todo ello dentro del marco general de las normas contractuales de derecho privado, respetadas y subsidiariamente aplicadas hasta el punto en que el interés público lo permita".

Más recientemente Araujo-Juárez ha escrito sobre el contrato administrativo, luego de la vigencia de una ley que regula parcialmente la actividad administrativa contractual, aunque este texto legal no se refiere en ninguna parte de su articulado, con esa denominación a este contrato que se está analizando.

En tal sentido señala Araujo-Juárez que el contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa, que constituye una técnica de colaboración voluntaria de los particulares con la Administración en materia de obras, bienes y servicios[26].

---

22 Brewer-Carías, Allan R., *Ob. cit.*, p. 182.

23 Brewer-Carías, Allan R., *Ob. cit.*, p. 183.

24 Brewer-Carías, Allan R., Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela, *Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado*, Tomo II, FUNEDA, Caracas, 2006, p. 464.

25 Farías Mata, Luis H., "La evolución del concepto de contrato administrativo", *Libro Homenaje al profesor Antonio Moles Caubet,* Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 41-69.

No deja de reconocer la inexistencia de encaje constitucional de la institución del contrato administrativo, así como su tardía y transitoria consagración legal, a falta de una codificación integral de los contratos del Estado, situación que sin embargo no impidió el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que contribuyó a su reconocimiento.

Luego de advertir e identificar las tesis contrapuestas, de quienes en la actualidad dentro de la doctrina científica aceptan o rechazan la existencia del contrato administrativo, ratifica que este sigue existiendo porque es una creación jurisprudencial, que más allá del derogado fuero jurisdiccional, posee sustantividad jurídica material propia[27]. En razón de ello concluye que "el contrato administrativo se mantiene como un núcleo duro de los principios de la contratación pública en el interés común de la Administración y de sus contratistas"[28].

Señala que el contrato administrativo puede tener reconocimiento por determinación legal –lo que ocurre excepcionalmente– y por declaración jurisprudencial, para lo cual este se auxilia de dos criterios: uno orgánico que es obligatorio: la presencia de una persona jurídica pública[29]; y otro material que es alternativo: como lo constituyen el elemento objetivo: que tiene una finalidad de prestación de un servicio público, en sentido amplio; o las cláusulas: que tienen carácter exorbitante, porque se considera que no son susceptibles de ser encontradas en un contrato de derecho privado[30]; y el elemento normativo: que consiste en el régimen jurídico preponderante de Derecho Público[31].

En sentido similar Iribarren Monteverde considera que la figura del contrato administrativo existe gracias a la construcción pretoriana de la jurisprudencia[32], iniciada a partir de 1944 y éste se encuentra sometido a un régimen exclusivo de Derecho Público, conforme lo reconocen el Máximo Tribunal en los fallos antes citados en este trabajo, la doctrina institucional de la Procuraduría General de la República[33] y un destacado sector de la doctrina científica.

B. *Las tesis iusprivatistas sobre el contrato administrativo*

Otro sector de la doctrina, ha considerado que la noción de contrato administrativo en el contexto venezolano es inútil, pues no conduce a nada y que carece de efecto práctico, constituyendo un mero ejercicio especulativo de una idea extranjera y que se trata de un pseudo-concepto[34].

---

26 Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo General. Acto y Contrato Administrativo*, Tomo III, Ediciones Paredes, Caracas, 2011, p. 257.

27 Araujo-Juárez, José, *Ob. cit.*, pp. 258-259.

28 Araujo-Juárez, José, *Ob. cit.*, p. 259.

29 Araujo-Juárez, José, *Ob. cit.*, p. 260.

30 Araujo-Juárez, José, *Ob. cit.*, pp. 263-264.

31 Araujo-Juárez, José, *Ob. cit.*, p. 273.

32 Iribarren Monteverde, Henrique, "La teoría del contrato administrativo" en la obra de Eloy Lares Martínez, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Nº 152, Caracas, 2013, pp. 121-132.

33 La Procuraduría General de la República, desde la década de los sesenta del siglo XX ha admitido la existencia de los contratos administrativos y ello se recoge una vez más en el Dictamen DACA-23-05-85, *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* Nº 1*,* Caracas, 1986, pp. 173-180.

34 Pérez Luciani, Gonzalo, Los contratos administrativos en Venezuela, *Derecho Público en Venezuela y Colombia, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración,* Instituto de De-

Considera igualmente que las actividades contractuales de modificación unilateral o terminación anticipada, también resultan posibles en los contratos civiles de obras, en aplicación del Código Civil, por lo que concluye que las denominadas "facultades extraordinarias" que se le atribuyen a la Administración Pública en la ejecución del "contrato administrativo" no son tales, ya que también se consiguen en materia de Derecho Privado[35]. De allí que reitere la inutilidad y peligrosidad de la noción de contrato administrativo, dado que según se confirma de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el particular siempre lleva todas las de perder ante el Estado, cuando celebra esta clase de contrato[36].

Otro de los autores que cuestiona el contrato administrativo se une al anterior, para conformar un dúo contra esta figura. Así afirma que la tesis de que el Estado es un sujeto de derechos y obligaciones, genera la indeseable consecuencia de que el contrato haya sido puesto a disposición de los entes que personifican el autoritarismo y cuyas relaciones con los particulares se realizan mediante actos unilaterales, que no consultan la voluntad de sus destinatarios, sino que parten de la idea de la sumisión de éstos, dando origen así al surgimiento del contrato administrativo[37].

Considera que la doctrina científica y la jurisprudencia ha sumado sus fuerzas para extender el promiscuo concepto de contrato administrativo, en perjuicio de los principios generales, que caracterizan el derecho privado de los contratos[38].

Sostiene que la función administrativa otorgada al contrato administrativo, reflejo de la irrenunciable posición de soberanía del Estado, lleva a reconocer la potestad de extinguir anticipadamente el contrato, de modificar las cláusulas del mismo, de interpretarlo o de efectuar el control y dirección de la gestión encomendada, que se ejerce mediante actos administrativos[39].

Cuando el contratante estatal acude a la técnica contractual pretende la libre adhesión de la voluntad de los particulares, enmascarando así momentáneamente la técnica autoritaria que caracteriza las actuaciones de Derecho Público, lo que ha conducido a reconocerle la posibilidad de obtener una indemnización por los daños experimentados[40].

Por todo lo anterior, concluye que el contrato administrativo no tiene ninguna identificación con lo que representa un contrato para un civilista y considera que existen una serie de circunstancias que han atentado contra el núcleo de lo que debe considerarse en propiedad como contrato[41].

---

recho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, p. 253.

35 Pérez Luciani, Gonzalo, *Ob. cit.*, p. 263.

36 Pérez Luciani, Gonzalo, *Ob. cit.*, p. 264.

37 Melich Orsini, José, El contrato administrativo en el marco general de la doctrina del contrato, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* Nº 116, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, p. 66.

38 Melich Orsini, José, *Ob. cit.*, pp. 70-71.

39 Melich Orsini, José, *Ob. cit.*, pp. 74-75.

40 Melich Orsini, José, *Ob. cit.*, p. 75.

41 Melich Orsini, José, *Ob. cit.*, p. 76.

C. *Las tesis revisionistas sobre el contrato administrativo*

Posteriormente, Lares Martínez revisa su posición inicial y admite que el contrato administrativo no se rige exclusivamente por el Derecho Administrativo o por el Derecho Civil o Mercantil, sino que es admisible la aplicación de principios de Derecho Público y de Derecho Privado en mayor o menor grado[42].

A comienzos de la década del ochenta del siglo XX, Brewer-Carías propone reflexiones en la que comienza a replantear algunas de las ideas formuladas en su tesis doctoral y diez años más tarde escribirá la obra monográficamente más completa realizada hasta ese momento sobre los contratos administrativos[43], fijando una posición que ha mantenido hasta el presente en su esencia y respecto a la que se hará referencia seguidamente.

Parte de la premisa que la distinción entre contrato administrativo y contrato de derecho privado de la Administración actualmente es inadmisible. La razón para ello es que "el concepto de los contratos administrativos, como categoría jurídica contrapuesta a los contratos de derecho privado de la Administración, ha sido tributario, solamente de las concepciones teóricas y de los criterios de la doctrina y jurisprudencias francesas, pero no de las justificaciones prácticas y pragmáticas de aquella distinción"[44].

Afirma que luego de lograda la madurez doctrinal existe una tendencia a abandonar las teorías y concepciones fundamentadas en una situación de origen adjetiva y sin duda circunstancial, para estructurar una concepción propia. No propone innovar, sino darle contenido sustantivo al Derecho Administrativo nacional, conforme a las realidades propias y es en tal contexto que propone abandonar la dicotomía inicialmente desarrollada bajo la influencia francesa del Derecho de los contratos[45].

En razón de ello expresa que lo relevante no son los tipos de contratos en atención a la contraposición de regímenes jurídicos que le resulten aplicables, de derecho público o de derecho privado; lo que tiene real importancia es la preponderancia de uno u otro régimen jurídico y su regular utilización[46], en los diferentes tipos de contratos que realiza la Administración Pública[47].

Sin duda, inspirados en estas ideas, un sector de la doctrina científica iniciará un movimiento de reflexión sobre la conveniencia de conservar esta categoría en la legislación[48] o de

---

42 Lares Martínez, Eloy, "Contratos de Interés Nacional", *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, p. 138.

43 Brewer-Carías, Allan R., "La evolución del concepto de contrato administrativo", *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 41-69; *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

44 Brewer-Carías, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2014, p. 625.

45 Brewer-Carías, Allan R., *Ob. cit.*, p. 625.

46 Brewer-Carías, Allan R., *Ob. cit.*, p. 626.

47 Brewer-Carías, Allan R., *Ob. cit.*, p. 627.

48 Caballero Ortiz, Jesús, Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación, *Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 1765-1778; Hernández G., José I., Contra-

justificar el mantenimiento[49] de la figura del contrato administrativo e incluso se propone "una pronta revisión de la noción del contrato administrativo con la finalidad de poder contar con un criterio exento de tantas imprecisiones. La jurisprudencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa deben renunciar a la inercia de los planteamientos, para abordar decididamente todas estas cuestiones, y, por supuesto, debemos impulsar un cambio legislativo en la materia en el cual se aborde éste y otros tantos temas que actualmente preocupan a los jueces y operadores del sistema de justicia contencioso administrativa"[50].

En tal sentido, se observa que dentro de la doctrina científica se concluye planteando reconsiderar la necesidad de mantener el contrato administrativo "más que todo en su concepción inicial, mediante la cual se sostiene la existencia de un poder de la administración para alterar unilateralmente las condiciones contractuales a las cuales se encuentra sometida, incluso en aquellos casos en que carezca de cobertura legal para ello, sobre la base de una imprecisa y subjetiva noción del fin de interés general o público"[51].

4. *Corolario de la evolución del concepto*

De lo hasta aquí expuesto se aprecia, que la navegación que inició la jurisprudencia en la ruta de la construcción de la noción de contrato administrativo ha enfrentado varias tormentas, como la ausencia de regulación legal expresa, la configuración de la noción de servicio público en sentido amplio, el reconocimiento de las cláusulas exorbitantes expresas o implícitas –especialmente estas últimas sin ningún fundamento legal–, la radical separación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil de los contratos, la determinación de la naturaleza del contrato a los fines de definir la competencia jurisdiccional para dirimir el conflicto surgido de su ejecución, a lo que se suma la discusión doctrinal de los últimos 35 años, sobre la vigencia del concepto de contrato administrativo o la necesidad de construir uno nuevo, que incluso implique cambiar su denominación.

La evolución jurisprudencial y el inacabado debate de la doctrina científica, ha llegado a proponer una regulación integral de la contratación pública[52]. Esa evolución y ese debate

---

tos de la Administración y Contencioso Administrativo, *Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado,* Tomo I, FUNEDA, Caracas, 2005. pp. 463-512.

49 Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, "Las actuaciones bilaterales: los contratos públicos y los convenios en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", (Coord. Víctor R. Hernández-Mendible), *La actividad e inactividad y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, p. 235.

50 Subero Mujica, Mauricio, "La noción de contrato administrativo y la jurisprudencia en Venezuela", *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en Homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo 3, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 2058.

51 Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, *Ob. cit.*, p. 255.

52 Araujo-Juárez señala que "El fenómeno de la utilización instrumental de la figura del contrato por la Administración Pública, responde a una necesidad práctica evidente. Su complejidad creciente y el acelerado proceso de tecnificación que exigen una atención cada vez mayor sobre los problemas de este tipo, confirman la necesidad de una legislación o codificación sobre la contratación administrativa, formada por una parte procedimental y otra parte sustantiva, que vendría a constituir una base legal con una finalidad de propósito: conseguir la elaboración de los contratos de la Administración Pública, con todas las garantías para el co-contratante y de indispensable seguridad para la Administración Pública. … (*omissis*)… Indudablemente que esta normativa debe integrarse a una ley general sobre contratación administrativa, aspiración que es compartida en nuestro país, si bien ya ha sido codificado el régimen de selección de los co-contratantes, y cuyo análisis ya ha

junto a los Principios generales del Derecho –en especial, los institucionales–, cuya aplicación a los contratos ha sido reconocida por los operadores jurídicos, ha contribuido de manera decidida a la construcción del régimen jurídico positivo de la contratación pública, que se recoge en la reciente legislación que la regula parcialmente –cabe aclarar que sin emplear la expresión contrato administrativo– y sobre la que se formularán algunas reflexiones puntuales más adelante.

III. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

Uno de los temas que se podría considerar más polémico en el debate nacional, sobre la presencia de la figura del contrato administrativo en su concepción tradicional, es que este niega la autonomía de la voluntad, la igualdad de las partes, la libertad de negociación y de pactos.

Hay que tener presente que la Administración Pública debe actuar con sujeción a la Ley y el Derecho[53]; mientras que los particulares se desenvuelven amparados por el principio general de libertad[54].

Es así como mientras aquella se mueve en el ámbito de la legalidad, en el sentido de vinculación positiva, es decir, con estricto apego a aquello que le habilita el ordenamiento jurídico[55]; éstos actúan en el ámbito de la libertad, ejerciendo la autonomía de la voluntad, que tiene como límites la ley y el orden público, pudiendo convenir todo aquello que no se encuentra expresamente prohibido en la norma legal, que no contravenga el orden público o las buenas costumbres[56].

Dicho esto, con independencia de la calificación que se le dé a los contratos que pretenden celebrar los órganos que ejercen el Poder Público, cuando actúan en función administrativa, estas autoridades cuentan con un halo de discrecionalidad para elegir la oportunidad y condiciones de la contratación, dentro de los espacios que la Ley otorga, en virtud del objeto del contrato; pero tal discrecionalidad nunca les habilita para omitir el respectivo procedimiento administrativo de selección (ausencia absoluta del procedimiento administrativo legalmente establecido), para cambiarlo por otro (desviación de procedimiento administrativo) o para utilizar un tipo de contrato distinto del destinado por la ley, a procurar un concreto objetivo de interés general.

Por otro lado, la libertad de los particulares no se ve afectada por la contratación pública, en la medida que nadie está obligado, ni puede ser constreñido a contratar con la Administración Pública, pues de ello producirse habría un vicio en el consentimiento que generaría la invalidez de cualquier contrato[57], sea público o privado.

Se podría argumentar, que cuando la Administración Pública efectúa una invitación a participar en una oferta pública de contratación, el particular puede elegir entre presentarse o no al procedimiento de selección de contratistas, pero de optar por lo primero, sabe que conforme al respectivo ordenamiento jurídico tendrá un margen de negociación, que podría ser más o menos estrecho.

---

sido abordado por la doctrina nacional". Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo. Parte General,* Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 620.

53 Artículo 141 de la Constitución.

54 Artículo 20 de la Constitución.

55 Artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

56 Artículo 6 del Código Civil.

57 Artículo 1142.2 del Código Civil.

Quienes en la doctrina nacional defienden la tesis que el contrato administrativo es injusto, inequitativo o arbitrario, porque afecta la igualdad de las partes contratantes, desconoce la autonomía de la voluntad y lesiona la libertad de contratación, típica de los contratos civiles o mercantiles, parecen ignorar que justamente en los contratos de adhesión civiles o mercantiles[58], como son los contratos bancarios (hipotecas, tarjetas de crédito o débito, etc.) o de seguros (pólizas o fianzas, etc.), las partes tampoco se encuentran en una posición de igualdad absoluta[59] y menos aún opera la autonomía de la voluntad como ellos la proclaman o entienden, pues una de las partes contratantes cuenta con la capacidad de negociación de las cláusulas contractuales muy reducida, cuando no absolutamente nula.

Incluso cabe señalar que la crítica al reconocimiento de los privilegios procesales, que se han otorgado dentro de cualquier orden jurisdiccional a la Administración Pública -que no derivan del contrato administrativo- sino de la ley, aunque sin duda en contravención a la Constitución, también es válida en el ámbito del derecho privado, pues no existe ninguna justificación constitucional ante el derecho a la tutela judicial efectiva, para que el regulador de la actividad aseguradora –salvo que haya sido demandado, pues del resto es un tercero ajeno al proceso– sea quien "*determine los bienes sobre los cuales será practicada*" la ejecución de las medidas preventivas o ejecutivas, acordadas en contra de los operadores del sector de seguros[60].

Los argumentos que se utilizan para pretender descalificar el contrato administrativo, por reducir o abolir la libertad de contratación entre las partes celebrantes son exactamente los mismos que sirven para atacar las virtudes de los contratos civiles o mercantiles, en los que no hay libertad de contratación o de negociación y la autonomía de la voluntad se ve reducida al papel de aceptar las cláusulas que impone una de las partes o simplemente a no contratar[61]. Como ejemplo de ello, se tiene el contrato de transporte de pasajeros o de carga con un operador aéreo, ferroviario o terrestre, en los cuales el precio, las condiciones de

---

58 Martín-Retortillo, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones,* Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960, pp. 173-175.

59 Meilán Gil, José Luis, *Derecho Administrativo Revisado*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, p. 163. Propone un enfoque distinto a Martín-Retortillo.

60 Artículo 62 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora, Gaceta Oficial Nº 6.220, de 15 de marzo de 2016.

61 Mélich Orsini, José, sostiene que en los contratos paritarios impera la igualdad y el regateo en la negociación, mientras que los contratos de adhesión se excluye la posibilidad de discusión y regateo, no existe la previa negociación de las partes. *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 5ª ed., Caracas, 2012, pp. 51-53; en este mismo orden de ideas, Madrid Martínez, Claudia y Annicchiarico Villagrán, José F., "El Derecho de los Contratos en Venezuela: hacia los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos", *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012, pp. 29-32. Por su parte, Pinto Oliveros, Sheraldine, "El contrato hoy en día: entre complejidad de la operación y justicia contractual", (Coords. José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy), *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 254-255; más recientemente Domínguez Guillén, María C., reconoce que los contratos se pueden clasificar –entre otros criterios– según la igualdad o desigualdad de las partes, lo que permite diferenciar los "paritarios" respecto a los "de adhesión". Justamente en estos últimos, las partes se encuentran en una posición y grado de poder contractual distinto, pues las cláusulas han sido preestablecidas por una de las partes; y la otra parte, únicamente puede pura y simplemente aceptar o no contrata. "Curso de Derecho Civil Obligaciones", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2017, pp. 483-486.

tiempo, lugar y modo las impone el prestador, debiendo la otra parte contratante aceptarlo o rechazarlo. ¿Quién puede sostener que puede negociar con el transportista, la hora de salida, el lugar de recogida, el precio que estaría dispuesto a pagar, la cantidad de equipaje que quiere llevar, sus dimensiones o peso, etc.? ¿Dónde queda la autonomía de la voluntad y la libertad de negociación en estos contratos?

Por otro lado, atribuirle al contrato administrativo la condición de ser un instrumento del autoritarismo y la arbitrariedad, en lugar de responsabilizar a los órganos que ejercen el Poder Público, que realmente son los sujetos a quienes se le pueden imputar tales transgresiones al ordenamiento jurídico, releva una absoluta candidez en la crítica, porque nada indica que si las autoridades públicas se comportan de forma autoritaria y arbitraria cuando suscriben un contrato administrativo, de este no existir, van a desplegar una conducta distinta en caso de suscribir un contrato civil o mercantil.

Si realmente se reconoce y aplica la regla conforme a la cual los órganos que ejercen el Poder Público deben hacerlo conforme a la Ley y al Derecho, da absolutamente igual que sea el calificado de Derecho Público o Derecho Privado. Por tanto, no hay porque presumir que la autoridad pública que celebra un contrato administrativo lo hace para comportarse como una fiera; pero si suscribe un contrato civil o mercantil se comportará como un cordero. Tampoco existe ningún hecho objetivo que haga sospechar que la autoridad pública que firma un contrato administrativo acude a él, porque no pretende respetar los principios de interdicción de la arbitrariedad y de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas; pero que al hacer lo propio con un contrato civil o mercantil, si va a respetar los principios *pacta sunt servanda*, buena fe contractual o *exceptio non adimplenti contractus*.

Como se puede apreciar, frente al incumplimiento de los principios y reglas del Estado de Derecho sucumben el contrato administrativo y el contrato civil o mercantil; ante el irrespeto al principio de separación de los órganos que ejercen el Poder Público resulta irrelevante que la autoridad pública sea demandada ante los órganos jurisdiccionales administrativos o civiles, si en ningún caso tienen la intención de asumir su responsabilidad, respetar el principio de lealtad institucional y acatar los fallos en respeto al derecho a la tutela judicial efectiva.

Lo anterior lleva a considerar que quienes atacan la existencia del contrato administrativo e incluso llegan al extremo de proponer su sustitución con los contratos civiles o mercantiles, deben construir argumentos más sólidos que sostener que aquel constituye una negación a la igualdad de las partes, a la libertad de negociación o a la autonomía de la voluntad, teniendo en consideración que todos ellos se encuentran en crisis en la institución civil[62].

En todo caso, quienes consideran injustas o inequitativas las reglas de la contratación administrativa, son absolutamente libres en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, de no atender las ofertas de la Administración Pública para contratar con ella –tal como también acontecería frente a los citados contratos civiles o mercantiles de adhesión–, evitando así vivir la experiencia de una vinculación con un contratante con quien no se sienten cómodos, al no darles el trato de pares contractuales que aspiran.

Lo que en ningún caso pueden aspirar los adversarios del contrato administrativo es que la Administración Pública desatienda su obligación constitucional de cumplir y hacer cumplir

---

62 Domínguez Guillén, María C., *Ob. cit.*, pp. 26-29, sostiene que, entre las tendencias modernas del Derecho de Obligaciones, la crisis del principio de la autonomía de la voluntad ha llevado a referirse a la "crisis" del contrato o la "decadencia de la noción de contrato", pues tal noción descansa en la equivalencia de las partes y de las prestaciones, cuyo equilibrio en la actualidad aparece roto.

la ley, en especial aquella que le atribuye potestades públicas[63], pretendiendo que si ésta omite su deber constitucional, se pueda ver satisfecha la aspiración de lograr una negociación en condiciones de igualdad, pues tal renuncia[64], relajación[65] o derogación[66] no es admisible en el ordenamiento jurídico nacional.

Por el contrario, es el deber constitucional de la Administración Pública de actuar con sujeción plena al ordenamiento jurídico, lo que lleva a estudiar las potestades administrativas contractuales, actualmente aplicables en el contrato administrativo.

IV. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La contratación administrativa constituye una de las manifestaciones de la actuación de la Administración Pública, que tiene por finalidad la satisfacción del interés general del que ella es vicaria e incluso puede constituir una modalidad de administración y ejecución del presupuesto público, por lo que se requiere que dicha actuación sea ética, transparente, responsable, con rendición de cuentas y con sujeción a lo que disponga la Ley y preceptúe el Derecho.

Es de aceptación común, que en el contrato administrativo no existe una relación de igualdad entre las partes[67], por lo que aquello que fue calificado como cláusulas exorbitantes[68] que se encontraban de manera expresa o implícita[69], no eran otra cosa que el reconocimiento de potestades contractuales a la Administración Pública[70], no susceptible de encontrarse –o más correctamente aplicarse– en un contrato privado y que ellas se justificaban únicamente por la condición de vicaria del interés general atribuida a ésta[71].

No obstante, el punto que generaba mayor discusión consistía en reconocer estas potestades cuando no derivaban expresamente del contrato, pero que se consideraban como implícitas en el mismo en virtud de su naturaleza jurídica, aunque en contravención manifiesta del Principio de Legalidad, entendido en su sentido de vinculación positiva, que impide la exis-

---

63 Artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

64 Artículo 5 del Código Civil.

65 Artículo 6 del Código Civil.

66 Artículo 7 del Código Civil.

67 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia de 8 de diciembre de 2000.

68 La Procuraduría General de la República en su doctrina había establecido a comienzos de la década de los sesenta que "…se entienden las cláusulas exorbitantes como aquellas que salen de la órbita del Derecho Común y colocan a la Administración, no sólo en una situación de privilegio –que es lo usual– sino que, en virtud de las mismas, puede, incluso, la Administración sacrificarse en aras de un interés público y pactar condiciones tan desventajosas que serían inconcebibles en un particular que contrate". *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, Caracas, 1963, p. 137.

69 Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencias de 22 de noviembre de 1990; de 9 de noviembre de 1983; de 27 de julio de 1995; y del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 5 de agosto de 2004.

70 Subero Mujica, Mauricio, "La noción de contrato administrativo y la jurisprudencia en Venezuela", (Coord. V. R. Hernández-Mendible), *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello,* Tomo 3, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 2055-2056.

71 Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 1º de abril de 1986.

tencia y el ejercicio de una competencia que no derive de una norma jurídica de las que integran el bloque de la legalidad[72], lo que resultaba imposible al no existir una ley que regulase la contratación pública.

Si bien la jurisprudencia y doctrina científica no tuvieron mayor reparo en aceptar inicialmente la existencia de las cláusulas exorbitantes[73], incluidas las implícitas, luego se reconoció que las potestades atribuidas por ley a la Administración Pública, incluso cuando no estuviesen expresamente incorporados en el texto del contrato, debían considerarse insertas en el mismo y resultan perfectamente ejecutables siempre que tuviesen su basamento en una norma legal[74].

Es así como en el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones en 1999 y luego con la expedición del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas en 2008, se establecieron algunas de las potestades que conforme al principio de legalidad puede ejercer la Administración Pública en sus relaciones contractuales.

Son estas potestades administrativas expresamente establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas de 2014, uno de los mayores avances en la contratación con el Estado –ya se habían contemplado algunas de ellas en el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones–, al lograr la efectiva sujeción de la Administración Pública durante la ejecución del contrato administrativo, a la Ley y al Derecho. Seguidamente se mencionarán las potestades establecidas en el ordenamiento jurídico, en función de los tipos de contratos.

1. *La potestad de dirección y control*

La potestad de dirección y control durante la ejecución del contrato tiene como finalidad garantizar el efectivo y fiel cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, para lo cual la Administración Pública contratante puede ejercer la supervisión, inspección y vigilancia de lo que se está realizando.

Esta potestad se manifiesta de manera fundamental a través de órdenes e instrucciones que la Administración Pública contratante dirige al contratista, relacionadas con la ejecución del contrato.

Durante toda la ejecución del contrato, la Administración Pública contratante dispone de la potestad de inspección, vigilancia y control que sean necesarias, para asegurar el cumplimiento del contrato y en especial, para verificar el adecuado desempeño del contratista, así como comprobar la sujeción de la ejecución a las obligaciones pactadas en el contrato[75].

---

72 Linares, Aurilivi, "Los principios que rigen los procedimientos administrativos de selección de contratistas", *Ley de Contrataciones Públicas*, 4ª ed., actualizada y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 131-133.

73 Sobre la evolución de la denominada cláusula exorbitante en nuestro derecho se recomienda, Araujo-Juárez, José, *La Teoría de la Cláusula Exorbitante*, CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

74 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 21 de abril de 2004. En la doctrina científica, Hernández, José I., "El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana", *Ley de Contrataciones Públicas*, 4ª ed., actualizada y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 182-184.

75 Artículo 37 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones.

Es en tales términos que se ha reconocido a la Administración Pública contratante la potestad de ejercer el control y la fiscalización de los contratos que suscriba en ocasión de las adjudicaciones establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas, debiendo designar para ello, los supervisores o ingenieros inspectores, de acuerdo a la naturaleza del contrato[76].

2. *La potestad de interpretación unilateral*

La potestad de interpretación le ha sido atribuida a la Administración Pública contratante para ejercerla durante la ejecución del contrato, en aquellos supuestos en que se planteen discrepancias entre las partes acerca de la interpretación o el alcance de algunas de las cláusulas contractuales, que puedan afectar o incidir en la ejecución del contrato.

En caso de plantearse una diferencia debe buscarse un arreglo amigable entre las partes y de no producirse un acuerdo entre éstas, la Administración Pública contratante tiene la posibilidad de interpretar las estipulaciones contractuales objeto de la discrepancia, mediante un acto administrativo que deberá ser debidamente motivado[77].

Los supuestos de procedencia de la potestad de interpretación son los siguientes:

a) Que exista una norma atributiva de tal competencia de interpretación a la Administración Pública contratante, en la Ley que regula el contrato.

b) Que se produzca una discrepancia respecto a la interpretación de unas cláusulas de contrato entre las partes contratantes.

c) Que existiendo las distintas interpretaciones, no se haya producido un acuerdo amigable entre las partes.

d) Que con la finalidad de lograr la ejecución sin interrupciones, demoras o de manera distinta a la que justificó la contratación, la autoridad administrativa dicte un acto administrativo debidamente motivado[78].

e) Que la interpretación se circunscriba a las cláusulas que generaron las diferencias entre las partes.

La razón que justifica la atribución de esta potestad es la necesidad de no suspensión o interrupción de la ejecución del contrato, mientras se resuelve la diferencia, en virtud del interés general presente en la contratación[79].

3. *La potestad de modificación*

La potestad de modificación es aquella otorgada a la Administración Pública contratante para alterar o variar el contrato, aumentando o disminuyendo el objeto de la ejecución, cam-

---

76 Artículo 136 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

77 Artículo 38 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones.

78 Corte Federal y de Casación, sentencia de 18 de enero de 1937, ha sostenido que la interpretación de un contrato debe regirse por el sentido de sus cláusulas, según la legislación vigente al momento de ejecutarse.

79 Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo General. Actos y Contratos Administrativos*, Ediciones Paredes, Caracas, 2011, p. 275.

biando los planos, los bienes a adquirir, suspendiendo o reprogramando la ejecución de los servicios, dentro de ciertos límites establecidos en la norma[80].

Esta potestad goza de reconocimiento expreso en los dos textos que regulan los contratos administrativos a los que se ha hecho referencia en el presente trabajo. Es así como respecto a los contratos de concesión, una vez perfeccionado el contrato, la Administración Pública contratante podrá modificar por razones de interés general y mediante acto administrativo debidamente motivado, las características del contrato de concesión de obras, bienes y servicios. En tales circunstancias, la Administración Pública contratante deberá compensar al contratista en caso de daños y perjuicios, mediante el otorgamiento de indemnizaciones[81], en virtud del principio de responsabilidad administrativa, pilar fundamental del Estado de Derecho[82].

En lo concerniente a la modificación de los contratos regulados por la Ley de Contrataciones Públicas, la Administración Pública contratante se encuentra facultada para introducir las modificaciones al contrato que estime necesarias, lo que podrá hacer antes o después de iniciada la ejecución del contrato, debiendo notificar tales modificaciones al contratista[83].

Las razones que pueden constituirse en causa justificante de la modificación del contrato, son las siguientes[84]:

a) El incremento o reducción en la cantidad de las obras, bienes o servicios originalmente contratados[85].

b) Que surjan nuevas partidas o renglones, diferentes a los contemplados en el contrato.

c) Se modifique la fecha de entrega de los bienes, obras o servicios.

d) Las variaciones en los montos previamente establecidos en el presupuesto original del contrato.

e) Las establecidas en el artículo 140 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

Los principios que rigen el ejercicio de la potestad de modificación son:

---

80 Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 27 de enero de 1993, expresó que "La potestad de modificación unilateral, con el debido respeto al principio de la llamada ecuación o equilibrio económico, fue también colocada dentro de la posibilidad de la Administración de ejercer su supremacía en el negocio jurídico, por cuanto a través de ella la Administración puede cambiar, de acuerdo con sus propios intereses, alguno o algunos de los elementos del contrato, no solamente en sentido cuantitativo, sino también en ciertos casos, en sentido cualitativo".

81 Artículo 39 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones.

82 Artículo 140 de la Constitución.

83 Artículo 130 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

84 Artículo 131 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

85 Corte Federal y de Casación, sentencia de 5 de diciembre de 1944, sostuvo que "En el contrato… la parte representada por la autoridad administrativa no está obligada inflexiblemente por la regla de derecho privado de la intangibilidad de los contratos; sin necesidad de acuerdo previo con la otra parte, tiene derecho de introducir modificaciones en el plan de la obra, en sus planos, en los medios de ejecución y en esta misma, aumentándola o disminuyéndola".

a) En ningún caso puede alterarse la naturaleza del contrato, es decir, no puede utilizarse para novar el contrato.

b) Todas las modificaciones deben estar dirigidas a la satisfacción del interés general del que es vicaria la Administración Pública[86].

c) Cualquier modificación debe realizarse mediante la producción de un acto administrativo, dictado con sujeción a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

4. *La potestad de suspensión*

La potestad de suspensión consiste en la posibilidad que tiene la Administración Pública contratante de ordenar la paralización de la ejecución del contrato, como consecuencia del ejercicio de la potestad de modificación o como medida preventiva antes de ejercer la potestad de resolución del contrato.

Ello lleva a considerar, que cuando ésta se ejerce temporalmente es una potestad instrumental para garantizar la mejor satisfacción del interés general involucrado en el contrato; en tanto que cuando se ejerce de manera definitiva, lleva a la extinción del contrato conforme al ordenamiento jurídico.

La Ley reconoce que la Administración Pública contratante tiene competencia para ordenar la suspensión temporal de trabajos de ejecución de obras por causas no imputables al contratista o por modificación de tales trabajos[87] y esta competencia se ejerce a través del ingeniero inspector que tendrá la facultad de "suspender la ejecución de partes de la obra, cuando éstas no se estén ejecutando conforme a los documentos y normas técnicas, planos y especificaciones de la misma"[88].

El ejercicio de la potestad de suspensión da lugar a indemnización, en la medida que la misma afecte el equilibrio económico financiero del contrato o genere daños y perjuicios al contratista.

5. *La potestad sancionatoria*

La potestad sancionatoria complementa la potestad de supervisión, inspección y control, garantiza que ésta pueda realizarse de manera eficiente, pues en caso que la Administración Pública contratante indique una determinada actuación prevista en el contrato, mediante órdenes o instrucciones y no logre que se realice, carecería de objeto la atribución de aquella potestad.

Esta potestad sancionatoria habilita a la Administración Pública contratante para que durante la ejecución del contrato, disponga lo necesario para su efectivo cumplimiento, pudiendo imponer al contratista apercibimiento y sanciones establecidas en la Ley, contempladas en el pliego de condiciones o en el texto del contrato para los casos de incumplimiento de éste o

---

86 Corte Federal y de Casación, sentencia de 5 de diciembre de 1944, estableció que "…sería perjudicial a los intereses colectivos, pues fácilmente se comprenden los perjuicios que habría si la Administración necesitare de acuerdos previos con el contratista para introducir modificaciones en contratos que por su naturaleza y finalidad deben estar en todo momento sometidos a rectificaciones y mejoras que el mismo interés público aconseja…".

87 Artículo 135 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

88 Artículo 138.5 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

de las resoluciones expedidas en ejercicio de la potestad de dirección y control, siempre que se tramite previamente el procedimiento administrativo legalmente establecido[89].

Los principios que configuran el ejercicio de la potestad sancionatoria son los siguientes: legalidad[90], tipicidad[91], presunción de inocencia[92], garantía del debido procedimiento[93], garantía del derecho a la defensa[94], garantía de la asistencia jurídica[95], derecho a presentar pruebas[96], derecho a no autoinculparse[97], principio no dos veces lo mismo[98], principio de irretroactividad[99], derecho al recurso[100], derecho a la información oportuna y veraz[101], derecho a la notificación de las resoluciones[102], proporcionalidad, adecuación y racionalidad[103] y prescripción[104].

6. *La potestad de rescisión unilateral*

La potestad de rescisión unilateral implica que la Administración Pública contratante deje sin efecto un contrato o una obligación jurídica, deshaciendo un vínculo contractual válido.

Esta potestad puede ser ejercida tanto en caso que haya mediado culpa del contratista[105] como sin que éste haya dado causa para ello[106]. Al respecto la jurisprudencia ha señalado que "… aunque no conste este derecho en cláusula expresa del contrato, a saber, [se reconoce] el derecho que tiene toda autoridad administrativa que ha contratado una obra pública, destinada a un servicio público, de desistir de ella en cualquier tiempo, aunque haya sido empezada. Si lo hace sin culpa del contratista deberá indemnizarle los perjuicios; pero si lo hace por incumplimiento de éste, el contratista lejos de ser acreedor por perjuicio deberá ser demandado para que los indemnice"[107].

---

89 Artículo 43 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones. En la jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencias de 7 de marzo de 1995 y de 11 de julio de 1996.

90 Artículo 49.6 de la Constitución.

91 Artículo 49.6 de la Constitución.

92 Artículo 49.2 de la Constitución.

93 Artículo 49 de la Constitución.

94 Artículo 49.1 de la Constitución.

95 Artículo 49.1 de la Constitución.

96 Artículo 49.1 de la Constitución.

97 Artículo 49.5 de la Constitución.

98 Artículo 49.7 de la Constitución.

99 Artículo 24 de la Constitución.

100 Artículo 49.1 de la Constitución.

101 Artículo 143 de la Constitución.

102 Artículo 143 de la Constitución.

103 Artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

104 Artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

105 Artículo 155 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

106 Artículo 190 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

107 Corte Federal y de Casación, sentencia de 5 de diciembre de 1944.

Dicha potestad pública es irrenunciable y debe ser ejercida cuando se presenten las circunstancias contempladas en la norma jurídica atributiva de la misma. Esto ha llevado a que la jurisprudencia considere que "… en el campo de acción de los contratos administrativos, y aunque no conste en las cláusulas de la convención, la rescisión de ellos, cuando así lo demanden los intereses generales y públicos, es una facultad que la Administración no puede enajenar ni renunciar"[108].

Tal potestad podrá ejecutarse, siempre que se tramite previamente el debido procedimiento administrativo y se dé garantía del derecho a la defensa, tal como lo establece la Constitución y lo reconoce la jurisprudencia. En este sentido se ha señalado que "No basta que se produzca el incumplimiento del contratista para que la Administración declare, *ipso facto*, la caducidad o rescisión del contrato. El acto extintivo debe estar, en estos casos, precedido de un procedimiento administrativo, en el curso del cual resulte comprobado el incumplimiento y su imputabilidad al contratante. Todo ello como único medio capaz de garantizar el derecho a la defensa del particular co-contratante"[109].

En este mismo orden de ideas se "… ha venido reiterando la potestad que tiene la Administración de rescindir unilateralmente un contrato (concesión) en aquellos casos de incumplimiento del contratante (concesionario), conforme lo establece, actualmente, el ordinal c) artículo 46 del Decreto con fuerza y rango de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.394 Extraordinario de fecha 25 de octubre de 1999, caso en el cual, según afirma la jurisprudencia de esta Sala, existe la necesidad de seguir un procedimiento previo que garantice el derecho a la defensa y debido proceso"[110].

Más recientemente, se ha reconocido que el fundamento de la resolución unilateral del contrato administrativo, se encuentra en el hecho de la prevalencia del interés general que permite tal actuación "*producto del ejercicio de potestades administrativas, [y] no de facultades contractuales*"[111].

7. *La potestad preventiva*

La potestad administrativa preventiva inicialmente habilitaba a la Administración Pública contratante para ejercerla, en el supuesto que ella iniciase el procedimiento administrativo con la finalidad de determinar el posible incumplimiento de la ejecución del contrato de obras. En la reforma de 2014, se amplió el número de supuestos: A que se hubiese iniciado el procedimiento administrativo para eventualmente declarar la rescisión unilateral del contrato; o para la determinación del presunto incumplimiento del contrato por parte del contratista.

De lo anterior se infiere que estas medidas no son aplicables, en los casos de supuestos incumplimientos de los contratos de prestación de servicios o adquisición de bienes[112].

Los motivos que justificaban la adopción de medidas preventivas eran dos supuestos: El primero, cuando la obra hubiere sido paralizada; y el segundo, cuando existiese un riesgo

---

108 Corte Federal y de Casación, sentencia de 12 de noviembre de 1954.

109 Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 11 de julio de 1996.

110 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 8 de agosto de 2001.

111 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencias de 20 de junio de 2000, de 22 de junio de 2001 y de 4 de marzo de 2005.

112 Artículo 157 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

inminente de su paralización[113]. Tales motivos fueron eliminados, sin ser sustituidos por otros en la reforma de 2014.

El Legislador había establecido que la Administración Pública contratante podía dictar y ejecutar como medidas administrativas preventivas: a) la requisición de los bienes, equipos, instalaciones y maquinarias; y, b) el comiso de los materiales, destinados a la ejecución de la obra[114].

Dado que conforme a lo que había establecido la jurisprudencia y la doctrina científica ni la requisición[115], ni el comiso[116] tienen una naturaleza que se corresponda con las medidas administrativas preventivas dentro del procedimiento administrativo, en su momento se advirtió lo desafortunado de esta regulación y se afirmó lo siguiente[117]:

> "Como se puede apreciar, las medidas administrativas preventivas que la Ley de Contrataciones Públicas denomina requisición o comiso, no se corresponden con las referidas figuras jurídicas, por el contrario, se asimilan más propiamente al aseguramiento de bienes dentro de un procedimiento administrativo, una especie de "embargo administrativo", que en principio persiguen garantizar las resultas de la tramitación de tal procedimiento, pero que conforme se encuentran redactadas las normas, se pueden prolongar más allá de la tramitación de dicho procedimiento administrativo, hasta que se produzca la efectiva recepción de la obra, en tanto, no se realice su revocatoria formal y la devolución material de los bienes que todavía no se hayan utilizado en la ejecución de la obra –mientras ha durado la vigencia de la medida preventiva–, por la Administración contratante".

En la reforma a la legislación contractual de 2014, se establecieron como medidas administrativas preventivas, las siguientes[118]:

1. La inmovilización de los bienes, equipos, instalaciones, maquinarias y materiales afectos a la obra.

2. La orden de resguardo y custodia a cargo del contratista, para que éste no los desplace fuera del lugar de la obra, o de su sede si allí se encontraren, ni les otorgue otro uso o destino.

---

113 Artículo 130 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2010.

114 Artículo 130 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2010.

115 Brewer-Carías, Allan R., El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela", *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo III, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978, p. 1178; Araujo García, Ana Elvira y Salomón de Padrón, Magdalena, Estudio comparativo entre la nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso, *Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela*, Tomo I, Vol. III, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 146-147.

116 Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 20 de diciembre de 1967, señaló que "el comiso es una sanción de carácter patrimonial aplicable con motivo de la realización de un acto ilícito; si el comiso implicara una expropiación practicada en forma distinta a la prevista por la ley, o una confiscación de las prohibidas por la Constitución habría que llegar a la absurda conclusión, de que el comiso de los objetos con los cuales se perpetra un delito, o el objeto mismo del delito, como sucede en el contrabando, sería una medida inconstitucional". En la doctrina científica, véase Brewer-Carías, Allan R., *Ob. cit.*, p. 1182; Araujo García, Ana Elvira y Salomón de Padrón, Magdalena, *Ob. cit.*, 151.

117 Hernández-Mendible, Víctor R., La evolución de la contratación pública y las potestades de la Administración, *Ley de Contrataciones Públicas*, 4ª ed., actualizada y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 230.

118 Artículo 157 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

Las medidas administrativas preventivas adoptadas permanecerán en vigencia hasta la recepción definitiva de la obra o hasta su revocatoria por parte de la Administración Pública contratante o por cualquier otra autoridad competente[119].

Cabe resaltar que los bienes objeto de las medidas preventivas quedarán a disposición de la Administración Pública contratante, mediante la ocupación temporal y la posesión inmediata de los mismos.

En el supuesto que la resolución del procedimiento administrativo le fuera favorable, el contratista podrá exigir a la Administración Pública contratante el reconocimiento de las inversiones que hubiere efectuado en la obra con relación a los materiales, las maquinarias y los equipos sujetos a las medidas administrativas preventivas.

Si los bienes, materiales, equipos o maquinarias fueren propiedad de terceros distintos al contratista, éstos podrán exigir a la Administración Pública contratante el pago de los contratos que hubieren suscrito con el contratista, sólo respecto de lo efectivamente ejecutado por la Administración Pública contratante, previa demostración fehaciente de la existencia y vigencia de dichos contratos.

La porción de la obra que haya sido ejecutada por la Administración Pública contratante con ocasión de las medidas administrativas preventivas, no podrá ser imputada a favor del contratista[120].

V. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL ARBITRAJE

Desde comienzos de la década de los sesenta del siglo XX, la doctrina científica había fijado posición sobre la admisión del arbitraje en los contratos de la Administración Pública, en los siguientes términos[121]:

> "… no existe en Venezuela prohibición alguna de cláusula compromisoria y del subsiguiente procedimiento de arbitraje o arbitramento en los contratos de la Administración, sea cualquiera su especie, de contratos propiamente administrativos o contratos de derecho privado".

En razón de ello concluyó, que la Administración Pública podía incluir bien en el pliego de condiciones o en el contrato, una cláusula compromisoria que permitiese iniciar el procedimiento de arbitraje. Cabe destacar que se trata de un tema que no ha suscitado mayor interés en la doctrina científica del pasado siglo.

Años después, en 1994, se expidió la Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales[122], que introdujo por primera vez la posibilidad de resolver los conflictos surgidos de un contrato administrativo de concesión regulado en la misma, a través del arbitraje.

En la ley se reconoció esta modalidad de resolución del conflicto surgido de un contrato administrativo, como una alternativa frente al artículo 42.14 de la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que le atribuía competencia exclusiva para resolver

---

119 Artículo 163 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

120 Artículo 162 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

121 Moles Caubet, Antonio, "El Arbitraje en la Contratación Administrativa", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* Nº 20, Caracas, 1960, pp. 9-34.

122 Artículo 10 de la Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, Gaceta Oficial Nº 4.719, de 26 de abril de 1994.

tales conflictos nacidos de la ejecución de un contrato administrativo, a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

El artículo 10 de la Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, expresamente señalaba:

> "El concesionario estará sometido al ordenamiento jurídico venezolano y a la jurisdicción de los Tribunales de la República.
>
> El Ejecutivo Nacional y el concesionario podrán convenir en que las dudas y controversias que puedan suscitarse con motivo de la interpretación o ejecución del contrato de concesión se decidan por un tribunal arbitral cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados por las partes".

Como se puede observar, estando sujetos los conflictos surgido del contrato administrativo de concesión a los tribunales nacionales, se admitió en aquella norma, que las partes podían convenir una cláusula compromisoria arbitral para resolver las dudas y controversias que pudiesen surgir de la interpretación y ejecución de tales contratos.

En esa cláusula se contemplaría un tribunal arbitral cuya integración en cuanto al número de árbitros, competencia respecto a los asuntos que podía resolver relacionados con el conflicto nacido del contrato, el procedimiento a seguir para tramitar el litigio y el derecho aplicable para la resolución de la controversia, debían quedar claramente establecidos por las partes en dicha cláusula del contrato.

En consecuencia a partir de 1994, los medios para resolver los conflictos surgidos de la relaciones contractuales administrativas de concesiones nacionales de obras públicas y servicios públicos, –lo que excluía tanto otro tipo de concesiones, como de autoridades distintas a las nacionales–, serían tanto la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función jurisdiccional, a través de la Sala con competencia en materia contencioso administrativa; como el arbitraje, en la medida que se hubiese pactado en una cláusula del contrato de concesión respectivo.

Posteriormente, en la reforma constitucional de 1999, se introdujo una de las curiosidades más interesantes de dicho texto, al reconocer los medios alternativos de resolución de conflictos. Fue así como el artículo 258 de la Constitución dispone que:

> "La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos".

Más allá de la constitucionalización de los medios alternativos de resolución de controversias, esta disposición no contiene novedad alguna, en lo que se refiere a la posibilidad de admitir el arbitraje en el contexto de las relaciones contractuales que establecen los órganos que ejercen en el Poder Público, cuando realizan la actividad administrativa.

Así lo reconoció el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la sentencia de 20 de junio de 2000, al expresar:

> "La eficacia y validez de una cláusula compromisoria estipulada en un contrato administrativo es hoy una cuestión fuera de toda duda, como lo confirma la opinión de nuestra más calificada doctrina (*cfr*. Antonio Moles Caubet: "El Arbitraje en la Contratación Administrativa", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, N° 20, páginas 9 a 34; Baumeister, Alberto: "Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Aplicable a los Casos de Arbitrajes regidos por la Ley de Arbitraje Comercial", en Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, páginas 95 a 100), opinión ratificada por la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 6 de noviembre de 1997 en el caso Van Dam

contra la República y acogida además en el artículo 10 del Decreto Ley N° 138 de 1994 sobre "Concesiones de Obras y Servicios Públicos".

Sobre el desarrollo jurisprudencial de la admisión del arbitraje como medio de resolución de conflictos surgidos de los contratos administrativos, se recomienda el análisis efectuado por la doctrina científica[123].

No obstante, el mencionado texto normativo citado en la sentencia fue derogado por el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones de 1999[124], en cuyo artículo 61 se dispone que:

> "Para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos regulados por este decreto-Ley, las partes podrán utilizar mecanismos de solución directa tales como la conciliación y la transacción.
>
> Asimismo, podrán acordar en el respectivo contrato someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia.
>
> Cuando se trata de solución de diferencias de carácter exclusivamente técnico, las partes podrán someter la solución del asunto al conocimiento de expertos directamente designados por ellas. En tales casos, la decisión adoptada siguiendo el procedimiento previamente establecido, tendrá carácter definitivo".

La norma transcrita que se encuentra actualmente vigente, contempla la posibilidad de dirimir los conflictos surgidos de los contratos de concesión de infraestructuras públicas y servicios públicos, que sean competencias de las autoridades nacionales mediante la conciliación, la transacción, el arbitraje y por supuesto, la jurisdicción contencioso administrativa.

Es preciso destacar que los dos primeros medios de resolución de disputas mencionados, no requieren de previsión contractual expresa para intentar aplicarlos a la resolución de conflicto. Obviamente tampoco se requiere convención expresa para reconocer que se puede dirimir el conflicto acudiendo a los órganos jurisdiccionales competentes, al solicitarles la tutela judicial efectiva.

El supuesto que sí requiere de previsión contractual es cuando se pretenda resolver el conflicto mediante el arbitraje, para lo que se contempla el cumplimiento de unos requisitos similares a los que tenía la norma anterior de 1994.

Adicionalmente se introdujo la figura de una modalidad de "arbitraje técnico"[125], en el entendido que como tal se identificarían aquellos asuntos exclusivamente técnicos que den origen a una controversia y que podrían ser sometidos al conocimiento de expertos directamente designados por las partes, sin que constituya un requisito insoslayable para su implementación una previsión contractual inicial, sino que incluso podría plantearse al momento de surgir el conflicto.

---

123 Díaz Chirino, Víctor, El mecanismo de arbitraje en la contratación pública, *Ley de Contrataciones Públicas*, 4ª ed., actualizada y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 421-425.

124 Artículo 61 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones.

125 Esta modalidad había sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 15 de enero de 1998.

Lo antes expuesto, pone en evidencia que durante al menos 24 años ha existido la posibilidad en el ordenamiento jurídico nacional de establecer cláusulas compromisorias arbitrales en los contratos administrativos, con la finalidad de prever a través de ellas la constitución de eventuales tribunales arbitrales, para dirimir los conflictos que pueden originarse de la ejecución de dichos contratos.

Antes de finalizar resulta insoslayable mencionar, que la legislación que establece el régimen jurídico de la Procuraduría General de la República, que es el órgano asesor y de representación judicial y extrajudicial, nacional e internacional de los derechos e interés del Estado, contiene disposiciones sobre la intervención de ésta en materia de arbitraje.

Específicamente, se establece que aquellos contratos que vayan a ser suscritos por los representantes de la República, en los cuales se pretenda incorporar una cláusula compromisoria de arbitraje nacional o internacional, deben requerir la opinión preceptiva y expresa de la Procuraduría General de la República[126].

A tal efecto, las máximas autoridades de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional, deben remitir a la Procuraduría General de la República los proyectos de contratos a suscribirse, con toda la documentación que sea pertinente y la opinión brindada por su respectiva consultoría jurídica sobre la procedencia o no de la cláusula compromisoria de arbitraje nacional o internacional, en el respectivo contrato[127].

Por otra parte, se establece que los funcionarios públicos que vayan a suscribir en sede administrativa convenimientos, desistimientos, conciliaciones, transacciones y compromisos en árbitros, o cualquier otro acto de disposición que se relacione directamente con los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República tienen la obligación de solicitar opinión previa y expresa a la Procuraduría General de la República, so pena de que al realizar el acto sin cumplir con la obligación mencionada, dicho funcionario pueda incurrir en responsabilidad personal civil, penal y administrativa, en virtud de los daños que su actuación pueda ocasionar a la República[128].

Las disposiciones legales mencionadas tienen la particularidad que exigen que se requiera la preceptiva y expresa opinión de la Procuraduría General de la República, pero no se le atribuye carácter vinculante, así que la ausencia de ella –cabe destacar que la norma no indica en qué plazo se debe producir el concepto– o la respuesta negativa a la consulta, no impiden que las autoridades competentes suscriban la cláusula compromisoria arbitral.

En principio, la única consecuencia del incumplimiento de esta obligación, recae personalmente en las autoridades que hayan suscrito la cláusula arbitral sin haber solicitado previa y expresamente, la opinión de la Procuraduría General de la República.

En todo caso, la suscripción de la cláusula arbitral sin contar con la preceptiva opinión positiva de la Procuraduría General de la República, no acarrea la invalidez de la misma, por no estar ello contemplado en ninguna disposición de la Ley.

Esta opción junto a las otras que presentan tanto la Constitución como algunas leyes, sería deseable que fueran expresamente contempladas en todas las leyes que contienen disposi-

---

126 Artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Gaceta Oficial 6.220, de 15 de marzo de 2016.

127 Artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

128 Artículo 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

ciones regulatorias de los contratos administrativos, para ampliar el espectro de posibilidades de potenciales medios de resolución de conflictos, a todos los contratos realizables por los órganos que ejercen el Poder Público en ejercicio de la función administrativa y prevenir además las interminables discusiones sobre asuntos que únicamente requieren claridad, para garantizar la seguridad jurídica.

VI. LOS DESAFÍOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Hay temas que cuando han sido construidos debidamente y luego son objeto de desfiguración o de destrucción, requieren transitar por un proceso de reconstrucción, deben volver a ser edificados, restablecidas sus bases e incluso ser erigidos más alto que en su versión inicial.

En el caso de contrato administrativo no sucede así porque la incuria del legislador ha generado que el régimen contractual público haya sido parcial, atomizado, disperso, incoherente, carente de integridad institucional y sin proyección estratégica, lo que ha llevado a los distintos operadores jurídicos a agotarse en temas que incluso podrían resultar secundarios, como algunos –no todos– de los que se han expuesto anteriormente.

Cuánto tiempo se hubiese ahorrado la doctrina científica en meditar sobre la denominación de los contratos, las cláusulas exorbitantes o el régimen jurídico aplicable, si el legislador hubiese cumplido oportunamente la Constitución y de manera técnicamente correcta, coherente e integral, hubiese expedido un código de la contratación pública, que regulase todos los contratos, dejando claramente establecidos aquellos que se encuentran preeminentemente sujetos a las disposiciones de dicho código, de la legislación presupuestaria, de las leyes de procedimientos administrativos, de administración pública y del sistema de control fiscal; así como aquellas en que se aplicarán estos textos en las fases precontractual y pos contractual, mientras que en la elaboración y ejecución del contrato se aplicarían preeminentemente las normas civiles y mercantiles, que sean acordes a tales tipos de contrato.

Por ello, sin ánimo de terciar en la desgastante discusión sobre la calificación de los contratos y el posible régimen jurídico que se deriva de los mismos, se considera pertinente plantear algunas reflexiones sobre aquello que debería ser abordado de manera integral, en una futura pero inminente reforma legal de la normativa contractual vigente.

En los albores de la tercera década del siglo XXI, los desafíos de la contratación pública pasan por abordar de manera resuelta la regulación de algunos de los siguientes temas:

1. La elaboración de una ley o código de contratación pública, que establezca los principios, señale las reglas comunes a todos los contratos, determine las especificidades de los distintos tipos de contratos, comprendiendo esencialmente aquellos de obras públicas, concesiones de obras públicas, prestación de servicios, concesiones de servicios públicos, suministro de bienes, de concesiones de bienes públicos, contratos mixtos, los relacionados la contratación promovida por iniciativa de los particulares, así como las modalidades contractuales de obras y servicios por impuestos o aquellos orientados a fomentar la asociación, colaboración o participación público-privada.

2. Se deben establecer de forma taxativa los contratos que se encuentran excluidos del régimen común, que deben ser de carácter excepcional y por tanto el menor número posible de ellos, en atención a criterios objetivos de exclusión, cerrando la posibilidad que las autoridades administrativas introduzcan producto de una mal entendida discrecionalidad, categorías adicionales.

3. De fundamental interés resulta que se señalen cuáles serán los criterios jurídicos, económicos, técnicos y ambientales, que, en función del objeto del contrato, deberán cumplir quienes pretendan participar en los procedimientos administrativos de selección de contratistas.

4. Los procedimientos administrativos de selección de los contratistas deberán ser sencillos, transparentes, accesibles, eficientes y garantizar los principios de igualdad de oportunidades de participación y no discriminación, concurrencia efectiva de oferentes y publicidad, comprendida en sentido amplio.

5. Un asunto que se debe considerar con mucha seriedad, partiendo del conocimiento tanto de la Administración Pública como de los contratistas en la realidad nacional –no de la demonización de la primera y la idealización de los segundos, como sucede con más frecuencia de la deseada–, consiste en evaluar si es pertinente mantener las potestades administrativas contractuales como se encuentran contempladas en las leyes vigentes o si deberían ser atenuadas o si sería conveniente reforzar las garantías en favor de los contratistas.

6. El reconocimiento de todos los medios jurídicos admisibles para resolver los conflictos surgidos en las fases pre-contractuales, contractuales y pos-contractuales, que brinden seguridad jurídica y permitan elegir a las partes contratantes, aquel que consideren más idóneo y eficaz, según la naturaleza del conflicto que se haya planteado.

7. De notable interés resulta la definición del régimen económico-financiero del contrato administrativo, en la medida en que su desequilibrio o ruptura puede implicar consecuencias jurídicas y económicas, que deben estar predeterminadas para que quienes contraten conozcan cuáles podrían ser sus legítimas aspiraciones en tales circunstancias.

8. Un aspecto que debe ser debatido y definido legalmente consiste en plantearse si la contratación debe ser concebida desde una perspectiva estratégica y con una visión prospectiva, siempre orientada a la consecución de los distintos objetivos de interés general que tiene encomendada la Administración Pública, que podría llevarles a emplear la contratación como medio de fomento de la creación de empleo productivo y permanente por la pequeña y mediana empresa con la finalidad de reactivar la economía nacional, el apoyo a la igualdad de género, la implementación de políticas de inclusión social de los discapacitados o de personas con necesidades especiales, el impulso al comercio justo, el estímulo de la economía circular, la promoción de la eficiencia energética y la orientación de la investigación y la innovación tecnológica, todo ello con la finalidad de alcanzar los Objetivos del Desarrollo Sostenible.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

En el estado actual de desarrollo del Derecho Administrativo luce pertinente abandonar el concepto tradicional de contrato administrativo, como fue construido por la jurisprudencia y desarrollado por la doctrina científica, cuando no existía una ley especial que regulase tal institución jurídica.

No hay que dudar que el concepto de contrato administrativo tradicional, es decir, como una suerte de antónimo al contrato privado de la Administración Pública ha efectuado un aporte innegable a la consolidación del Derecho Administrativo, en la medida que contribuyó a precisar los sujetos que pueden participar en estas relaciones jurídicas; a configurar las potestades administrativas contractuales con pleno fundamento legal y a aclarar que en virtud de la obligación constitucional de la Administración Pública de actuar con plena sujeción a la Ley y al Derecho, la actividad contractual (especie) como parte de la actividad administrativa (género) se encuentra sometida tanto a las disposiciones de Derecho Público (Constitución, Principios Generales del Derecho, tratados internacionales, leyes y reglamentos nacionales) como de Derecho Privado (Código Civil, Código de Comercio y otras disposiciones de similar naturaleza).

Esto ha permitido entender racionalmente, que conforme al ordenamiento jurídico y el fin de interés general que se vaya a satisfacer, la Administración Pública resolverá el tipo de contrato que pretende realizar y en función de su naturaleza, en unos casos prevalecerán las disposiciones de Derecho Público y en otras prevalecerán las disposiciones de Derecho Privado, pero en el entendido que la interaplicación de ambas[129] producirá la integración normativa adecuada para evitar las lagunas o vacíos en el ordenamiento jurídico.

A ello se suma, que la propia Constitución reconoce que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para controlar la conformidad a Derecho de toda la actividad administrativa, lo que supone que el control jurisdiccional no se limita a constatar la sujeción al Derecho Administrativo, sino a todo el Derecho, situación ésta que conduce a que esta jurisdicción pueda conocer de los contratos regidos preeminentemente por el Derecho Público o predominantemente por el Derecho Privado, sin perjuicio de la aplicación del arbitraje contractual, en aquellos que se haya convenido una cláusula compromisoria.

Como se puede observar, la concepción histórica del contrato administrativo prestó un gran servicio en la consolidación de la institución contractual y con la aparición de la regulación legal se ha expandido al menos a todos los contratos actualmente regulados, lo que lleva a suponer que la teoría inicial formulada experimentó una *vis* expansiva que se ha proyectado a los contratos contemplados en la legislación contractual pública.

En ese sentido podría decirse que surge una nueva teoría del contrato administrativo, que carece de las deficiencias que se le atribuyeron en su versión clásica y que posee amplio fundamento jurídico.

Respecto a esta teoría resulta deseable tal como lo ha propuesto Brewer-Carías, que la redefinición de la institución contractual sea producto de la realidad jurídica venezolana[130], pues poco aporte se hace denunciando que la institución fue incorporada al contexto nacional producto de la acrítica importación del Derecho Administrativo clásico que no tenía nada que ver con la realidad local, para venir a sustituirla por una importación del Derecho Administrativo de otra latitud, también ajena a la realidad jurídica nacional.

Si se opta por calificar a dicho contrato con otro nombre distinto de administrativo, de lo cual la doctrina científica ha efectuado valiosas propuestas para rebautizarlos, ello no puede implicar el desconocimiento del aporte que este ha hecho a la institución contractual a partir de su surgimiento y evolución, así como tampoco cambiará la esencia de lo que ha significado y de lo que implica en la actividad administrativa contractual.

Así entendido, en la realidad jurídica venezolana el nuevo contrato administrativo sería aquella convención entre una entidad pública y una persona natural o jurídica, privada o pública, cuyo objeto es crear, reglar, transmitir, modificar o extinguir un vínculo jurídico entre las partes contratantes, en el marco del interés general que orienta toda la actuación administrativa y del que los contratistas son corresponsables de contribuir a su satisfacción, conforme a la naturaleza del pacto que se encuentra regulado en la ley especial en la materia.

---

129 Brewer Carías, Allan R., "La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo", *Las formas de la actividad administrativa*, *Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 23-73.

130 Brewer-Carías, Allan R, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2014, p. 625.

En esta se debe reconocer por una parte, que la Administración Pública al contratar adquiere derechos y obligaciones, que debe ejercer y cumplir orientada a la consecución del interés general, así como indicar expresa y taxativamente en caso que se decida preservarlas, cuáles serían las potestades administrativas contractuales que aquella tiene, que al ser irrenunciables deberán ser ejercidas con sujeción plena a todo el Derecho; y también se deben definir por otro lado, de manera clara cuáles son las garantías del ejercicio de los derechos y de cumplimiento de las obligaciones por los contratistas, en su condición de corresponsables de la satisfacción del interés general, es decir, la regulación de las relaciones contractuales deberá orientarse a salvaguardar el equilibrio entre la actuación de la Administración Pública contratante en ejercicio de las competencias que tiene legalmente atribuidas y el respeto a los derechos de los contratistas.

Por último, pero no por ello menos importante, se debe dejar fuera de toda duda que los órganos jurisdiccionales administrativos -salvo la activación de las cláusulas compromisorias de arbitraje- serán los únicos competentes para conocer de los conflictos que puedan surgir de los mismos, con independencia de las normas jurídicas que predominen en la conforman de cada contrato y que se deben aplicar en la resolución de las controversias, todo ello producto de la herencia de la evolución experimentada en el ámbito nacional.

En los anteriores términos quedan planteados los principales desafíos, que tiene por delante la institución del contrato administrativo en Venezuela.

Derecho tributario y libertad

Serviliano Abache Carvajal*

Profesora de Derecho Tributario de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: *En el presente trabajo se revisita la relación entre Derecho tributario y libertad individual, a partir del principio de "no hay tributación sin representación". Finalmente, se plantean distintos supuestos en los que se violaría el indicado principio y, en consecuencia, la libertad individual*.

Palabras clave: *Derecho tributario, libertad individual, principio de no hay tributación sin representación*.

Abstract: *In this paper the relationship between Tax Law and individual freedom is revisited, paying special attention to the principle "no taxation without representation". Finally, different scenarios in which the aforementioned principle is breached, as well as individual freedom, are presented*.

Keywords: *Tax Law, individual freedom, no taxation without representation principle*.

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. DERECHO TRIBUTARIO Y LIBERTAD: *NO TAXATION WITHOUT REPRESENTATION*

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

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

VI. BIBLIOGRAFÍA

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,

---

* En este trabajo revisitamos algunos y planteamos otros aspectos de los abordados en nuestro estudio intitulado "Liberalismo y tributación. Especial atención al principio de reserva legal de los tributos", *Revista de Derecho*, Nº 69, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2013.

sociólogos, juristas y pensadores en general se han ocupado de esta cuestión, sin duda –y dada la alta carga emotiva de esa palabra[1]–, con algún grado de ambigüedad[2]. No obstante lo anterior, lo que sí es indiscutible, es que la libertad es la esencia del *liberalismo*[3]. 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"[4].

Como es sabido, la libertad se puede ver desde distintos ángulos o enfoques[5], 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*[6] (o *no* realizarla), respondien-

---

1 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.

2 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.

3 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.

4 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.

5 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.

6 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.

do a la concepción negativa de libertad[7]-[8], 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"[9].

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 normativos *axiológicos* y *deontológicos* del texto de la Constitución venezolana[10] (así como de su Preámbulo[11]), entre los cuales destacan los artículos 1[12] y 2[13] (como *valor superior*), y 20[14]

---

7 "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". *Ibíd*., 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.

8 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 Manual Lara, Sevilla, 2004, p. 40.

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

10 Publicada inicialmente en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 36.860, 30 de diciembre de 1999 y reimpresa posteriormente con algunas correcciones en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.453 Extraordinario, 24 de marzo de 2000. Su primera enmienda, así como el texto íntegro de la Constitución, fueron publicados en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

11 Preámbulo de la Constitución de la República de Venezuela: "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 cultu-

(como *derecho subjetivo*[15] y *cláusula general residual de libertad*[16]), que junto a otras normas constitucionales[17] conforman el llamado *ideario liberal*[18], encontrando su materialización *efectiva*, en el legítimo ejercicio –e imperativo *iusprivatista*– de la *autonomía de la voluntad* y de la *libertad jurídica de acción*.

---

ra, 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".

12 Artículo 1 de la Constitución de la República de Venezuela: "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".

13 Artículo 2 de la Constitución de la República de Venezuela: "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".

14 Artículo 20 de la Constitución de la República de Venezuela: "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".

15 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.

16 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.

17 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).

18 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 Aníbal 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.

En efecto, es por virtud de esa autonomía privada (o *señorío de la voluntad*, como también se le decía[19]), cuyo fundamento constitucional se encuentra en la apuntada *libertad general*[20] 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[21]), que éstos pueden ejercer todos los atributos inmersos en la libertad y, así, materializar el *derecho de decidir y conducir* estrictamente conforme con sus intereses personales sus asuntos (*i.e.* disponer de sus vidas, acciones y propiedad), estando, así, frente a *personas autónomas que se determinan a sí mismas*[22]. Teniendo en cuenta, entonces, que la autonomía de la voluntad –a la cual se opone la concepción del *perfeccionismo*, según explica Nino[23]– halla su fundamento constitucional en la señalada *noción general de libertad* y, más ampliamente, en el apuntado *ideario liberal*, bajo la concepción que explica Barberis[24] 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 libremente sus actividades con arreglo a sus propias decisiones dentro del marco de la Ley[25].

---

19 *Cf.* Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 28.

20 Que ha sido considerado uno de los derechos 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.

21 "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.

22 *Cf.* Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 213 y 214, nota al pie Nº 121.

23 "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 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.

24 *Cf.* Barberis, Mauro, *op. cit.*, pp. 92 y 93.

25 Cuestión que pone de relieve la distinción analítica entre *libertad moral* y *libertad política*, como bien lo planteó Calamandrei: "Cuando se oye decir que la libertad es la vida moral y que el hombre la tiene ya consigo, de modo que no se le puede dar ni quitar, me parece que el razonamiento –quizá exacto en el plano filosófico, en el que el espíritu del hombre es aisladamente considerado en sí mismo–no resulta válido en el plano político, es decir, empírico, en el que se trata, precisamente, de establecer mediante las leyes cuáles son para un pueblo concreto, en un momento determinado de su historia, las condiciones prácticas necesarias y suficientes para hacer posible que la libertad, ínsita de manera natural en cada asociado, pueda desarrollarse sin trabas. Para hacer que la vida moral de cada uno pueda desarrollarse de un modo que contribuya de manera efectiva

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*[26], por lo que se ha considerado, como expone Alexy[27], 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*[28].

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*[29], cuya función principal, como es sabido, consiste en la atribución por disposición constitucional de la regulación de una determinada materia a la *ley formal*[30] –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[31], de lo que se infiere su directa vinculación con las *fuentes del Derecho*[32]. Dicho de otra manera, la reserva de ley se refiere a la *esfera normativa* del principio general de legalidad[33].

---

al mejoramiento de la sociedad. Las leyes no pueden crear la libertad como fervor de vida del espíritu, como vitalidad moral, en quien no la quiera; pero para quien la tiene y pretender traducirla en obras, son ellas las que deben asegurarle *prácticamente* la libertad política consistente en poder desplegar su libertad moral". (Cursivas del autor). Calamandrei, Piero, *Sin legalidad no hay libertad*, Editorial Trotta, Madrid, 2016, pp. 27 y 28.

26 *Cf.* Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 87.

27 *Cf.* Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 211 y 212.

28 *Cf.* Barberis, Mauro, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

29 *Cf.* Giannini, Massimo Severo, "I proventi degli enti pubblici minori e la reserva della lege" en *Rivista de Diritto Finanziario e Sciencia delle Finanze*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 9, parafraseado en Torruco Salcedo, Sitlali, "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.

30 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.

31 *Cf.* Pérez Luciani, Gonzalo, *El principio de legalidad*, Serie Estudios Nº 81, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 121.

32 *Cf.* Torruco Salcedo, Sitlali, *op. cit.*, p. 93.

33 *Cf. Idem.*

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[34], 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[35] de los derechos constitucionales; (ii) el régimen de sanciones y; finalmente (iii) el establecimiento de los tributos[36]. 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[37].

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:

> "La 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"[38].

Específicamente abordando la reserva legal en materia de *derechos fundamentales*, la misma consiste, en palabras de Alexy[39], 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" de estos derechos, razón por la cual sólo el legislador a través de la *ley formal*[40] (como tipo

---

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

35 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.

36 *Cf*. Brewer-Carías, Allan R., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Colección Estudios Jurídicos Nº 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.

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

38 Fraga Pittaluga, Luis, *Principios constitucionales de la tributación*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, Nº 95, Caracas, 2012, p. 53.

39 *Cf*. Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 273.

40 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 limita-

normativo *genérico*[41]), puede establecer limitaciones o restricciones a la regulación y ejercicio de dichos derechos, dentro del sistema constitucional[42], frente a la tutela, claro está, de *otros derechos de igual rango o jerarquía*[43]. 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[44]. 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[45]. 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"[46].

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[47], en su artículo

---

ciones 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 Nº 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.

41 *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.

42 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 Artiles, 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.

43 *Cf*. Herrera Orellana, Luis Alfonso, *op. cit.*, p. 38.

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

45 *Cf. Ibíd*., p. 454.

46 Sentencia Nº 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*, Nº 82, abril-junio, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 246.

47 Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 3.251 Extraordinario, 12 de septiembre de 1983 (con las enmiendas Nº 1 y Nº 2).

116, numeral 24[48]- se reserva a la "legislación orgánica", la *delimitación* -así como su connatural *limitación*- y desarrollo de la *materia de los derechos y garantías fundamentales*, por mandato del artículo 156, numeral 34 y artículo 203 de la Constitución, en los términos siguientes:

> Artículo 156 de la Constitución de la República de Venezuela: "Es de competencia del Poder Público Nacional: (…).// 34. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales. (…)"[49].
>
> Artículo 203 de la Constitución de la República de Venezuela: "Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes".

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 esa materia (*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 autoatribución de potestades por vía reglamentaria sólo es admisible en materias organizativas y otras cuestiones adjetivas que no afectan al estatuto fundamental del ciudadano"[50].

Junto al principio de reserva legal orgánica, 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[51] –o *interferir* en el ejercicio de su *libertad jurídica*[52]–, 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*[53] (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.

---

48 Artículo 136 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961: "Es de la competencia del Poder Nacional: (…) 24. La legislación reglamentaria de las garantías que otorga esta Constitución (…)".

49 En concordancia con el artículo 187, numeral 1 de la Constitución de la República de Venezuela: "Corresponde a la Asamblea Nacional: 1. Legislar en las materias de competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Público".

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

51 *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.

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

53 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 Nº 3, Bogotá, 2007.

Ahora bien, enfocándonos en el evocado principio de reserva legal y orgánica 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[54] a un mero *mandato de optimización*[55]), 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[56].

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*[57], deberá –forzosamente– atenerse a los requisitos *formales* y *materiales* anunciados, con especial atención a la reserva legal orgánica, 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, y de constitucionalidad toda regulación legal no

---

54 Artículo 112 de la Constitución de la República de Venezuela: "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".

55 *Vid*., sentencia Nº 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 Nº 1049 de 23-07-09" en Herrera Orellana, Luis Alfonso, Arias Castillo, Tomás Aníbal y Rondón García, Andrea Isabel, *op. cit.*, pp. 98-107.

56 *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.

57 Teniendo en cuenta las polémicas e, inclusive, antitéticas cláusulas recogidas en el artículo 2 de la Constitución de la República de Venezuela, de acuerdo al cual: "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia", habida cuenta la discusión en la dogmática, de acuerdo a la cual las cláusulas de Estado de Derecho y Estado Social son incompatibles, al igual que lo son el último indicado frente al Estado Liberal, resulta oportuno tener en cuenta el interesante debate sostenido entre los profesores José Ignacio Hernández y Tomás A. Arias Castillo en el Seminario de Profesores de Derecho Público de la Universidad Monteávila. En dicho Seminario, el profesor Hernández publicó un trabajo intitulado *Estado Social y Libertad de Empresa en Venezuela: Consecuencias Prácticas de un Debate Teórico*, el cual fue criticado por el profesor Arias Castillo en *Vendiendo Utopías: Una Respuesta al Profesor José Ignacio Hernández*. Luego, el profesor Hernández publicó *La Constitución Fabulada: Breve Contra Réplica a la Respuesta del Profesor Tomás Arias Castillo*, y el profesor Arias Castillo cerró con *Una Réplica no es una Contrarréplica: Contrarréplica al Profesor José Ignacio Hernández*. Los cuatro trabajos pueden consultarse en el blog del Seminario: www.seminarioprofesoresderechopublico.blogspot.com

orgánica, 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*[58].

III. DERECHO TRIBUTARIO Y LIBERTAD: *NO TAXATION WITHOUT REPRESENTATION*[59]

La doctrina liberal, en el orden *político* –y, naturalmente dentro de éste, en el *tributario*–, nace como respuesta al autoritarismo de las monarquías absolutas[60], 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*[61], 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*[62].

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[63]) Constitución que, en sintonía con la dicción de la *Declaración de los derechos del*

---

58 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, Nº 131, marzo-abril, Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, Montevideo, 1996.

59 En este punto, como podrá apreciarse, nos apoyamos en la excelente investigación que el profesor colombiano Mauricio Plazas Vega presenta en su obra ya citada, específicamente, en las pp. 3-31.

60 "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.

61 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.

62 *Cf*. Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, p. 16.

63 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*, Nº 164, Centro de

hombre y del ciudadano, del 26 de agosto de 1789[64], 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[65].

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[66] 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[67].

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"[68], esto es, a través de la ley en *sentido formal*[69], de ahí que

---

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 – Nº 174, marzo, Legislación Económica, C. A., Caracas, 2013.

64 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 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.

65 *Cf*. Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, p. 18.

66 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*, Nº 128, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2010.

67 *Cf*. Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, pp. 17 y 18.

68 *Ibíd*., p. 272.

69 Al respecto, resulta esclarecedora la explicación de García Novoa: "La reserva de ley formal puede entenderse como una proscripción de la intervención del reglamento en determinadas materias, y la tipicidad, como expresión de la reserva de ley, explica esta prohibición reglamentaria desde la perspectiva del derecho del contribuyente a la certeza, de tal modo que será este derecho a la certeza lo que, entre otras cosas, justifique la reserva de ley formal". García Novoa, César, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 115. Por su parte, el mismo autor explica que, en la teoría tradicional del principio de reserva de ley, a éste se le suele tratar como un principio puramente formal, cuya justificación sustantiva se ubica en el

sea "[d]ificil imaginar mayor despotismo que el que se genera cuando el gobierno de turno tiene acceso al poder tributario"[70]. 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[71], quien sólo está facultado para *administrarlos*[72], sino que es necesario el voto favorable de los representantes del pueblo a través de la ley[73], a otro decir: *no taxation without representation*[74]. En palabras de Hamburger

principio democrático que reclama que las intervenciones del poder público –en determinadas materias– se concrete mediante el ejercicio de la *voluntad popular*. *Cf*. García Novoa, César, *El concepto de tributo*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 197. Abonando a lo anterior, Fraga Pittaluga considera que "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. Es de notar, que al igual que ocurre con la vertiente analizada de la voluntad popular (*no taxation without representation*) como fundamento de la reserva legal de los tributos, el *derecho a la certeza* del contribuyente, en tanto concreción subjetiva del ideal de previsibilidad que supone el principio de seguridad jurídica, es *condición necesaria* -aunque no suficiente- de la autonomía personal del sujeto pasivo tributario y, así, de su libertad. Después de todo, y como enseña el maestro Calamandrei: "La legalidad es condición de libertad, porque solo la legalidad asegura, de la manera menos imperfecta posible, esa *certeza del derecho* sin la cual prácticamente no puede existir libertad política. Certeza del derecho, es decir, certeza de los límites dentro de los que se extiende la libertad de cada uno y más allá de los cuales comienza la libertad del otro. Certeza del derecho, o sea, posibilidad práctica para cada uno de conocer, antes de obrar, cuáles son las acciones lícitas y cuáles las prohibidas, esto es, cuáles son las que puede realizar para ejercitar su libertad sin violar al mismo tiempo la libertad ajena". (Cursivas del autor). Calamandrei, Piero, *op. cit.*, p. 32. Por su parte, en palabras de Lifante Vidal: "la posibilidad de prever la conducta de otros sujetos, y en particular de los poderes públicos, es un requisito indispensable para poder desarrollar una vida autónoma". Lifante Vidal, Isabel, "La relevancia de la previsibilidad jurídica. Algunas consideraciones a partir de Francisco Laporta y Liborio Hierro", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (edición especial), Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Alicante, 2017, p. 145. La posición de Lifante Vidal sobre el principio de seguridad jurídica y el ideal de previsibilidad, puede consultarse más ampliamente en: Lifante Vidal, Isabel, "Seguridad jurídica y previsibilidad", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 36, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Alicante, 2013, p. 85-105.

70 *Ibíd*., p. 65.

71 En los términos que con contundencia lo precisa Ruan Santos, para quien "[l]a desvalorización de la ley se ve acelerada por el desconocimiento de la esfera de competencia reservada al legislador, por virtud de lo que la doctrina ha llamado "deslegalización" o habilitación al Poder Ejecutivo y a la Administración para dictar normas pertenecientes a la reserva legal, a través de decretos-ley, reglamentos y providencias". Ruan Santos, Gabriel, "De la omnipotencia a la precariedad de la ley" (Conferencia Magistral para las XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario), *Revista de Derecho Tributario*, Nº 148, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2015, p. 160.

72 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, Nº 93, Caracas, 2012.

73 *Cf*. Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, p. 22.

74 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 representa-*

"[t]*axes lay at the heart of legislative power. (…) like any other legal constraints on freedom, taxes required the consent of the community*"[75], de ahí que "[a]*dministrative taxation returns to an unconstitutional exercise of power outside the law*"[76]. 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"[77].

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[78]. 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"[79]. 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 con 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. (…)".
>
> 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".

---

ción, 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 defense 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.

75 "[L]os impuestos se encuentran en el corazón del poder legislativo. (…) como cualquier otra limitación legal a la libertad, los impuestos requieren del consentimiento de la comunidad". (Traducción libre). Hamburger, Philip, *Is Administrative Law Unlawful?*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2014, p. 57.

76 "[L]a tributación administrativa se traduce en un regreso al ejercicio inconstitucional del poder al margen del Derecho". (Traducción libre). *Ídem*.

77 Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, p. 23.

78 *Cf. Ibíd*., p. 281.

79 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. (…)"[80].

[80] 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; (xv) art. 16, numeral 2, Estatuto Constitucional Provisorio de los Estados Unidos de Venezuela de 1914; (xvi) arts. 19, numeral 28; 22, numeral 2; y 58, numeral 2, Constitución 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 1922; (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-Carías, Allan R., *Las Constituciones de Venezuela*, tomos I y II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, Nº 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 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 di-

Por su parte, el Código Orgánico Tributario de 2014 -al igual que sus antecesores[81]- desarrolla a nivel *legal*[82] este principio en su artículo 3, en los términos siguientes:

> Artículo 3 del Código Orgánico Tributario de la República de Venezuela: "**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 impuesto.// 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.

---

ciembre 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 Fé, 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 reformatorio 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.

81 El Código Orgánico Tributario de 2001 (publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 37.305, 17 de octubre de 2001) en su artículo 3; el Código de 1982 (publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 2.992 Extraordinario, 3 de agosto de 1982) en su artículo 4; y sus reformas de 1992 (publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 4.466 Extraordinario, 11 de septiembre de 1992), y 1994 (publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 4.727 Extraordinario, 27 de mayo de 1994), en el mismo artículo.

82 Al igual que lo hacen el artículo 163 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 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 lo 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 estadales 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 de la República de Venezuela Nº 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 Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 2.818 Extraordinario, 1º 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, la ley creadora del tributo correspondiente, podrá autorizar al Ejecutivo Nacional para que proceda a modificar la alícuota del impuesto en los límites que ella establezca". (Resaltado agregado).

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[83] –con la excepción que regula–, residiendo como regla general el *poder tributario* en el órgano legislativo[84] y, con ello, convirtiéndose la reserva legal tributaria en un control político de la acción gubernamental[85]. 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"[86].

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 limitada del gobierno[87].

---

83 Como bien explica Lobato Díaz, en relación al sistema tributario mexicano, la legalidad tributaria "[i]mplica que toda contribución o carga tributaria debe estar contenida en una ley en su sentido formal y material, esto es, que no sólo el acto creador de la contribución deba tener su origen en el Poder Legislativo, sino que todos los elementos esenciales del gravamen y la forma, contenido y alcance de la obligación tributaria deben estar consignados de manera expresa en la Ley, de tal manera que no quede margen para que las autoridades determinen dichos elementos, sino que el sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria pueda, en todo momento, conocer la forma cierta de contribuir para los gastos públicos". Lobato Díaz, Juvenal, "Redefinición del principio de legalidad tributaria a la luz de los convenios para evitar la doble tributación", *Revista de Derecho Tributario*, Nº 154, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, julio, p. 42. En similar sentido, Pueblita Fernández, para quien "[l]a legalidad tributaria está enfocada a cumplir con la obligación que tiene el legislador de establecer los elementos esenciales de las contribuciones; es decir, el objeto, sujeto, base, tasa o tarifa, lugar y época de pago en una ley emitida por el Congreso de la Unión". Pueblita Fernández, Arturo, "Estado de Derecho y política tributaria", *Confluencia XXI. Revista de Pensamiento Político*, Nº 8, Comité Nacional Editorial y de Divulgación del Partido Revolucionario Institucional, México, D. F., 2010, p. 98.

84 E, inclusive, resultaría necesario analizar –en estudio aparte y con detenimiento–, la cuestión de si las leyes tributarias regulan directa o indirectamente derechos y garantías constitucionales, con la finalidad de precisar si toda legislación en esta materia debe tener carácter orgánico, de acuerdo a las tipologías normativas de las leyes orgánicas reguladas en el citado artículo 203 de la Constitución de la República de Venezuela. Para una aproximación al tema, *vid*. Andrade Rodríguez, Betty, "Análisis acerca del carácter orgánico del Código Orgánico Tributario", *Revista de Derecho Tributario*, Nº 115, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2007, pp. 27-57.

85 *Cf*. Acosta, Eugenio Simón, *op. cit.*, p. 36.

86 Fraga Pittaluga, Luis, *op. cit.*, p. 41.

87 *Cf*. Plazas Vega, *op. cit.*, p. IX.

Ello hace posible enunciar lo que serían las consecuencias para la libertad de la violación de este elemental principio –como recientemente ha ocurrido con las "reformas tributarias" de 2014[88] y 2015[89]–, 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 estadales 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.

En efecto, el *poder tributario* reside en el órgano legislativo, razón que permite ver porqué 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*[90], 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:

---

88 Al respecto, *vid*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 6.152 Extraordinario, 18 de noviembre de 2014, en la cual se publicaron los siguientes "instrumentos normativos": (i) Decreto Nº 1.434 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Código Orgánico Tributario; (ii) Decreto Nº 1.435 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta; y (iii) Decreto Nº 1.436 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado.

89 *Vid*. Gaceta Oficial Nº 6.210 Extraordinario, 30 de diciembre de 2015, en la que se publicó el Decreto Nº 2.163 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta. Sobre esta reforma, nuestras consideraciones en: Abache Carvajal, Serviliano, "Validez, vigencia y aplicabilidad del Decreto Nº 2.163 de reforma de la Ley de Impuesto Sobre la Renta", *Revista de Derecho Público*, Nº 144 (estudios sobre los decretos leyes 2015), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015; y Abache Carvajal, Serviliano, "La nueva "reforma ejecutiva" de la Ley de Impuesto Sobre la Renta de 2015", *Revista de Derecho Tributario*, Nº 150, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016.

90 Artículo 137 de la Constitución de la República de Venezuela: "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 de la República de Venezuela: "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".

> Artículo 236 de la Constitución de la República de Venezuela: "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[91], 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[92], 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 *usurpación* 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[93].

---

91 *Cf*. Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, p. 281.

92 Es por esto, que consideramos que toda delegación en temas tributarios al Presidente de la República, como la que se establece en la *norma normarum* para el caso de leyes habilitantes, es, en el mejor de los casos, antinómica y asistemática con los principios y reglas que informan esta materia y que encuentran sustento en la misma Constitución, a las cuales nos hemos referido como las *bases liberales* del sistema tributario.

93 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

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 de la República de Venezuela: "El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal 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[94].

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[95], 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

---

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.

94 Un ejemplo particularmente patético de violación del principio de reserva legal de los tributos, del principio de separación de poderes y de la libertad individual, 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, nuestras consideraciones en: Abache Carvajal, Serviliano, *Sobre falacias, justicia constitucional y Derecho tributario. Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de "la pesadilla y el noble sueño"*, Editorial Álvaro y Nora, Caracas, 2015; y Abache Carvajal, Serviliano, "De "reformas judiciales" a "reformas ejecutivas". El caso de la reserva legal tributaria, el Decreto Nº 1.435 y el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta", *Revista de Derecho Público*, Nº 140 (estudios sobre los decretos leyes 2014), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

95 *Cf*. Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, p. 16.

mismos a su vez confirman la plena vigencia de dicha separación del poder público[96], 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 de la República de Venezuela: **"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 Administrativos– 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 englo-

---

[96] 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.

ba los principios *nullum tributum sin 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[97], 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 nueva "reforma ejecutiva" de la Ley de Impuesto Sobre la Renta de 2015", *Revista de Derecho Tributario*, N° 150, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016.

_____, "Validez, vigencia y aplicabilidad del Decreto N° 2.163 de reforma de la Ley de Impuesto Sobre la Renta", *Revista de Derecho Público*, N° 144 (estudios sobre los decretos leyes 2015), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

_____, *Sobre falacias, justicia constitucional y Derecho tributario. Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de "la pesadilla y el noble sueño"*, Editorial Álvaro y Nora, Caracas, 2015.

_____, "De "reformas judiciales" a "reformas ejecutivas". El caso de la reserva legal tributaria, el Decreto N° 1.435 y el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta", *Revista de Derecho Público*, Nº 140 (estudios sobre los decretos leyes 2014), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

_____, "Neolengua tributaria" y la Constitución semántica", *Ámbito Jurídico*, Año XIV - Nº 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, Nº 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*, Nº 128, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2010.

---

97 *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.

Andrade Rodríguez, Betty, "Análisis acerca del carácter orgánico del Código Orgánico Tributario", *Revista de Derecho Tributario*, Nº 115, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2007.

Arias Castillo, Tomás A., "Vendiendo utopías. Respuesta al profesor José Ignacio Hernández", Seminario de Profesores de Derecho Público UMA, 2010, en http://seminarioprofesoresderechopublico.blogspot.com/2010_09_01_archive.html

_____, "Una réplica no es una contrarréplica. Contrarréplica al profesor José Ignacio Hernández", Seminario de Profesores de Derecho Público UMA, 2010, en http://seminarioprofesoresderechopublico.blogspot.com/2010/12/estado-social-y-libertad-economica.html

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

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

Berlín, 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, Nº 71, 3ª edición, Caracas, 2008.

_____, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Colección Estudios Jurídicos Nº 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.

Calamandrei, Piero, *Sin legalidad no hay libertad*, Editorial Trotta, Madrid, 2016.

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.

Ferreiro Lapatza, José Juan, "El estatuto del contribuyente", *Revista Tributaria*, tomo XXIII, Nº 131, marzo-abril, Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, Montevideo, 1996.

Fraga Pittaluga, Luis, *Principios constitucionales de la tributación*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, Nº 95, Caracas, 2012.

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

García Novoa, César, *El concepto de tributo*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.

_____, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

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 Artiles, Carlos Luis (Coord.), *Libro homenaje al Profesor Alfredo Arismendi A.*, Ediciones Paredes-Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008.

Hamburger, Philip, *Is Administrative Law Unlawful?*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2014.

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

Hernández, José Ignacio, "Estado Social y libertad de empresa: consecuencias prácticas de un debate teórico", Seminario de Profesores de Derecho Público UMA, 2010, en http://seminarioprofesoresderechopublico.blogspot.com/2010_07_01_archive.html

Hernández, José Ignacio, "La Constitución fabulada. Breve contra réplica a la respuesta del profesor Tomás Arias Castillo", Seminario de Profesores de Derecho Público UMA, 2010, en http://seminarioprofesoresderechopublico.blogspot.com/2010/12/la-constitucion-fabulada.html

Herrera Orellana, Luis Alfonso, Arias Castillo, Tomás Aníbal y Rondón García, Andrea Isabel, *Del Estado Social de Derecho al Estado Total (Crítica filosófica-jurídica a la sentencia de la Sala Constitucional Nº 1.049, de 23 de julio de 2009)*, Ediciones Funeda, Colección de Dictámenes y Alegatos Forenses, Caracas, 2010.

Lifante Vidal, Isabel, "La relevancia de la previsibilidad jurídica. Algunas consideraciones a partir de Francisco Laporta y Liborio Hierro", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (edición especial), Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Alicante, 2017.

_____, "Seguridad jurídica y previsibilidad", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 36, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Alicante, 2013.

Lobato Díaz, Juvenal, "Redefinición del principio de legalidad tributaria a la luz de los convenios para evitar la doble tributación", *Revista de Derecho Tributario*, N° 154, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2017.

Loewenstein, Karl, "Constituciones y Derecho Constitucional en Oriente y Occidente", *Revista de Estudios Políticos*, Nº 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 Nº 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.

Pueblita Fernández, Arturo, "Estado de Derecho y política tributaria", *Confluencia XXI. Revista de Pensamiento Político*, N° 8, Comité Nacional Editorial y de Divulgación del Partido Revolucionario Institucional, México, D. F., 2010.

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

Ruan Santos, Gabriel, "De la omnipotencia a la precariedad de la ley" (Conferencia Magistral para las XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario), *Revista de Derecho Tributario*, N° 148, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2015.

Savater, Fernando, *La libertad como destino*, Fundación José Manual 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 Nº 3, Bogotá, 2007.

Torruco Salcedo, Sitlali, "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.

El principio de la transparencia en la actuación de la administración pública y su distorsión en un régimen autoritario

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *Este comentario está destinado a analizar las vicisitudes del principio de la transparencia y de del derecho ciudadano de acceso a la información de la Administración pública, en particular sobre la que debe publicar el Banco Central de Venezuela, sistemáticamente negado por el régimen autoritario.*

Palabras Clave: Transparencia. Información pública. Acceso a la Información pública.

Abstract: *This article refers to the situation of the principle of transparency and of the citizens' right to access to the information of the Public Administration, and in particular to he information that has to publish the Central Bank of Venezuela, which has been systematically denied.*

Key words*:* Transparency. Public Information. Access to Public Information.

I

Si hay un principio elemental en el funcionamiento de la Administración Pública contemporánea, es el de la publicidad y transparencia, resultado de la relación entre el derecho ciudadano a tener acceso a la información administrativa, y la consiguiente obligación de los órganos de la Administración Pública de informar y en algunos casos, de publicar informaciones de interés general.

Ello se manifiesta en particular, en áreas de la acción administrativa, como es en el campo de la macro economía, donde los Bancos Centrales de los países y los Ministerios de Finanzas, tienen la obligación de publicar los índices e información económica que producen para el conocimiento del comportamiento de la economía, no sólo por parte de los operadores y agencias económicos internacionales, sino en el ámbito interno de cada país.

Es decir, si hay algún campo de la actividad administrativa donde debe prevalecer el conocido principio de la "Casa de Cristal," que exige transparencia[1] en las informaciones que

---

[1] Véase Allan R. Brewer-Carías, "De la Casa de Cristal a la Barraca de Hierro: el Juez Constitucional vs. El derecho de acceso a la información administrativa," en *Revista de Derecho Público*, Nº 123, (julio-septiembre 2010), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 197-206. En este trabajo comenté la sentencia Nº 745 de 15 de julio de 2010 (véase http://www.tsj.gov.ve /decisiones/ scon/Julio/745-15710-2010-09-1003.html), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, en la cual se declaró sin lugar una acción de *habeas data* que había sido intentada por la *Asociación Civil Espacio Público* contra la Contraloría General de la República, negándosele el derecho a la misma de acceso a la información administrativa sobre las remuneraciones pagadas a los funcionarios del órgano de control fiscal, bajo el argumento de que ante ese de-

debe suministrar la Administración a los administrados, es precisamente en este campo de la gestión macro económica, respecto de la cual el Estado debe publicar con toda regularidad los índices de comportamiento de la economía.

II

Ello, por lo demás, es el resultado de la evolución del Estado hacia un Estado democrático de derecho como incluso en general ahora se declara en las Constituciones, como parte esencial del derecho a la democracia,[2] que impone a los gobernantes la obligación de desarrollar las actividades gubernamentales con total transparencia, a los efectos de que los ciudadanos puedan ejercer el derecho más esencial de la democracia, que es el de controlar el ejercicio del poder.

Tal como lo expresó hace años el Juez Louis Brandeis de la Corte Suprema de los Estados Unidos, "la luz del sol es el mejor desinfectante,"[3] es decir, la publicidad respecto de las actividades gubernamentales es la mejor garantía al derecho político a la transparencia, de manera de poder asegurarle a los ciudadanos el derecho de tener información sobre la acción gubernamental para poder controlar la eficiencia y la eficacia en la Administración Pública, para lo cual, precisamente, la Constitución establece tanto el derecho de acceso a la información administrativa, como el derecho de los ciudadanos de acceso a la justicia para ejercer dicho control.

La democracia, en efecto, como régimen político, solo puede existir cuando se asegura a los ciudadanos la posibilidad de ejercer el control efectivo sobre el ejercicio del poder por parte de sus representantes, que son los gobernantes. De eso se trata la democracia: del ejercicio del poder en nombre de los ciudadanos y de la posibilidad real para estos de poder controlar dicho ejercicio, lo que no sólo impone la necesidad de que realmente funcione un sistema de separación de poderes, de manera que los mismos puedan controlarse entre sí, sino de prever y asegurar que los ciudadanos tengan derecho, por una parte, de acceso a la información administrativa y por la otra, de acceso a las instancias judiciales para poder ejercer, reclamar y defender sus derechos, y en particular, poder exigir el control judicial sobre la gestión gubernamental.

He allí la relación entre transparencia gubernamental, acceso a la información y acceso a la justicia, siendo los últimos dos elementos, la condición esencial para lograr el control del primero, es decir, de la transparencia.

---

recho supuestamente privaba el derecho a la privacidad o "intimidad económica" de los funcionarios.

2 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la constitución y del derecho a la democracia," en Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo (Directores), *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Managua 2011, pp. 73-94; y *VNIVERSITAS, Revista de Ciencias Jurídicas (Homenaje a Luis Carlos Galán Sarmiento)*, Pontificia Universidad Javeriana, facultad de Ciencias Jurídicas, Nº 119, Bogotá 2009, pp. 93-111; "El derecho a la democracia entre las nuevas tendencias del Derecho Administrativo como punto de equilibrio entre los Poderes de la Administración y los derecho del administrado," en Víctor Hernández Mendible (Coordinador), *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo (Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, Tomo II, Ediciones Paredes, Caracas 2009, pp. 1417-1439.

3 Véase Louis Brandeis, "What publicity can do?", en *Harper's Weekly December 20, 1913.*

III

En materia de gestión económica del Estado, y en particular de gestión fiscal, por ejemplo, la Constitución venezolana establece entre los principios que la rigen, el *principio de la "transparencia*" (art. 311); el cual en general, en relación con todos los órganos de la Administración Pública, se repite en el artículo 141 del texto fundamental, al disponer que la misma, estando "al servicio de los ciudadanos,"[4] se fundamenta, entre otros, en los "*principios de transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho*" (artículo 141).

Dicho principio de la transparencia lo reitera la Ley Orgánica de la Administración Pública, al enumerar los principios con base en los cuales se debe desarrollar la actividad administrativa, indicando que son: "los principios de economía, celeridad, simplicidad, *rendición de cuentas*, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, *transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales*" (art. 10).

A ello se agrega, específicamente en relación por ejemplo con el Banco Central de Venezuela, la declaración del artículo 319 de la Constitución que establece que dicha institución, "se regirá por el *principio de responsabilidad pública*," a cuyo efecto además de rendir cuenta de sus actuaciones, metas y resultados de sus políticas ante la Asamblea Nacional, también debe rendir "*informes periódicos sobre el comportamiento de las variables macroeconómicas del país* y sobre los demás asuntos que se le soliciten e incluirá los análisis que permitan su evaluación."

Para ello, el artículo 31 de la misma Ley del Banco Central de Venezuela dispone específicamente que su gestión "se guiará por el *principio de la transparencia*," lo que significa que:

> "sin menoscabo de sus responsabilidades institucionales, *deberá mantener informado, de manera oportuna y confiable al Ejecutivo Nacional y demás instancias del Estado, a los agentes económicos públicos y privados, nacionales y extranjeros y a la población acerca de la ejecución de sus políticas, las decisiones y acuerdos de su Directorio, los informes, publicaciones, investigaciones y estadísticas que permitan disponer de la mejor información sobre la evolución de la economía venezolana*, sin menoscabo de las normas de confidencialidad que procedan, conforme a la Constitución."

A tal efecto, además, el artículo 7.13 de la misma Ley que lo rige dispone que para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá a su cargo, entre otras, la función de "*Acopiar, producir y publicar las principales estadísticas económicas, monetarias, financieras, cambiarias, de precios y balanza de pagos*."

De todo lo anterior, por el principio de la transparencia, como se establece expresamente en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Administración Pública, y específicamente, en la

---

[4] Este concepto de la Administración Pública al servicio del ciudadano, que caracteriza a la Administración del Estado social y democrático de derecho, es contrario al de la Administración del Estado Burocrático, dedicada al Monarca o a la burocracia. Como lo expresó Max Weber, el Estado Burocrático era una organización que trataba "de incrementar la superioridad del conocimiento profesional de las autoridades públicas, precisamente a través del secretismo y de la confidencialidad de sus intenciones;" y por eso, los gobiernos burocráticos, siempre fueron "gobiernos que excluyen la publicidad." Véase Max Weber, *Economía y Sociedad*, Vol. II, Fondo de Cultura Económica, México 1969, p. 744.

Ley del Banco Central de Venezuela, esta institución tiene la obligación de informar al tanto a los órganos del Estado como a los ciudadanos en general, sobre los indicadores económicos, financieros, monetarios, cambiarios, de precios y de la balanza de pagos del país, para lo cual tiene la obligación de recopilar, producir y publicar dicha información.

Se trata, por tanto, de una obligación legal que el Banco tiene que cumplir, sin que sea necesario que haya requerimiento alguno específico de parte interesada, para que pueda haber control sobre sus actuaciones y la determinación, como lo indica el mismo artículo 319 de la Constitución, sobre si ha habido "incumplimiento sin causa justificada del objetivo y de las metas" de la institución, para la aplicación al directorio del mismo de las sanciones establecidas en la ley.

IV

El cumplimiento de dicha obligación legal de poner a disposición de la población de las informaciones o indicadores económicos del país, por supuesto, puede exigirse específicamente por cualquier ciudadano mediante el ejercicio del *derecho de petición* administrativa garantizado en el artículo 51 de la Constitución, o mediante el ejercicio del de derecho garantizado en el artículo 26 de la Constitución, conforme al cual

> "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."

En particular, en cuanto a este último derecho para exigir judicialmente ante los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el cumplimiento por los funcionarios públicos de alguna obligación legal, particularmente para asegurar el principio de la transparencia,[5] como la que se impone al Banco Central de Venezuela de informar sobre los asuntos económicos del país, el artículo 9.2 de la Ley Orgánica de dicha Jurisdicción de 2010 le atribuye competencia a los tribunales de la misma para conocer de dos tipos de demandas: por una parte, contra "la *abstención* de las autoridades a producir un acto al cual estén obligados por la ley;" y por la otra contra "la *negativa* de las autoridades a producir un acto al cual estén obligados por la ley."

En ambos casos, conforme al artículo 23 de la misma Ley Orgánica, corresponde a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia conocer de dichas demandas cuando se trate de "la abstención o la negativa" de los *altos funcionarios del Estado*, y en particular de las "máximas autoridades de los demás órganos de rango constitucional," como es el caso del Banco Central, y para corregir dicha abstención o negativa imponiéndole a los funcionarios la obligación de cumplir con su obligación legal.

---

[5] Véase en general sobre el ejercicio de este derecho, Víctor Hernández Mendible, "El derecho constitucional de acceso a la información pública y los medios de protección judicial," en Gonzalo Pérez Salazar, Luis Petit Guerra y Víctor R. Hernández-Mendible (Coords.), *La Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa como garantes de los Derechos Humanos, Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani* y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA, Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas. 2013. pp. 121-144; y Gina González Betancourt, "La inactividad de la Administración Pública en cuanto al derecho de acceso a la información pública y el principio de transparencia administrativa," en Víctor Hernández Mendible (Director), *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 379 y ss.

Se observa, en todo caso, que mediante esta regulación legal, la Ley Orgánica da cabida al menos a tres demandas o acciones contencioso administrativas: *primero*, la acción contencioso administrativa contra la abstención de un funcionario de cumplir una obligación que le está impuesta legalmente, como obligación genérica que tiene su fuente en la ley; segundo, la acción contencioso administrativa contra la abstención de un funcionario de cumplir una obligación que le está impuesta legalmente, pero que deriva en forma específica del ejercicio del derecho de petición ante la ausencia de obtener oportuna respuesta de un derecho de petición; y *tercero*, la acción contencioso administrativa contra la negativa expresa o formal de un funcionario de cumplir una obligación legal. Estas tres acciones dan origen a diferentes obligaciones probatoria para el accionante.

En el primer caso, de "abstención" de cumplir una obligación legal genérica por parte de un funcionario, el accionante lo que tiene que probar es simplemente que ha habido inacción del funcionario; en el segundo caso, del incumplimiento de la obligación específica del funcionario de dar oportuna respuesta a una petición ejercida por el accionante, éste lo que tiene que probar es que a pesar del requerimiento o gestión realizada ante la Administración para que se produzca la decisión debida, la misma no se ha dictado; y en el tercer caso, de la "negativa" del funcionario de cumplir una obligación legal, la misma que se concreta en un acto expreso, también deriva usualmente del ejercicio de un derecho de petición por un ciudadano ante un órgano de la Administración, que ésta se niega a resolver oportunamente. En los dos últimos casos, el accionante ante la justicia contencioso administrativa debe probar que formuló la petición, que puso en mora a la Administración para que respondiera o resolviera, y no ha obtenido oportuna respuesta o resolución concreta de lo solicitado.

Por tanto, la demanda o acción contencioso administrativa por abstención no sólo existe, como sucede en los dos últimos casos, cuando se da una relación jurídica específica entre la Administración y el ciudadano, que genera la obligación de la primera por ejemplo de responder oportunamente una petición concreta; sino que también se da, como sucede en el primer caso, en los casos de obligaciones genéricas de la Administración de actuar por imposición de una disposición legal.

Sobre esto ha sido clara la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al establecer el criterio de que "el recurso por abstención o carencia es un medio contencioso administrativo que puede –y debe– dar cabida a *la pretensión de condena al cumplimiento de toda obligación administrativa incumplida, sin que se distinga si ésta es específica o genérica,*"[6] dando origen como lo ha expresado Gina González Betancourt, a una jurisprudencia que ha establecido:

> "una ampliación del control sobre las manifestaciones de inactividad administrativa, mediante el recurso de abstención o carencia, lo cual puede juzgarse como una reforma positiva si lo vemos a la luz de ampliación del objeto de la pretensión, y abandono de interpretaciones restrictivas de acceso (entre obligaciones genéricas y específicas)."[7]

V

---

6 Véase sentencia Nº 547 de 6 de abril de 2004 (Caso: *Ana Beatriz Madrid Agelvis*), en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/547-060404-03-1085.HTM

7 Véase Gina González Betancourt, "La inactividad de la Administración Pública en cuanto al derecho de acceso a la información pública y el principio de transparencia administrativa," en Víctor Hernández Mendible (Director), *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 389.

Todo este régimen, sin embargo, ha sido completamente trastocado en Venezuela, al consolidarse, al amparo de la Constitución y en fraude a la misma, un régimen autoritario basado, no precisamente en la transparencia, sino en la mentira como política de Estado.[8]

Y lo más grave es que a ello ha contribuido el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, que es el máximo órgano judicial en materia contencioso administrativa en Venezuela, el cual ha consolidado a la Administración Pública, en lugar de como una "casa de cristal," más bien como una "barraca de hierro," donde todo es secreto; y ello lo ha hecho de un solo plumazo negándole a los ciudadanos tres derechos constitucionales: el derecho a la transparencia gubernamental, el derecho de acceso a la justicia y el derecho de acceso a la información administrativa.

Esto ocurrió mediante la sentencia Nº 935 de 4 de agosto de 2015 dictada en el caso *Asociación Civil Transparencia Venezuela* contra el Presidente del Banco Central de Venezuela,[9] al negarle el Tribunal Supremo a dicha Organización No Gubernamental, el derecho que toda la población tiene a estar informada por el Banco Central de Venezuela, públicamente, sobre los indicadores económicos del país que legalmente dicha institución está obligada a producir y publica.

La decisión de la Sala Político Administrativa en el caso de dicha sentencia Nº 935 de 4 de agosto de 2015, se adoptó en un proceso contencioso administrativa por abstención iniciado mediante demanda formulada por la mencionada ONG contra el Presidente del Banco Central de Venezuela para cumplir con la obligación legal de publicidad genéricamente establecida en la Constitución y la Ley del Banco Central de Venezuela.

En efecto, en julio de 2015, y conforme a las nomas antes mencionadas, los representantes de la *Asociación Civil Transparencia Venezuela*, alegando el "incumplimiento de la obligación de rendición de cuentas establecida en el artículo 319 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y a la opacidad generada por el incumplimiento de la obligación en la publicación de las principales estadísticas económicas del país dispuestas en los artículos 7 numerales 13 y 31 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela;" ejercieron su derecho de acceso a la justicia interponiendo ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo *demanda por abstención* contra el Presidente del Banco Central de Venezuela, "*al no ejercer una competencia legalmente atribuida por la Ley del Banco Central de Venezuela."*

Los demandantes alegaron la violación del derecho de "*acceso de la información, lo cual compromete y transgrede principios fundamentales de un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia preceptuado en nuestra Carta Magna*;" indicando que dicha "*omisión puede constatarse mediante revisión de la página web del Banco Central de Venezuela, en la cual no se encuentra publicada ningún índice macroeconómico de lo que va del año 2015 (enero-julio)*," siendo la misma:

> "*ampliamente violatorio de obligaciones específicas, que se encuentran establecidas en los artículos 7 numeral 13 y 31 de la Ley del Banco Central de Venezuela, y a su vez violatorio*

---

8 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015* (Prólogo de Manuel Rachadell), Colección Estudios Políticos, Nº 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

9 Véase la sentencia del caso en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/180378-00935-5815-2015-2015-0732.HTML

de los principios constitucionales de participación, transparencia y justicia por los cuales debe guiarse todo ente u organismo de la administración pública."

En resumen, expusieron los demandantes que:

"*…la acción del Presidente del Banco Central de Venezuela al no cumplir con la obligación de hacer de conocimiento público, configura una abstención de su parte, toda vez que ha dejado de realizar una medida indispensable que le corresponde, para garantizar el cumplimiento de la ley, así como el derecho constitucional de toda ´persona a tener disponible y recibir en todo momento información oportuna, veraz, imparcial y sin censura de ningún tipo," solicitando del Tribunal Supremo que ordenara "al Presidente del Banco Central de Venezuela a que haga de acceso público mediante la publicación en la página web de ese Banco Central de las principales estadísticas económicas del país correspondientes a los meses de enero a julio del 2015, según lo dispuesto en los artículos 7 numeral 13 y 31 de la Ley del Banco Central*."

En definitiva, lo que los recurrentes demandaron fue que el banco central de Venezuela cumpliera con la obligación que le imponía la Ley.

VI

Siguiendo criterios jurisprudenciales que habían sido establecidos precedentemente, en particular en la sentencia Nº 1.177 del 24 de noviembre de 2010,[10] la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Venezuela procedió a tramitar la demanda incoada siguiendo el "procedimiento breve" aplicable a "las demandas relacionadas con reclamos por *la omisión, demora o deficiente* prestación de los servicios públicos, vías de hecho y abstenciones, cuando no tengan pretensiones de contenido patrimonial o indemnizatorio."

Sin embargo, al hacerlo, el Tribunal, de oficio, *ilegítimamente procedió a cambiar el objeto de la demanda intentada*, transformando la demanda por "abstención" que fue la que había sido intentada para exigir el cumplimiento de una obligación legal genérica por parte del Banco Central, en una supuesta demanda por abstención de dar oportuna respuesta a una supuesta petición administrativa que nunca fue ejercida, pues ello no era necesario legalmente.

Es decir, para negarle a la accionante su derecho de acceso a la justicia para controlar la actuación del Presidente del Banco Central de Venezuela y exigir el cumplimiento de la obligación legal genérica que tiene impuesta, la Sala Político Administrativa procedió a desconocer el objeto de la demanda (que era la "abstención" de cumplimiento de una obligación legal), y considerándola impropiamente como una demanda por abstención o negativa a responder una petición para el cumplimiento de una obligación legal, procedió a declararla inadmisible porque supuestamente, la accionante no había acompañado a su demanda copia de alguna gestión poniendo en mora al Banco por no haber respondido a alguna supuesta petición.

VII

En efecto, el artículo 66 de la ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela establece que "en los casos de reclamo por la prestación de servicios públicos o por abstención," el accionante "deberá acompañar los documentos que acrediten los

---

[10] Véase Caso Asociación Civil Centros Comunitarios de Aprendizaje (CECODAP), Fundación Luz y Vida, Asociación Civil Manos por la Niñez y Adolescencia y otras interponen recurso por abstención o carencia contra la Presidencia de la República, en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01177-241110-2010-2010-0497.HTML

trámites efectuados," lo que tiene que entenderse, cuanto sea aplicable en virtud del principio *pro actione*.

La acreditación de los "tramites efectuados" es fundamental si se trata de una demanda por reclamo por la prestación de servicios, e incluso por la abstención o negativa de la Administración de dar respuesta a una petición; pero no se aplica cuando se trata de una demanda por abstención de cumplir una obligación legal en beneficio de toda la población y no de una persona específica, en cuyo caso lo que el accionante tiene que acreditar es sólo el incumplimiento de la misma por el funcionario.

En este último caso, solo si el accionante no prueba con su demanda el hecho del incumplimiento, es que el tribunal podría declarar la inadmisibilidad de la demanda conforme a los artículos 35.4 y 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al requerir que a las demandas deben acompañarse *"los documentos indispensables para verificar su admisibilidad*."

Si se trata de una demanda por reclamo por la prestación de servicios públicos, deben aportarse los "documentos que acrediten los trámites efectuados" para el reclamo por la prestación deficiente; si se trata de una demanda por negativa o abstención de la Administración de responder una petición específica, por ejemplo, un recurso jerárquico ejercido ante la Administración, el accionante debe acreditar haber puesto en mora a la Administración,[11] para la obtención de la oportuna respuesta debida.

Pero si se trata de una demanda por abstención en cuanto al cumplimiento de una obligación legal general o genérica, impuesta por ley al funcionario, como es el caso por ejemplo de las obligaciones de publicidad de los indicadores económicos que se exige al Banco Central, lo que el accionante tiene que acreditar es simplemente el hecho de la abstención de cumplimiento de la obligación legal, sin que para demandar, tenga que previamente haber acudido específica e individualmente ante el mismo a pedir que el funcionario cumpla su obligación general.

VIII

Esta distinción surge incluso de la propia sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, que comentamos, cuando pretendió fundamentar la misma en diversas sentencias anteriores en las cuales la Sala procedió a "constatar que el demandante haya acompañado los documentos indispensables para verificar su admisibilidad, que en las demandas de reclamo por la prestación de servicios públicos y en las demandas por abstención, se refiere a aquéllos que acrediten los trámites realizados ante la autoridad señalada como responsable de la omisión;" sentencias todas referidas a supuestos de hecho distintos al de la acción propuesta, pues se refirieron a casos de abstención de decidir peticiones concretas formuladas ante la Administración.

Dichas sentencias citadas incorrectamente como "precedentes," en efecto, fueron las siguientes: la sentencia Nº 640 del 18 de mayo de 2011 dictada en un caso en el cual lo que se

---

[11] Sobre esto, en una Administración al servicio del ciudadano, debería bastar un solo reclamo para que la Administración quede en mora. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo, en sentencia Nº 1504 de 16 de septiembre de 2011 (Caso: *Carlos Olivares Cruces*), consideró que dos solicitudes del interesado dirigidas a la Administración Pública solicitando respuesta, no eran suficientes para entender cumplido en el requisito de admisibilidad de esta acción. Véase en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01504-161111-2011-2011-1078.HTML

denunció fue a falta de respuesta de un recurso jerárquico, declarándose inadmisible la demanda porque no se presentó "prueba que acredite las gestiones que haya realizado ante la Administración para obtener respuesta";[12] la sentencia Nº 1.748 del 8 de diciembre de 2011 dictada en un caso donde se demandó la falta de trasferencia de recursos ordinarios fiscales por parte del Ejecutivo Nacional al Estado Carabobo, declarándose inadmisible la demanda porque no constaba "que previo a la interposición de la acción, se hubieran agotado las gestiones ante el Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, a fin de solventar la omisión que le ha sido imputada;[13] la sentencia Nº 384 del 25 de abril de 2012 (que no se ha podido consultar por aparecer "error" en la página del Tribunal Supremo; y la sentencia Nº 444 del 23 de abril 2015 que resolvió una denuncia por carencia de decisión de un recurso jerárquico, declarándose inadmisible porque si bien se acompañó "copia del recurso jerárquico presentado ante el entonces Ministro del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública," el accionante "no acompañó a su libelo ninguna prueba que acredite las gestiones que haya realizado ante la Administración para obtener respuesta"[14]

En todos los casos citados como supuestos precedentes, los accionantes habían requerido específicamente a la Administración, mediante una petición concreta, la realización de una actividad que la Administración debía realizar y que la misma no ejecutó, por lo que ante la ausencia de la oportuna respuesta, la Sala consideró que para acceder a la justicia, debían haber acreditado el haber puesto en mora a la Administración mediante una gestión o trámite específico reclamando la oportuna respuesta debida.

IX

Todos esos casos eran por supuesto distintos al de la demanda intentada por la *Asociación Civil Transparencia de Venezuela*, que lo que exigía era que el funcionario demandado, en el caso, el Presidente del Banco Central de Venezuela, cumpliera con su obligación legal general de informar públicamente, al pueblo, sobre los indicadores económicos del país, conforme a la obligación constitucional y legal que tenía.

Para ello, la demandante, lo único que tenía que hacer en materia probatoria, era probar objetivamente el incumplimiento de dicha obligación, lo cual por lo demás era público y notorio, alegando para ello que dicha:

> "*omisión puede constatarse mediante revisión de la página web del Banco Central de Venezuela, en la cual no se encuentra publicada ningún índice macroeconómico de lo que va del año 2015 (enero-julio)*."

Por tanto, para intentar su demanda, la *Asociación Civil Transparencia Venezuela* no tenía que acompañar a su libelo, como erradamente lo afirmó la Sala en su sentencia:

> "prueba que acredite las gestiones que haya realizado para solicitar y obtener del Presidente del Banco Central de Venezuela el cumplimiento de la obligación de rendición de cuentas establecida en el artículo 319 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la publicación de las principales estadísticas económicas del país dispuestas en los artículos 7 numerales 13 y 31 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, sustento de la demanda de autos".

---

12 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00640-18511-2011-2010-1203.HTML

13 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01748-81211-2011-2011-0025.HTML

14 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/176603-00444-23415-2015-2015-0123.HTML

Nada tenía la Asociación Civil demandante que gestionar ante el Presidente del Banco Central. Este había incumplido objetivamente la obligación legal que tenía impuesta, y ello constaba en la propia página web de la institución.

X

Al exigir esa prueba de alguna "gestión" o trámite, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, contrariando el principio *pro actione*, y violando el derecho ciudadano de acceder a la justicia y obtener tutela judicial efectiva, distorsionó la acción contencioso administrativa intentada contra la carencia administrativa por omisión en el cumplimiento de obligaciones legales genéricas, y deliberadamente lo confundió con un recurso contra la negativa o abstención de la Administración de decidir peticiones específicas formuladas ante ella, por ejemplo, mediante recursos administrativos no respondidos, lo que no era el caso debatido.

Como lo ha interpretado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al referirse al principio *pro actione*, conforme al mismo:

> "las condiciones de acceso a la justicia deben entenderse en el sentido de tamices que depuran el proceso, de allí, que la función ejercida por las formas y requisitos procesales esté en línea de hacer avanzar la pretensión por caminos racionales, y *no de imposibilitar injustificadamente el ejercicio de la acción*. Ello ha hecho afirmar a esta Sala que: *"las causales de inadmisibilidad deben estar legalmente establecidas (asimismo) ...deben ser proporcionales a la finalidad perseguida por las normas procesales, esto es, ser cauce racional para el acceso a la tutela judicial (González Pérez, ob. cit. p. 62), en el sentido de ordenar el proceso, por lo que no les es dable vulnerar el contenido esencial del derecho a la tutela judicial."*(Sentencia Nº 758/2000)."
>
> Por otra parte, *el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso de los ciudadanos a los órganos de justicia*."[15]

Es decir, dentro del alcance del principio *pro actione,* las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, lo que implica que "todo ciudadano tiene derecho a […] que los requisitos procesales se interpreten en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales."[16]

La sentencia que se comenta, al contrario, violó abiertamente el principio *pro actione* que deriva del principio de la progresividad en materia de derechos humanos (art. 19 Constitución), que le imponía a la Sala en caso de duda decidir a favor de la admisibilidad de la acción, para garantizarle a la accionante su derecho de acceder a la justicia y a obtener la tutela efectiva de sus derechos (art. 26); y con ello, además, violó abiertamente dicho derecho de acceder a la justicia, y además, el derecho ciudadano a la transparencia de la Administrativa al negarle a la demandante la posibilidad de controlar las omisiones del banco central de Venezuela en el cumplimiento de su obligación legal de recopilar e informar públicamente sobre los indicadores económicos del país.

---

15 Véase sentencia de la Sala Constitucional No 1.064 de 19 de septiembre de 2000 (Caso *Cervecería Regional*), en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1064-190900-00-2131.HTM

16 Véase en *Revista de Derecho Público* Nº 101, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 88 ss.

Así, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en definitiva, decretó el secreto en materia económica, como política de Estado, liberando de hecho al Banco Central de Venezuela de su obligación legal de informar al país sobre los indicadores económicos, arrebatándole a los ciudadanos su derecho a la trasparencia gubernamental, su derecho de acceso a la justicia y su derecho a la información administrativa.

Comentarios sobre el régimen jurídico de la deuda pública externa de Venezuela

Rafael Guilliod Troconis

Profesor de Finanzas Públicas de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: *Este ensayo presenta un análisis de los aspectos más relevantes del régimen jurídico de la deuda pública externa de Venezuela, con el propósito de evaluar la base jurídica para su reestructuración. El análisis destaca que los contratos que regulan el endeudamiento público externo son negocios jurídicos de derecho mixto, con rasgos de derecho público y de derecho privado*.

Palabras Clave: *Deuda Pública Externa, Reestructuración Deuda Pública Externa*.

Abstract: *This paper presents an analysis of the main aspects of the legal treatment of the Venezuelan Public Debt, with the purpose of evaluating the legal framework of its restructuring. The analysis points out that the agreements dealing with the external public debt are contracts of a mixed legal regime, with both private and public law aspects.*

Key words*: External public debt, Restructuring of External Public Debt.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. SOBRE LAS OBLIGACIONES FINANCIERAS EN DIVISAS DEL SECTOR PÚBLICO VENEZOLANO

II. ASPECTOS DE DERECHO PRIVADO DEL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO

1. *Consideraciones generales*. 2. *La ley aplicable al contrato*. 3. *La jurisdicción competente*. 4. *Diferencias relevantes entre los créditos sindicados y las emisiones de bonos*. 5. *Problemas relacionados con la reestructuración de la deuda pública externa*. A. *Régimen especial para la adopción de decisiones en procesos de reestructuración de deuda pública externa.* B. *El problema de que se asuman riesgos excesivos (moral hazard)*. C. *Petróleos de Venezuela S.A. y el procedimiento de quiebra*.

III. ASPECTOS DE DERECHO PÚBLICO DEL ENDEUDAMIENTO EXTERNO DEL SECTOR PÚBLICO

1. *Introducción*. 2. *Limitaciones formales y materiales al endeudamiento público*. A. *Reserva legal*. B. *Límites cuantitativos al endeudamiento.*

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La grave crisis económica que vive Venezuela en el presente tiene como uno de sus elementos fundamentales el problema de cómo atender el servicio de una deuda pública externa de elevado nivel, cuando las disponibilidades de divisas del país se han reducido de manera sustancial.

Es evidente que el país necesita reestructurar su deuda pública externa, permitiendo que sus limitados recursos en divisas puedan ser asignados para atender necesidades prioritarias. Pero para ello es necesario entender cuáles son las características básicas de su regulación jurídica.

El presente ensayo tiene por objeto evaluar ese régimen legal e identificar aquellos aspectos del mismo que deban ser modificados para facilitar la reestructuración de la deuda pública externa.

El endeudamiento del Estado es un mecanismo de financiamiento extraordinario de sus actividades. En efecto, conceptualmente se trata de un ingreso público extraordinario, propio del financiamiento de eventos no recurrentes. Para la atención de sus gastos ordinarios, el Estado debería privilegiar entre sus fuentes de financiamiento a la imposición. Los impuestos representan un medio regular y estable para financiar el gasto público ordinario, cuyas limitaciones y efectos son directamente apreciables en el presente, permitiendo su modificación o adecuación si fuera necesario. Así, el exceso en la imposición sobre la renta puede generar desincentivos a la inversión o al trabajo, ya que el fruto de los mismos sería atrapado por el Estado para financiar el gasto público. Por su parte, el incremento de la imposición sobre el consumo puede desalentarlo, incentivando en su lugar el ahorro.

En cambio, el endeudamiento supone la obtención de poder de compra por el Estado en el presente a cambio de su merma en el futuro. Se captan recursos hoy a cambio de restituirlos posteriormente. Por ello sus beneficios son claramente identificables en el presente, pero sus limitaciones y defectos son perceptibles en el futuro, cuando llega el momento de restituir lo recibido.

Los incentivos para el endeudamiento externo son más acentuados en los países en vías de desarrollo. Así, en estos países existen necesidades básicas en materia de infraestructura y servicios públicos que justifican el endeudamiento para cumplir metas de desarrollo, acelerando un proceso que de otro modo tomaría más tiempo ejecutar. Esto al margen de que, para muchos países en vías de desarrollo, es preferible contraer endeudamiento externo para escapar a la potencial intromisión política de las organizaciones internacionales o estados que otorgan ayuda económica unilateral o la dominación económica que pretenden ejercer las empresas multinacionales como contrapartida a sus inversiones[1].

Ahora bien, la circunstancia de que los beneficios del endeudamiento sean fácilmente perceptibles en el presente, pero que sus limitaciones y defectos sean apreciables en el futuro, obliga a guardar la mayor prudencia en su uso. Esto debería ser advertido por la clase política, que de ordinario tiene más bien como objetivo alcanzar y conservar el poder, siendo para ella de relevancia secundaria los efectos a largo plazo de sus actos, especialmente si tales efectos deberán ser atendidos por quienes detenten el poder posteriormente.

En la teoría de las finanzas públicas, el tema de las consecuencias futuras del endeudamiento presente se ha evaluado bajo la noción de ética intergeneracional. Esta noción sostiene que es necesario proteger los intereses de las futuras generaciones que deberán asumir el pago de las deudas contraídas en el pasado, mediante el establecimiento de limitaciones y controles al endeudamiento público que permitan desalentar el exceso en su captación. De allí que la legislación adopte tales limitaciones y controles, como condición para contratar empréstitos públicos.

---

[1] Lissakers, Karin. *Banks, Borrowers and the Establishment: A Revisionist Account of the International Debt Crisis. Basic Books*, 1991, p. 3.

Ahora bien, para apreciar el impacto real del endeudamiento sobre las futuras generaciones es necesario distinguir el endeudamiento interno, esto es, el contraído en bolívares, frente al endeudamiento externo, vale decir, el contraído en moneda extranjera. En el caso del endeudamiento interno, los gobiernos pueden endeudarse con tasas de interés inferiores a la inflación, con lo cual el poder adquisitivo de los derechos de crédito expresados en dinero se verá progresivamente mermado, con efectos correlativos sobre las obligaciones dinerarias del Estado. Allí se aprecia un impuesto encubierto que el Estado impone a los tenedores de títulos de la deuda pública interna.

En cambio, en el endeudamiento externo, como los gobiernos tienen que valerse de moneda extranjera para pagar sus obligaciones, no hay espacio para ampararse en políticas inflacionarias propiciadas por el Estado que disminuyan el valor real de sus obligaciones dinerarias. Antes, por el contrario, los Estados quedan expuestos a factores exógenos que pueden incrementar sustancialmente sus pasivos en divisas.

Así ocurrió en la crisis de la deuda externa de los años 80 del siglo pasado por el alza brusca y cuantiosa de las tasas de interés en los Estados Unidos a finales de los 70.

Los efectos del endeudamiento externo sobre las generaciones futuras son obviamente severos. En efecto, los recursos para atender su pago son los que el Estado haya podido acumular en las reservas internacionales. Este es el ahorro del país para pagar por importaciones y cumplir sus otros compromisos en moneda extranjera. La economía se define como la ciencia que estudia la satisfacción de necesidades ilimitadas a través de medios limitados. Pues bien, del nivel de las reservas internacionales dependerá la atención de la totalidad de las obligaciones en divisas del país. Si las reservas internacionales son insuficientes habrá que jerarquizar su asignación. Sin embargo, debido a su base contractual, el servicio de la deuda pública tiene una rigidez que en cierta medida la excluye de la competencia por recursos en divisas. En otras palabras, la asignación de divisas a otros destinos puede ser reducida con mayor flexibilidad que el servicio de la deuda externa.

Cuando el nivel de las reservas internacionales alcanza cotas desmedidamente bajas, la comentada jerarquización se convierte en un ejercicio tortuoso, porque el cumplimiento sin alteraciones de las obligaciones derivadas del endeudamiento implicaría la renuncia del uso de tales recursos para otros fines, potencialmente vinculados con la atención de necesidades colectivas impostergables, como la importación de bienes que conforman la canasta básica o medicinas.

Cuando se alcanzan situaciones como las indicadas, la racionalidad indica que debe intentarse reestructurar el endeudamiento público externo, ampliando su plazo de amortización y pago de intereses, con lo cual se liberarían los recursos necesarios para atender necesidades más apremiantes del país. Ahora, si el endeudamiento supuso en su momento la concertación de condiciones entre el Estado deudor y sus acreedores con fundamento en la libertad contractual, la reestructuración de la deuda debe forzosamente seguir el mismo camino.

Para negociar la reestructuración de la deuda pública externa es necesario evaluar el marco jurídico en la que esta última se apoya. El régimen jurídico de la deuda pública externa de Venezuela corresponde a un negocio jurídico de derecho mixto, en el que prevalecen aspectos de derecho privado, pero en el que también rigen aspectos de derecho público, que condicionan la actuación de una de sus partes, la cual queda sujeta a limitaciones en su actuación, que por ende pueden afectar la validez del negocio.

Las normas de derecho privado comprenden esencialmente los contratos que hayan suscrito la República o sus entidades descentralizadas para contraer endeudamiento. Cabe destacar

que cada contrato suscrito comprende condiciones particulares, por lo cual cada uno de ellos deberá ser evaluado por separado. Sin embargo, diversas obligaciones y derechos dentro de esos contratos responden a principios comunes. En este ensayo se examinarán esos principios.

Por su parte, las disposiciones de derecho público básicamente se refieren a las limitaciones o condiciones que establece la legislación vigente para regular la deuda pública externa. Esas limitaciones y condiciones están recogidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público. Dichos cuerpos normativos serán objeto de un análisis pormenorizado en este ensayo.

Este régimen jurídico presenta además la particularidad de que el mismo combina aspectos propios de la familia jurídica del derecho anglosajón con aspectos de la familia jurídica del derecho continental, a la cual pertenece el ordenamiento jurídico venezolano. En efecto, los contratos que regulan la deuda pública externa están normalmente sometidos a leyes de mercados financieros reconocidos, como las del Estado de Nueva York, perteneciente a la familia jurídica del derecho anglosajón. Obsérvese que, mientras el derecho continental enfatiza la creación normativa a través del derecho legislado, el derecho anglosajón acentúa la creación normativa a través de la jurisprudencia. Por estas razones, el régimen jurídico de la deuda pública externa tiene como uno de sus rasgos característicos su complejidad.

II. SOBRE LAS OBLIGACIONES FINANCIERAS EN DIVISAS DEL SECTOR PÚBLICO VENEZOLANO

Para la determinación del alcance de este ensayo procederemos a identificar los principales pasivos financieros del sector público venezolano[2]. Una revisión general de los pasivos financieros del sector público venezolano para mediados de 2017 permite apreciar las siguientes variables de endeudamiento:

- Bonos sin garantía emitidos por la República, Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) y la C.A. La Electricidad de Caracas.
- Bonos emitidos por Petróleos de Venezuela S.A. con garantía real sobre las acciones de Citgo Holding Inc.
- Créditos otorgados por China y Rusia a cambio de venta a futuro de petróleo.
- Créditos de suplidores y contratistas.
- Reclamos e indemnizaciones derivadas de expropiaciones efectuadas por la República, que se encuentran en diferentes etapas litigiosas.
- Créditos de organismos multilaterales como el Banco Interamericano de Desarrollo y la Corporación Andina de Fomento.
- Otros créditos bilaterales, distintos a los otorgados por Rusia y China.
- Créditos del Banco de Cooperación Internacional de Japón contra Petróleos de Venezuela S.A. y otros créditos no financieros en contra de PDVSA.

Estas obligaciones se encuentran reguladas por diferentes modalidades de contratos, lo que obliga a revisar cada contrato por separado para determinar su contenido y alcance. Ello, no obstante, es posible identificar categorías y conceptos comunes a las diferentes modalidades de endeudamiento. A tal efecto, adoptaremos como referencia el régimen contractual de

---

[2] Véase Walker, Mark y Cooper, Richard. Venezuela's Restructuring: A Realistic Framework. September, 2017, p. 2 y 3. (Consultada en internet).

los préstamos sindicados y las emisiones de bonos, que constituyen las formas de pasivos financieros en moneda extranjera más importantes que tiene la República Bolivariana de Venezuela.

III. ASPECTOS DE DERECHO PRIVADO DEL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO

1. *Consideraciones generales*

Según los conceptos jurídicos del Derecho continental, sistema al que pertenece el Derecho Venezolano, la naturaleza jurídica de los contratos que regulan el endeudamiento del sector público venezolano corresponde a un contrato de mutuo oneroso. Según el artículo 1.735 del Código Civil de Venezuela el mutuo es un contrato por el cual una de las partes entrega a otra, cierta cantidad de cosas con la obligación de restituirlas por otras tantas de la misma especie y calidad. Como quiera que en los contratos de endeudamiento del sector público venezolano se contempla el pago de intereses, debe entenderse que el contrato de mutuo en ese caso es a título oneroso.

Ahora bien, salvo por los montos adeudados por reclamos e indemnizaciones derivadas de expropiaciones, las modalidades de endeudamiento enumeradas en la sección anterior cuentan con un marco jurídico común, a pesar de ser reguladas por diferentes instrumentos jurídicos, sujetos a normas de derecho privado y de derecho público. Los instrumentos de derecho privado incorporan: elementos esenciales y accidentales de todo negocio jurídico, elementos propios de todo tipo de financiamiento y elementos característicos de la modalidad de financiamiento acordada. En los contratos que regulan los dos últimos grupos se encuentran obligaciones y derechos originarios, tanto del derecho continental como del derecho anglosajón.

Los contratos de endeudamiento regulan dos aspectos principales: las condiciones para el desembolso de los fondos al deudor y los medios de protección de los acreedores. En el primer aspecto, los intereses de las partes del contrato se complementan, de modo que las condiciones para el desembolso de los fondos al deudor son normalmente negociadas sin dificultades por las partes. Así, para ambas es necesario contar con disposiciones que con claridad regulen asuntos como el monto del préstamo, las condiciones para permitir los desembolsos, los métodos para calcular y pagar intereses, los medios para canalizar el envío de notificaciones, etc.

El segundo aspecto, relativo a los medios de protección de los acreedores, atiende a la particularidad de que éste es un contrato a plazo, en el cual las obligaciones principales de las partes no se cumplen de manera simultánea, sino en diferentes momentos. En efecto, el financista cumple su obligación al comienzo de la vigencia del contrato mediante la entrega de una suma de dinero; mientras que su contraparte, el deudor, cumple posteriormente mediante la amortización del capital y el pago de intereses.

En tal virtud, de ordinario se incorporan a los contratos de endeudamiento cláusulas que procuran proteger al acreedor. La práctica contractual en esta materia acoge diversos mecanismos de protección –a través de obligaciones, prohibiciones o permisos– algunos de los cuales tienen su origen en el derecho continental, mientras otros derivan del derecho anglosajón. En una enumeración preliminar, se pueden citar los siguientes mecanismos de protección de los acreedores: el derecho a que el acreedor exija el prepago del préstamo en caso de incumplimiento, lo que supone que el deudor pierde el beneficio del plazo para el cumplimiento de su obligación; el establecimiento de condiciones previas sobre el deudor para que el acreedor se encuentre obligado a efectuar el desembolso de los fondos; la norma que establece que la realización de cambios en la legislación del deudor que afecten los ingresos del

acreedor se considera una causal de incumplimiento del contrato, solo subsanable mediante pago compensatorio del deudor; la obligación de mantener la equiparación de los derechos del acreedor con otros acreedores quirografarios del deudor (cláusula *pari passu*); la prohibición al deudor de otorgar garantías reales o derechos preferentes al pago a otros acreedores (cláusula *negative pledge*) que desmejoren la posición del financista como acreedor quirografario; la renuncia del deudor soberano a la inmunidad que pudiera tener sobre sus activos ante medidas preventivas o ejecutivas; y la elección de una legislación y una jurisdicción para resolución de controversias que favorezca los intereses de los acreedores[3].

2. *La ley aplicable al contrato*

En los contratos que regulan el endeudamiento público externo debe contemplarse la ley que regirá a los mismos. En caso de que ello no ocurra, los tribunales tratarán de establecer cuál fue la intención de las partes, en atención al factor de conexión relevante en cada contrato. Así, por ejemplo, cabría inferir que cuando se establece en el contrato que los tribunales de cierta localidad resolverán las disputas que puedan surgir entre las partes, la ley aplicable a ese contrato es la que corresponde a esa jurisdicción.

Ahora bien, hay tres opciones de ley aplicable al contrato: la ley del acreedor, la ley del deudor o la ley de un tercer país, normalmente la de un mercado financiero de importancia. Naturalmente, los acreedores prefieren que se elija una legislación que, de manera estable, proteja sus intereses, esto es, que establezca condiciones favorables al ejercicio de los derechos patrimoniales de la banca u otros acreedores financieros. Esto excluiría a las legislaciones susceptibles de introducir cambios para proteger a sus entidades públicas deudoras ante el riesgo de la ejecución sobre sus activos de medidas cautelares o ejecutivas.

Sin perjuicio de una revisión pormenorizada de la legislación más adecuada a los intereses de los acreedores, puede presumirse que los países exportadores de capital normalmente adoptarán legislaciones más favorables a la banca, mientras que los países importadores de capital son los más propensos a adoptar cambios en sus legislaciones para proteger los activos de entidades públicas deudoras, y en particular permitir que sus ingresos en divisas puedan ser empleados prioritariamente para la atención de necesidades básicas de sus países, en lugar de destinarse al servicio de su deuda pública externa.

Cabe citar dos sentencias en Inglaterra para destacar la importancia que tiene para el acreedor la determinación de una legislación que los favorezca. Así, el caso Helbert Wagg & Co Limited de 1956 versa sobre una empresa británica que le hizo un préstamo a una empresa alemana, cuyo contrato estaba sujeto a la ley alemana. El contrato contempló que la amortización y pago de intereses del préstamo debía efectuarse en libras esterlinas. Sin embargo, posteriormente fue aprobada en Alemania una ley de moratoria que obligaba al deudor a pagar el préstamo en marcos alemanes, a una entidad gubernamental en Alemania. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la empresa deudora había pagado la totalidad del préstamo, por lo cual según la Ley de moratoria la deuda quedaba extinguida. La empresa británica acreedora entonces demandó el cumplimiento de la obligación contraída ante la jurisdicción inglesa. En su sentencia, el tribunal inglés sostuvo que como el contrato estaba sujeto a la ley alemana, esta debía ser aplicada para determinar si los pagos efectivamente liberaban a la empresa alemana.

---

[3] Wood, Phillip. Selected Aspects of International Loan Documentation and Rescheduling, incluido en la obra colectiva Sovereign Borrowers: Guidelines of Legal Negotiations with Commercial Lenders editado por Lars Kalderén and Qamar Siddqi. Butterwoths, 1984, p. 123 y ss.

En consecuencia, como la ley de moratoria era una ley alemana, el prestatario se encontraba liberado de sus obligaciones con el pago efectuado ante la referida agencia gubernamental.[4]

Una situación contraria se presentó en la sentencia Banco Nacional de Grecia y Atenas de 1958. En 1927, el National Mortage Bank of Grecia emitió bonos denominados en libras esterlinas garantizados por el National Bank of Grecia y Atenas. Los bonos estaban sujetos a la Ley inglesa. Un decreto del Gobierno griego impuso una moratoria suspendiendo la ejecución de los derechos sobre los bonos. En una demanda interpuesta por un tenedor de bonos, un tribunal inglés decidió que como las obligaciones bajo el contrato estaban sujetas al derecho inglés, el decreto emitido por el gobierno griego no le era aplicable, por lo cual las obligaciones del emisor y su garante se mantenían vigentes[5].

De los casos antes indicados puede apreciarse la relevancia que tiene la selección de una legislación para la atención de los derechos de las partes en los contratos de endeudamiento externo. Para los acreedores, la sujeción a una legislación apropiada es importante porque permite proteger sus intereses en una modalidad de contrato en la que los acreedores cumplen su obligación principal al inicio del contrato, mientras los deudores cumplen su obligación principal en el futuro. Dada la asimetría en el momento en que se debe dar cumplimiento de las obligaciones en este contrato, para los acreedores es particularmente necesario que la ley aplicable al contrato proteja sus intereses.

Lo antes indicado no implica que para los deudores soberanos la selección de la ley aplicable sea irrelevante. Así, desde el punto de vista de los deudores soberanos, la aplicación de una legislación favorable a los acreedores tiene como efecto limitar la libertad de acción necesaria para que sus gobiernos puedan atender las necesidades colectivas en su país, permitiéndoles, en casos excepcionales, la postergación o reprogramación de sus obligaciones financieras en divisas.

Sin embargo, debe reconocerse que, de aplicarse la ley del deudor, la introducción de cambios en la misma que reduzcan o limiten los derechos de los acreedores foráneos, simplemente desincentivaría cualquier iniciativa a otorgar créditos a deudores soberanos. Dentro de una economía de libre mercado en la que los agentes económicos son libres de colocar sus recursos donde les parezca, desaparecería cualquier incentivo a prestar fondos a los deudores soberanos, si estos conservan la facultad de modificar unilateralmente obligaciones legítimamente contraídas a través de cambios en su legislación.

Por último, cabe destacar que la ley seleccionada para regular el contrato de endeudamiento público externo no necesariamente resuelve todos los asuntos relacionados con el mismo. Así, por ejemplo, la ley inglesa de derecho internacional privado establece que en ciertas materias como la calificación jurídica del deudor (por ejemplo, si califica como una sociedad anónima) y la capacidad jurídica de éste, son determinados por la ley del lugar de constitución de esa entidad.

3. *La jurisdicción competente*

Otro aspecto importante para la protección jurídica de los acreedores es la designación de una jurisdicción competente que dirima los conflictos entre las partes en términos que faciliten la defensa y ejecución de sus derechos de crédito. La razón por la cual los prestamis-

---

4 *Ob. Cit.*, p. 124-5.

5 *Ob. Cit.*, p. 125.

tas prefieren establecer la jurisdicción distinta a la de los deudores soberanos es la misma que corresponde a la ley aplicable: aislarlos del riesgo. Desde el punto de vista de los acreedores, si estuvieran limitados a ejercer sus derechos en los tribunales del deudor soberano, quedarían expuestos al riesgo de que dichos tribunales favorezcan al deudor, adoptando interpretaciones que eviten la aplicación de leyes foráneas o al menos aplicándolas sólo en la medida en que éstas no sean contrarias o incluso inconsistentes con la legislación local. Por ejemplo, ello ocurriría si se aprueba en la legislación del deudor soberano un régimen de moratoria de la deuda externa o un control de cambios que limite el acceso a divisas para el pago de la deuda externa. Para los acreedores, ese tipo de situaciones debe contemplarse en el contrato como una causal de incumplimiento, que obligaría al deudor al pago inmediato de la obligación. Por esta razón, sería inadmisible para los acreedores que un tribunal local declare que esas normas constituyen por ejemplo una causa extraña no imputable, bajo la modalidad de "*hecho del príncipe*", que los eximiría de cumplir sus obligaciones bajo el contrato.

De ordinario, estos contratos contemplan un procedimiento para la designación de un agente procesal por el deudor, de forma que pueda ser citado en la jurisdicción del acreedor. En estos casos se puede designar a un embajador, al cónsul o a una entidad privada para que cumpla tales funciones; esta última solución es la preferida por los acreedores porque excluye cualquier discusión sobre la posible inmunidad soberana del deudor. Por su parte, los deudores deben procurar la selección de una jurisdicción competente para dirimir controversias que al menos les brinde un trato imparcial y en la que se considere su punto de vista.

Cabe destacar que la legislación del deudor soberano puede contemplar la inmunidad de jurisdicción sobre sus ingresos y activos, con lo cual se obstaculizaría la ejecución de medidas preventivas y ejecutivas. La inmunidad de jurisdicción puede entenderse como un medio de defensa de los países deudores ante el cobro compulsivo de sus deudas por gobiernos y particulares extranjeros. El antecedente más relevante para nuestro país fue la agresión efectuada contra Venezuela por los gobiernos de Gran Bretaña, Alemania e Italia en 1902 como represalia al incumplimiento de obligaciones derivadas de préstamos. Como reacción ante ese acto, el canciller de la República Argentina, Luis María Drago, formuló una declaración de principios –conocida como la Doctrina Drago– en una nota de la Argentina a los Estados Unidos el 29 de diciembre de 1902. Los aspectos fundamentales de este documento histórico se transcriben a continuación:

> "El capitalista que proporciona dinero a un Estado extranjero siempre tiene en cuenta los recursos de ese país y la mayor o menor posibilidad de que las obligaciones se cumplan sin problemas… También el acreedor sabe que hace un contrato con una entidad soberana y es una calidad inherente a toda soberanía que contra ella no se realizará un procedimiento ejecutorio ya que tal forma de recaudación comprometería su verdadera existencia invalidando la independencia y la acción del respectivo gobierno. El cobro impetuoso e inmediato de una deuda a través del uso de la fuerza es un elemento que solamente puede traer la ruina de las naciones débiles y la absorción de sus gobiernos por los poderosos de la tierra … la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea[6].

Ante esta situación, sin embargo, las legislaciones de los Estados Unidos y el Reino Unido de la Gran Bretaña, han aprobado leyes sobre inmunidad soberana que en lo sustancial contemplan que dicha inmunidad no es aplicable cuando el deudor soberano renuncia de

---

[6] Zalduendo, Eduardo. *La Deuda Externa*. Depalma. Buenos Aires, 1988, p. 145 y 146.

manera expresa a la misma y cuando realiza operaciones mercantiles[7]. En los contratos de financiamiento público externo suscritos por entidades públicas venezolanas de ordinario se contempla la renuncia a la inmunidad soberana, en la medida que los ingresos o activos del deudor estén protegidos por ésta.

Para finalizar, algunos deudores solicitan que las controversias sobre el contrato sean resueltas mediante arbitraje. Sin embargo, en general, este mecanismo es objetado por los prestamistas. En efecto, según destaca el mercantilista británico Phillip Wood, a diferencia de lo que ocurre en otros contratos comerciales, el arbitraje casi nunca es empleado en contratos financieros, como los contratos de préstamo o las emisiones de bonos[8]. De allí que un número importante de créditos sindicados no haya podido suscribirse debido a la insistencia del deudor en someter el contrato a arbitraje. Entre las razones por las cuales los acreedores financieros no aceptan el arbitraje para dirimir controversias se encuentra que en estos contratos carecen de un cuadro fáctico complejo que justifique el arbitraje; las demoras que exige la designación del tribunal arbitral; y el hecho de que su costo no es menor que el de la jurisdicción ordinaria en los grandes centros financieros.

4. *Diferencias relevantes entre los créditos sindicados y las emisiones de bonos*

Es conveniente destacar las diferencias entre los préstamos sindicados y las emisiones de bonos en cuanto a las obligaciones y derechos de las partes en estos contratos plurilaterales. Así, un aspecto inicial importante de los créditos sindicados corresponde a las funciones del banco agente. De ordinario, los bancos que integran el sindicato designan a un agente como su representante. El agente actúa como canal de flujo de los pagos y desempeña varias funciones administrativas, incluyendo la revisión de la documentación requerida como condición precedente para el desembolso del préstamo. Adicionalmente, el agente actúa como receptor de las comunicaciones de prepago remitidas por el deudor. Desde el punto de vista del deudor, la presencia de un agente es conveniente porque le permite interactuar con el sindicato a través de un solo sujeto.

Otro aspecto importante de los créditos sindicados es que las obligaciones de los integrantes del sindicato son mancomunadas. En efecto, si un banco incumple su obligación de pagar su cuota del préstamo, esto es, de efectuar el desembolso por su cuota parte del préstamo acordado, los otros bancos no están obligados a asumir esa obligación. El deudor debe protegerse ante este riesgo asegurándose que los integrantes del sindicato sean bancos de buen nivel y reputación, de los cuales puede esperarse que cumplan sus obligaciones. Algunos bancos admiten una cláusula que obliga al agente a buscar un sustituto por un período determinado. Esta es, en todo caso, una obligación de medio, pero no de resultado.

El tercer aspecto de importancia en los créditos sindicados es el relativo a los mecanismos de votación para la toma de decisiones. Los integrantes de un crédito sindicado son bancos; es decir, son instituciones sofisticadas con una participación sustancial en el préstamo. Por tanto, ellos exigen que el ejercicio de sus derechos pueda efectuarse de manera separada e independiente. De ello se deriva que cuenten normalmente con un derecho de veto para la introducción de cambios en el contrato de préstamo.

---

7 Tudor John, William. Sovereign Inmunity. Incluida en la obra colectiva Sovereign Borrowers: Guidelines on Legal Negotiations with Commercial Lenders, editado por Lars Kalderén y Quamar Siddiqi. Butterworth, Uppsala, Suecia 1984, p. 144 y ss.

8 Wood, Philip. *Law and Practice of International Finance*. Sweet & Maxwell. London, 2010, p. 533.

Esto no ocurre en las emisiones de bonos, en las que pueden participar miles de inversionistas dispersos a lo largo del mundo. En esta modalidad de endeudamiento, no todos los participantes son sofisticados en materia financiera. Por esta razón, en los contratos de emisión de bonos se contempla la figura de un *trust*, en la que un administrador fiduciario supervisa la emisión y atiende los derechos de los tenedores. Un fiduciario desempeña funciones distintas a un agente fiscal que básicamente actúa como un agente de pago, y es un agente del emisor, no de los tenedores. No realiza, por ende, labores de seguimiento a la emisión.

Cabe destacar que hay excepciones a los mecanismos de votación para la toma de decisiones de los créditos sindicados. En primer lugar, para decidir la aceleración del pago del crédito normalmente requiere obtener una mayoría calificada de dos terceras partes. En segundo lugar, de ordinario el deudor procura obtener cierta flexibilidad para que se le permita incumplir o postergar el cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer que se le imponen en el contrato, conocidas como *covenants*, requiriéndose que una mayoría simple permita aprobar la decisión, en lugar del derecho de veto. En tercer lugar, en las cláusulas de prorrateo se establece otra excepción al principio de que los bancos en un sindicato se califican como prestamistas separados; así, los pagos bajo un contrato de préstamo normalmente se canalizan a través del banco agente, el cual distribuye el pago entre los participantes en el sindicato, de acuerdo con su participación. Sin embargo, en algunos casos, un banco puede obtener un trato preferente, como cuando el deudor tiene un depósito en uno de los participantes del sindicato, de modo que, en caso de incumplimiento, el mismo puede hacer valer la compensación entre su derecho de crédito y la obligación. La cláusula de prorrateo establece que, si un miembro del sindicato obtiene el pago por compensación, en ejercicio independiente de acciones judiciales o ejecución de garantías, en proporción mayor a otros participantes, el banco beneficiado deberá compartir el pago recibido con el resto de los miembros del sindicato, para preservar el principio de *pari passu*.

La cláusula de compensación normalmente está incorporada al contrato. Pero incluso cuando no se establece, muchas legislaciones lo admiten como norma supletoria de la voluntad de las partes. En este último caso, las cláusulas meramente ajustan detalles de la ley que contempla la compensación, como por ejemplo si la compensación está disponible entre varias monedas o entre diferentes jurisdicciones. Sin embargo, la ampliación por vía contractual del derecho a compensar de los acreedores debe redactarse con cuidado porque puede contravenir la cláusula "*negative pledge*", que normalmente se incluye en los contratos de financiamiento.

5. *Problemas relacionados con la reestructuración de la deuda pública externa*

Para la reestructuración de la deuda pública externa, los acreedores financieros requieren que el estado deudor suscriba un acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, debido a que su programa de estabilización le otorga credibilidad a la gestión financiera del estado deudor, permitiendo la rehabilitación de su crédito y además generando un incentivo para que la comunidad financiera le otorgue nuevos financiamientos. El Fondo normalmente recomienda que los estados le informen con la debida anticipación cuando experimenten dificultades en su balanza de pagos. Sin embargo, ello normalmente no ocurre debido a que, para muchos gobiernos, la condicionalidad impuesta por el Fondo tiene consecuencias políticas que no están dispuestos a asumir.

Cuando se percibe que la capacidad de crédito de un deudor se está deteriorando, la tendencia inicial de la banca y sus proveedores es reducir el plazo de los créditos que le otorgan. Y en la medida que el endeudamiento a corto plazo alcance un porcentaje elevado de sus pasivos financieros, se incrementa el riesgo de que una repentina disminución de la confianza

de sus acreedores pueda generar una rápida reducción del crédito. Cuando el problema es suficientemente serio, el procedimiento ordinario es que el estado anuncie una fecha de corte a partir de la cual se suspenderían los pagos de sus obligaciones con acreedores, conjuntamente con el aviso del inicio de negociaciones para reestructurar su deuda. Este aviso tiene un efecto estabilizador sobre la masa de acreedores, ya que la fecha de corte coloca en posición de igualdad a los acreedores, por lo que se evita una carrera desenfrenada hacia los tribunales.

Si los acreedores financieros son estados extranjeros**,** el Club de Paris es el foro adecuado para negociar la reestructuración de deuda. Este foro acoge a representantes de estados acreedores, que básicamente son países industrializados. Salvo excepciones, el Club de Paris mantiene como política que solo se otorgarán auxilios de deuda en casos de emergencia; que sus auxilios serán a corto plazo; y que el estado deudor debe adoptar un programa de estabilización con el Fondo Monetario Internacional. En este caso, el procedimiento de negociación contempla que inicialmente el Estado deudor comience negociaciones con el Club de Paris y que luego se sostengan negociaciones bilaterales con cada estado acreedor. Cada estado acreedor debe cumplir el nuevo plazo establecido por el Club, pero podrá acordar condiciones separadas en materia de tasas de interés para reflejar las diferencias del costo de capital entre los distintos países.

Si la reestructuración de deuda pública externa se debe efectuar con la banca, se debe seguir un procedimiento diferente**.** En efecto, en ese caso se establece un comité de los principales bancos acreedores como un mecanismo de vinculación entre el Estado deudor y la totalidad de los bancos acreedores. En estos casos, los bancos buscan que el Estado deudor, el banco central y cualesquiera entidades públicas que tengan relevancia desde el punto de vista económico, se conviertan en obligados solidarios por la deuda reestructurada. El efecto de esta medida es eliminar el velo corporativo de las entidades estatales e incrementar las posibilidades de compensación por la colocación de depósitos bancarios. Los acreedores también esperan que la reestructuración esté sometida a ley y jurisdicción foráneas, y que se otorgue una amplia renuncia a la inmunidad soberana tanto para medidas preventivas como ejecutivas. Se exige además la centralización de las reservas internacionales en la autoridad monetaria. Producto de la combinación de estos ajustes, se produce un incremento significativo en la exposición de los activos en el exterior del estado a que se le apliquen embargos, en caso de incumplir sus obligaciones bajo el acuerdo de reestructuración.

Ahora bien, en general, pueden identificarse dos problemas básicos de las reestructuraciones de la deuda pública externa: el problema de las mayorías necesarias para modificar cláusulas sustantivas del contrato de financiamiento y el problema de la asunción de riesgos excesivos por las partes ante la certidumbre de una eventual reestructuración favorable (*moral hazard*). Adicionalmente, en el caso de Venezuela debe hacerse referencia a la aplicación del régimen jurídico de quiebra y atraso a PDVSA.

A. *Régimen especial para la adopción de decisiones en procesos de reestructuración de deuda pública externa*

En general, en los contratos de préstamo sindicado, la modificación de cláusulas fundamentales, como el monto adeudado, la tasa de interés o el plazo, requiere el consentimiento unánime de los acreedores. Esa condición es más difícil de aplicar en los contratos de emisión de bonos, ya que sus tenedores son mucho más numerosos que los bancos que integran un crédito sindicado. Además, los tenedores de bonos son menos proclives que los bancos a aceptar una modificación de los términos de los contratos; ello se debe a que los bancos normalmente toman en cuenta la protección de relaciones comerciales a largo plazo con el deudor soberano, lo que les motiva a buscar mecanismos que permitan alcanzar el objetivo de reestructurar la deuda.

El régimen de unanimidad supone alcanzar un acuerdo entre acreedores que están motivados por diferentes intereses. En algunos casos, la unanimidad le otorga virtualmente un derecho de veto a cualquiera de los acreedores, ya que basta que un solo participante en un crédito sindicado o un solo tenedor de bonos objete la reestructuración de la deuda, para que la misma no pueda ser aprobada, en abierto perjuicio del deudor soberano y de la mayoría de los acreedores.

Del requisito de unanimidad se deriva que, si bien la mayoría de los acreedores puede aceptar la reestructuración de la deuda, en observancia del principio de autonomía de la voluntad, esa decisión no es vinculante para aquellos acreedores que no acepten el cambio en las condiciones acordadas por la mayoría. Por ende, el acreedor disidente puede ejercer por cuenta propia sus derechos bajo el contrato.

El régimen aplicable a los acreedores discrepantes ha generado oportunidades para aquellos inversionistas que deciden comprar deuda a descuento en los mercados internacionales, a la espera de que, en algún momento en el futuro, la renuencia a aceptar el cambio de condiciones pudiera dar lugar a un arreglo más favorable que el alcanzado por la mayoría de los acreedores. Esta fue la posición de ciertos fondos de inversión en deuda soberana, conocidos como "*fondos buitres*", cuyo ejemplo más reconocido es el Elliott Management Corporation, fundado por el empresario norteamericano Paul Singer. Este fondo se especializa en la compra de deuda soberana, conservando la misma y exigiendo el cumplimiento de las condiciones contractuales que la originaron. Para ello acude normalmente a los tribunales, ejerciendo diversas medidas de presión, como la ejecución de embargos u otras medidas preventivas. En ocasiones incluso ha logrado que se adopten medidas preventivas sobre bienes con un mero valor simbólico, como la otorgada sobre un barco escuela de la armada argentina, retenido en Ghana en 2013.

Para evitar situaciones como ésta, en una reciente emisión de bonos efectuada por México se contempló que los acreedores disidentes deberán acumular un porcentaje mucho mayor de los derechos de crédito contra los deudores soberanos, para objetar las decisiones de la mayoría de los acreedores[9]. En este sentido, desde 2003, Méjico ha logrado modificar el régimen de unanimidad para decisiones sustantivas, por un régimen de decisiones por mayoría. En este nuevo desarrollo, en solicitud de aprobación de las condiciones contractuales presentada ante la Comisión Nacional de Valores norteamericana (Securities and Exchange Comission), se contempla que las decisiones sobre materias sustantivas se podrán tomar con un setenta y cinco por ciento de los votos por cada serie. Esto permite que el voto de la mayoría prevalezca, facilitando el proceso de reestructuración.

La adopción de este mecanismo resuelve el problema para futuras emisiones; sin embargo, el tema queda sin resolver para las emisiones ya realizadas, cuyo marco contractual contemple el régimen de unanimidad. Al respecto se pudieran plantear dos posibles soluciones. En primer lugar, bajo condiciones de mercado favorables, sin el apremio de una crisis de pagos del deudor, cabría la posibilidad de que las partes voluntariamente enmienden las condiciones de los contratos, para incorporar un régimen de voto por mayoría que sustituya al régimen de unanimidad de sus cláusulas fundamentales.

En segundo lugar, se ha sugerido que, ante las limitaciones de las soluciones de derecho privado, debe acudirse a una solución de derecho público. Esta consistiría en celebrar un tratado internacional que establezca un procedimiento de reestructuración de deuda soberana

---

9 New York Times. Sección de negocios. Noviembre 12, 2014

sobre líneas similares al procedimiento de atraso que adoptan algunas legislaciones[10]. Servirían aquí de referencia aquellos países que cuenten con un régimen de mayoría calificada de carácter vinculante en el procedimiento de atraso.

Para evaluar la viabilidad de esta idea, debe reconocerse que las reestructuraciones de deuda no solo benefician a los deudores soberanos, sino también a los acreedores. Ello en la medida en que prevalezca en estos últimos la idea de que, es mejor un sacrificio compartido bajo condiciones ordenadas, que una competencia ruinosa por ejecutar activos del deudor soberano. A tal respecto, debe tenerse en cuenta que la ejecución de medidas cautelares o ejecutivas contra activos del deudor soberano ubicados en su país, se encuentra limitada o incluso excluida por mandato de su legislación interna.

La idea de suscribir un tratado podría encontrar respaldo incluso en aquellos países que sirvan de asiento a los principales centros financieros internacionales que, de ordinario, tienden a proteger los intereses de los acreedores. En efecto, para los gobiernos de estos países, el régimen de voto por mayorías para modificar estos contratos protege los intereses de su "*electorado del mercado*"[11], integrado por la banca y los tenedores de bonos.

Adicionalmente, existe la posibilidad de que los intereses geopolíticos de los estados que sirven de sede a los centros financieros permitan encontrar acogida a la suscripción de tratados como el sugerido. Con esto se impediría que los acreedores disidentes perturben la ejecución de decisiones cuyo impacto puede extenderse a la población de los países deudores, generando incentivos para su emigración a países desarrollados.

B. *El problema de que se asuman riesgos excesivos (moral hazard)*

La posibilidad de que las facilidades para reestructurar la deuda pública externa puedan generar un incentivo para que los deudores soberanos asuman niveles de deuda excesivos constituye un tema de consideración relevante.

Esencialmente, se trata de un tema de incentivos. En la medida en que un agente económico cuente con la posibilidad de reestructurar su deuda, en lugar de encontrarse obligado a pagarla en los términos acordados con sus prestamistas, existirá un incentivo a alcanzar niveles de endeudamiento superiores a los que asumiría un agente económico prudente si bajo ningún respecto pudiera reestructurar su deuda. El problema de la asunción de riesgos excesivos puede afectar tanto a los deudores como a los acreedores.

Ahora bien, se ha defendido la tesis de que el problema de los riesgos excesivos puede solventarse a través del otorgamiento de financiamiento privado que facilite la reestructuración de la deuda. Para ello, los nuevos acreedores privados que otorguen financiamiento deberán contar con prioridad al momento del pago frente a los antiguos acreedores. De no adoptarse este régimen, el financiamiento privado no estaría disponible. Ello, en primer lugar, porque la asimetría en la información entre la entidad deudora y los potenciales financistas es potencialmente elevada, debido a que una entidad quebrada raramente cuenta con transparencia financiera; y en segundo lugar, porque los nuevos prestamistas no quieren verse equipara-

---

[10] Schwarcz, Steven L. "Idiot's Guide to Sovereign Debt Restructuring". Escuela de Derecho Universidad de Duke. 2004. (Consultada en internet)

[11] Grupo de presión cuyo interés consiste en que el deudor se gane y preserve la confianza del mercado financiero, honrando el servicio de la deuda y brindando credibilidad en relación con su capacidad de pago y su voluntad de continuar haciéndolo en el futuro. Véase. Streeck, Wolfgang. *Comprando Tiempo: La crisis pospuesta del capitalismo democrático*. Katz Editores, Madrid 2016, p. 86.

dos con los derechos de crédito de los acreedores preexistentes, cuyo valor de mercado se encuentra mermado por la situación del deudor[12].

En todo caso, para hacer uso de este mecanismo no bastaría incorporarlo al contrato de contrato de endeudamiento. Se debe más bien incorporar esta figura a la legislación del país deudor, que rige supletoriamente esta relación jurídica. Ello se debería hacer a través de una ley especial de reestructuración de la deuda del sector público, en la cual se incorporen disposiciones en materia de atraso o quiebra que respondan a los principios antes indicados.

C. *Petróleos de Venezuela S.A. y el procedimiento de quiebra*

Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) es la empresa que genera la mayor parte de los ingresos en divisas de Venezuela. Desde el punto de vista jurídico, esta empresa es una sociedad mercantil creada mediante el cumplimiento de las formalidades previstas en el Código de Comercio de Venezuela. Debe pues entenderse que, salvo por aquellas materias en las que existan normas de derecho público aplicables a PDVSA, dicha empresa estará sometida por vía supletoria a un régimen jurídico de derecho privado, lo que implicaría que, en principio, le serían aplicables las disposiciones sobre atraso y quiebra contempladas en el Código de Comercio.

Ahora bien, en una evaluación más detenida del tema, desde la década de los noventa del pasado siglo, ha prevalecido el criterio de que por la naturaleza de las actividades que le son atribuidas, PDVSA no podría estar sujeta a procedimientos de quiebra y atraso sin menoscabar la ejecución de los cometidos que le asigna la Ley. Este criterio fue defendido por el mercantilista venezolano José Muci-Abraham, en dictamen realizado para PDVSA el 05 de febrero de 1990 (luego publicado como artículo académico). En sus aspectos fundamentales el dictamen sostiene:

> A Petróleos de Venezuela S.A. le es aplicable en plenitud la disposición del artículo 7º del Código de Comercio, en virtud del cual el Estado no puede adquirir la cualidad de comerciante, y, por ende, no puede ser declarado en quiebra…tratándose de una actividad exclusivamente reservada al Estado por razones de conveniencia nacional, difícilmente podría admitirse que los entes creados por él (esto es, PDVSA) y que en nombre suyo realizan esa actividad puedan ser desposeídos de sus bienes, solamente utilizables para realizar una actividad que nadie más podría legalmente efectuar, y menos aún, podría aceptarse que tales bienes, de los cuales fueron despojados dichos entes, pasarán a manos de los síndicos para su administración, porque esa administración quebrantaría el existente monopolio de ejercicio de la actividad reservada a Estado[13].

En referencia a las empresas filiales de PDVSA, el Dr. Muci-Abraham agrega:

> *La Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos al "reservar" al estado por razones de conveniencia nacional el ejercicio de determinadas actividades, y al disponer que las mismas solo pueden ser ejercidas directamente por el Estado o por medio de entes de su propiedad, y por nadie más, excluye de plano la posibilidad de que tales entes (las empresas filiales) puedan ser declarados en quiebra, pues tal declaratoria tendría el efecto contrario a lo dispuesto por la mencionada ley orgánica, de que el síndico, en representación de la masa de acreedores, pasaría a administrar los bienes de la fallida, y a realizar, en sustitución de ella, las actividades "reservadas" que aquella venía realizando*[14].

---

12 Schwarcz, Steven L. Obra citada.

13 Muci Abraham, José. ¿Son aplicables a Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, las disposiciones del Código de Comercio relativas a la quiebra? *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Nº 79, p. 133 y 132.

14 *Ob. Cit.* p. 136.

En el momento de solicitar el dictamen al Dr. Muci, PDVSA intentaba fundamentar jurídicamente que, al igual que la República, no podía quedar sujeta al procedimiento de quiebra, lo que le permitiría obtener una mejor calificación de crédito y por ende un menor costo para el financiamiento de su plan de expansión.

Ahora bien, los mercantilistas norteamericanos Mark Walker y Richard Cooper sostienen que, en vista de que las disposiciones sobre atraso y quiebra del Código de Comercio no serían aplicables a PDVSA, el primer paso para manejar los pasivos financieros de la empresa y enviar un mensaje a sus acreedores de que Venezuela es seria en sus esfuerzos por atender sus problemas económicos y proteger los activos de PDVSA, es la aprobación de una ley de reestructuración de los pasivos del sector público. Esto le permitiría a PDVSA y a otras entidades públicas manejar sus pasivos excedentarios en un procedimiento colectivo y centralizado que, por una parte, le ofrezca al deudor soberano la posibilidad de obtener auxilio financiero y que, por la otra, le permita a sus acreedores la oportunidad de concurrir a dicho procedimiento[15].

En mi opinión, la propuesta de Walker y Cooper puede ser materia de una ley de reestructuración de deudas del sector público petrolero. En tal sentido, se puede incorporar a esa ley un procedimiento colectivo y centralizado que permita la participación organizada de los acreedores y la liquidación y pago de sus acreencias. Con esto quedaría subsanada la laguna existente en cuanto al régimen de quiebra y atraso de PDVSA y sus filiales. Sin embargo, debido al régimen de reserva de la actividad petrolera ahora contemplado en el Artículo 302 de la Constitución de 1999, quedaría excluida de esa Ley la obligación de PDVSA o sus empresas filiales de entregar sus bienes a un síndico. Ello en vista de que dichos bienes están afectados a la realización de las actividades reservadas al Estado.

III. ASPECTOS DE DERECHO PÚBLICO DEL ENDEUDAMIENTO EXTERNO DEL SECTOR PÚBLICO

1. *Introducción*

La contratación de empréstitos por parte de la República y demás entes descentralizados se encuentra sujeta a diversas limitaciones y condiciones. Las entidades que integran el sector público están sujetas al principio de competencia que las distingue de las entidades de derecho privado. Conforme a ese principio, las entidades públicas solo pueden actuar cuando una norma jurídica los faculte para ello; en cambio, las entidades privadas están sujetas al principio de capacidad, de acuerdo al cual pueden hacer todo lo que la ley no prohíba. Esta regla debe matizarse en el caso de las entidades públicas descentralizadas con forma de derecho privado, como las sociedades mercantiles propiedad de la República, cuyo ejemplo más emblemático es PDVSA. Esas entidades pueden realizar cualesquiera actos, como si fuera un particular, sujeto a las limitaciones y condiciones que la ley le imponga.

Es de hacer notar que, aunque el régimen jurídico de la deuda externa de la República se fundamenta en normas de derecho privado, la asunción de obligaciones en esta materia está sujeta a normas de derecho público que someten a un control parlamentario previo la asunción de estas obligaciones y establecen limitaciones a su realización. En cambio, PDVSA está sujeta a un régimen de excepción, que excluye el control parlamentario previo para contraer endeudamientos, conforme al artículo 101 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.

---

[15] *Ob. Cit.* p. 14.

El régimen de derecho público aplicable a la celebración de operaciones de crédito por entidades públicas incluye dos aspectos fundamentales: la existencia de limitaciones formales (reserva legal) y materiales (nivel de endeudamiento) en materia de endeudamiento público y las prohibiciones establecidas para efectuar tales contrataciones a ciertos órganos públicos.

2. *Limitaciones formales y materiales al endeudamiento público*

A. *Reserva legal*

La reserva legal en materia de endeudamiento público está regulada en el artículo 312 de la Constitución. Esta disposición establece:

> Artículo 312. La ley fijará límites al endeudamiento público de acuerdo con un nivel prudente en relación con el tamaño de la economía, la inversión reproductiva y la capacidad de generar ingresos para cubrir el servicio de la deuda pública. Las operaciones de crédito público requerirán, para su validez, una ley especial que las autorice, salvo las excepciones que establezca la ley orgánica. La ley especial indicará las modalidades de las operaciones y autorizará los créditos presupuestarios correspondientes en la respectiva ley de presupuesto.
>
> *La ley especial de endeudamiento anual será presentada a la Asamblea Nacional conjuntamente con la Ley de Presupuesto.*
>
> *El Estado no reconocerá otras obligaciones que las contraídas por órganos legítimos del Poder Nacional, de acuerdo con la Ley.*

Como puede apreciarse, esta disposición establece un requisito formal y un requisito sustancial para contratar empréstitos. El primero corresponde a la necesidad de que la operación de crédito público sea aprobada mediante ley especial, salvo en aquellas situaciones de excepción que contemple la ley orgánica que regule la materia; la segunda establece los límites a la cuantía del endeudamiento, el cual no debe superar un nivel prudente en relación con el tamaño de la economía, la inversión reproductiva y la capacidad de generar ingresos para cubrir su servicio.

En referencia al requisito de reserva de ley, adviértase que se trata de una ley formal para el endeudamiento anual. Tiene pues un carácter similar a la ley de presupuesto anual, conjuntamente con la cual deberá presentarse ante la Asamblea Nacional para su aprobación.

El artículo 98 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público desarrolla esta disposición en los siguientes términos:

> Artículo 98. *La República, el Distrito Capital, el Territorio Insular Francisco de Miranda y los entes creados por ellos, salvo las excepciones previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley con respecto a dichos entes descentralizados, deberán contar con la autorización de la Asamblea Nacional otorgada mediante Ley especial, para la realización de operaciones de crédito público.*

Esta disposición es complementada por el artículo 97 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, en los siguientes términos:

> Artículo 97. *El Ejecutivo Nacional, una vez sancionada la Ley Especial de Endeudamiento Anual, podrá realizar las operaciones de crédito público previstas en ella, en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse e informar semestralmente a la Asamblea Nacional; salvo aquellas que impliquen la celebración de contratos de interés público nacional, estadal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, en cuyo caso se requerirá la autorización previa de la Asamblea Nacional, acompañado de opinión del Banco Central de Venezuela.*

La Asamblea Nacional dispondrá de un plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha en que se dé cuenta de la solicitud en la sesión ordinaria para decidir; si transcurrido ese lapso no se hubiese pronunciado, se dará por aprobado.

Obsérvese que la reserva legal aquí contemplada exige la obtención de una primera autorización legislativa que debe tramitarse simultáneamente a la ley de presupuesto anual. Ello faculta al Ejecutivo Nacional para negociar las mejores condiciones financieras e informar a la Asamblea Nacional semestralmente. Sin embargo, se requerirá una autorización legislativa adicional si el endeudamiento implica o califica como un contrato de interés público nacional, estadal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.

El requisito de obtener una autorización legislativa si el endeudamiento califica como contrato de interés público nacional, reproduce lo establecido en el Artículo 150 de la Constitución. Esta, no obstante, sujeta el requisito de obtener la autorización a "*los casos que determine la ley*". Cabe destacar que la ley exige la autorización, pero no desarrolla la norma constitucional. El tema tiene relevancia ya que sería necesario determinar los supuestos en donde el endeudamiento califique como contrato de interés público nacional o como un contrato ordinario.

Este tema fue objeto de especial atención durante la reestructuración de la deuda externa de Venezuela durante los años 80 del pasado siglo. En efecto, en aquel momento, la Procuraduría General de la República sostuvo que los contratos que regulaban la reestructuración de la deuda pública se regían por principios de la *Lex Mercatoria*, por lo cual no podían sujetarse a las disposiciones aplicables a contratos de interés público. Esta tesis fue desarrollada inicialmente en un dictamen de dicho órgano de fecha 14 de enero de 1977, en el cual se sostuvo lo siguiente:

"*…los empréstitos públicos siempre son el producto de un acuerdo de voluntades en el cual el poder de imperio o de autoridad del Estado está ausente y este carácter contractual no queda desvirtuado por la existencia de la fase unilateral pública que precede la celebración del contrato de empréstito público…los empréstitos públicos externos, sólo contemplan la fase contractual, cuyo contenido es netamente mercantil, que puede ser sometido a la jurisdicción del Estado del prestamista, sin que tal sumisión signifique violación del artículo 127 de la Constitución (artículo 151 de la Constitución vigente), puesto que estos contratos por su naturaleza no comprometen su soberanía interna ni la seguridad de la República. No comprometen la soberanía porque el juez extranjero sólo estará llamado a conocer cuestiones netamente mercantiles y no actuaciones unilaterales del Estado, que puedan imponerse mediante coacción, lo que es ajeno al contrato de empréstito…*"[16]

Pudiera sostenerse que este criterio sería aplicable a la reestructuración de pasivos financieros del sector público venezolano. Sin embargo, esa tesis no es sostenible en la actualidad en virtud de lo previsto en el artículo 100 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público. En efecto, dicha disposición establece:

Artículo 100. No se requerirá de ley autorizatoria para las operaciones de refinanciamiento o reestructuración que tengan como objeto la reducción del tipo de interés pactado, la ampliación del plazo previsto para el pago, la conversión de una deuda externa en interna, la reducción de los flujos de caja, la ganancia o ahorro en el costo efectivo de financiamiento, en beneficio de la República, con respecto a la deuda que se está refinanciando o reestructurando.

---

16 *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1977*. Caracas, 1978, p. 55 y ss.

El Ejecutivo Nacional informará a la Asamblea Nacional de estas operaciones, en un plazo que no excederá de cinco (5) días hábiles contados a partir de la suscripción de la operación.

En referencia a este artículo, es necesario determinar si las condiciones para que la reestructuración no requiera autorización legislativa son alternativas o concurrentes. En otras palabras, se debe precisar si basta con que se cumpla alguna de las condiciones allí previstas para que no se requiera la autorización legislativa (condiciones alternativas) o si se deben cumplir todas estas condiciones para que no se requiera la autorización legislativa (condiciones concurrentes). En nuestra opinión, la finalidad de la legislación aplicable al endeudamiento público es fundamentalmente contemplar la reserva legal por la contratación de nuevos pasivos financieros. Por ello, mientras la reestructuración no incremente los pasivos financieros del sector público, debería interpretarse que las condiciones en referencia son alternativas, en el sentido que toda reestructuración de la deuda estará sujeta a autorización legislativa previa, salvo que la reestructuración no incremente los pasivos financieros del sector público y tenga por objeto alguna de las condiciones a las que se refiere el artículo en referencia. Si no se cumple alguna de las condiciones previstas en esa disposición, la reestructuración o refinanciamiento deberá ser autorizado por la Asamblea de manera expresa, no siendo suficiente que la autorización se otorgue en la Ley anual de endeudamiento.

B. *Límites cuantitativos al endeudamiento*

El segundo requisito que debe observarse para contratar endeudamientos es de carácter sustancial. Corresponde a los límites cuantitativos del endeudamiento. En tal sentido, el artículo 312 de la Constitución establece que la Ley fijará límites al endeudamiento público de acuerdo con *un nivel prudente* en relación con el tamaño de la economía, la inversión reproductiva y la capacidad de generar ingresos para cubrir su servicio.

La expresión *¨nivel prudente¨* en relación con el tamaño de la economía, la inversión reproductiva y la capacidad de generar ingresos para cubrir su servicio, representa un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido debería ser determinado en cada caso.

El administrativista alemán Hartmut Maurer define a los conceptos jurídicos indeterminados en los siguientes términos:

"Se denomina conceptos jurídicos indeterminados a aquellos supuestos de hecho normativos que no están determinados, siendo susceptibles de serlo en cada caso concreto. Tal es el caso de las expresiones interés público, bien común, razón importante, honorabilidad, adecuación, necesidad, situación de especial gravedad, etc. Es evidente que la interpretación en abstracto de los conceptos jurídicos indeterminados y su aplicación al caso concreto pueden generar dificultades considerables. La aplicación de estos conceptos en el caso particular exige un juicio de valor y, frecuentemente, también un pronóstico de futuro; esto a su vez, solo es posible cuando se han tenido en cuenta, se han valorado y se han ponderado diferentes puntos de vista. La única solución en sí misma ajustada a Derecho, no siempre se deja ver de manera unívoca.

El órgano administrativo debe llegar en cada caso concreto a una decisión determinada. Lo discutible y controvertido es sí –y hasta qué punto– están facultados los Tribunales del contencioso-administrativo para revisar una decisión administrativa adoptada sobre la base de un concepto jurídico indeterminado, y llegado el caso, sustituirla por su propia decisión"[17].

En mi opinión, la Administración no está facultada para precisar si el concepto jurídico indeterminado "*nivel prudente de endeudamiento*" se cumple en cada endeudamiento que se

[17] Maurer Hartmut. *Derecho Administrativo: parte general*. Marcial Pons, 2011, p. 175 y 176.

presente a la Asamblea Nacional para su aprobación. Esa determinación corresponde a la Asamblea Nacional. De otro modo se vaciaría de contenido la reserva legal existente en materia de endeudamiento público. En efecto, en el marco de la reserva legal, la Asamblea Nacional tiene competencias para verificar si el endeudamiento propuesto se encuentra en un nivel prudente. Por ende, la Asamblea Nacional puede discrepar de la propuesta de endeudamiento de la Administración basado en su estimación del nivel prudente de endeudamiento y su apreciación no sería susceptible de revisión ante los tribunales.

La falta de desarrollo legislativo de la norma constitucional le otorga a la Asamblea Nacional amplias facultades para apreciar de manera casuística el *nivel prudente* de endeudamiento. Por este motivo, la Asamblea Nacional solo deberá autorizar en la ley de endeudamiento anual aquellas operaciones de endeudamiento que no superen dicho *nivel*.

Ahora bien, debe reconocerse que, en cualquier país dependiente de la exportación de un mineral, la determinación de un nivel prudente de endeudamiento puede resultar un ejercicio impreciso y tentativo, ante la dificultad de proyectar con algún grado de certeza los precios internacionales y volúmenes de demanda de dicho producto durante el lapso de vigencia de financiamientos a mediano o largo plazo.

IV. CONCLUSIONES

En el presente ensayo se han revisado diversos aspectos del régimen jurídico del endeudamiento externo con el propósito de entender la base a partir de la cual puede desarrollarse un proceso de reestructuración de la deuda pública externa. El régimen jurídico de la deuda pública externa de Venezuela corresponde a un negocio jurídico de derecho mixto, en el que conviven aspectos de derecho privado con aspectos de derecho público, que condicionan la actuación del deudor soberano.

El régimen jurídico de la deuda pública externa permite apreciar que los endeudamientos son negocios jurídicos complejos que vinculan a diversas partes. Ello limita las posibilidades de que unilateralmente una de las partes pueda terminarlos o modificarlos, sin que se generen consecuencias jurídicas o financieras.

Desde el punto de vista de derecho público, se han enfatizado los límites materiales y formales para el endeudamiento del sector público; mientras que, en materia de derecho privado, el análisis ha tomado como referencia el régimen de los préstamos sindicados y las emisiones de bonos, enfatizando los aspectos jurídicos más importantes de dichos contratos. Por supuesto, para obtener conclusiones definitivas sobre su régimen jurídico, debe efectuarse un análisis directo sobre cada contrato suscrito.

Queda fuera del alcance de este estudio, el examen de contratos importantes desde el punto de vista financiero como las ventas a futuro de petróleo a empresas estatales chinas y rusas.

Economía social de mercado y actividad de ordenación: Una propuesta para Venezuela

Mayerlin Matheus Hidalgo
Abogada y Profesora de Prácticas de Derecho Administrativo (UCAB)

Resumen: *Este trabajo expone los principios y reglas, jurídicas y económicas, que fundamentan una economía social de mercado y su viabilidad en Venezuela, a la luz de la Constitución de 1999. La manera en que la Administración Pública debería ejecutar la actividad de ordenación para hacerla compatible con dicho sistema económico y cómo éste se diferencia de la economía mixta.*

Palabras Clave: *Actividad de ordenación, economía social de mercado, libertad, propiedad privada, economía mixta*.

Abstract: *This paper exposes the principles and rules, legal and economics, that give base to a social market economy and its viability in Venezuela, in the light of the Constitution of 1999. How the Public Administration should carry out the regulation activity to make it compatible with this economic system and how it differs from the mixed economy.*

Key words*: Regulation activity, social market economy, freedom, private property, mixed economy*.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN
I. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO COMO SISTEMA ECONÓMICO
1. *La economía social de mercado como sistema económico*. 2. *Los principios y reglas, jurídicas y económicas, de la economía social de mercado y su aplicabilidad en Venezuela*. A. Los principios y reglas, jurídicas y económicas, de la economía social de mercado. B. Los principios y reglas, jurídicas y económicas, de la economía social de mercado en la Constitución de 1999. 3. *Distinción entre "economía mixta" y "economía social de mercado"*. 4. *La actividad de ordenación o limitación en una economía social de mercado*. A. Evidencia de la actividad de ordenación en sistemas de economía social de mercado. B. Cómo debería comportarse la Administración Pública en Venezuela bajo una economía social de mercado (propuestas).
II. CONCLUSIONES
III. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Actualmente se reconocen dos grandes etapas del derecho administrativo: 1. El derecho administrativo tradicional y 2. El nuevo derecho administrativo. En estas etapas las potestades (reglamentaria, de investigación, de coacción, de autotutela, de revisión y sancionatoria) que ejerce la Administración Pública cuando realiza la actividad de ordenación han ido evolucionando: de una concepción monárquica e intervencionista, que entendía que el rol de la Administración debía ser de control y dirección sobre los ciudadanos; a otra más garantista y de respeto a los derechos individuales, donde, si bien aún hay camino por recorrer, se entiende que la actividad de la Administración debe estar limitada a hacer cumplir las reglas

–generales y abstractas– que aseguren el orden público sin que su actividad se sustituya en la voluntad y actividad de los ciudadanos, especialmente en el ámbito económico.

Con la Revolución Francesa de 1789, la actividad de policía administrativa (hoy de ordenación o limitación) se concibe como transformadora del orden económico y social, es decir, como instrumento de intervención –planificación, dirección y control– de la Administración Pública en la vida de los ciudadanos. A través de ella se buscan diferentes fines, como la satisfacción del "interés general" y la "igualdad", los cuales sirvieron como base a la Administración Pública, mediante el recién creado derecho administrativo, para reservarse diferentes actividades económicas utilizando la técnica de la "*publicatio*", es decir, la publificación de diferentes sectores económicos, excluyendo o condicionando fuertemente la participación de los ciudadanos en dichas actividades y justificando su proceder apoyado en el "bienestar general".

Esta concepción intervencionista de la Administración, de la actividad de policía, se mantuvo más o menos inmutable hasta mediados del S. XX. Sin embargo, el fin de la segunda guerra mundial, trajo consigo la necesidad de replantear el rol del Estado y con ello la actividad de policía, incluso el término "policía" pasó por un proceso de transformación.

En este sentido, concretamente en Alemania y luego en otros países europeos se entendió que la economía debía seguir otra dirección, una que generara prosperidad y beneficios a los ciudadanos. Es así, como se concibe la *economía social de mercado*, un sistema económico basado en la libertad individual, en la libre competencia, en los derechos de propiedad privada y en el resguardo de la autonomía de las personas, acarreando, pues, que la actividad de policía se transformara en lo que hoy se conoce como *actividad de limitación u ordenación*, cambiando su rol planificador y de dirección por un rol limitado que buscara no el control de las actividades privadas de los ciudadanos, sino la vigilancia del cumplimiento de la normativa vigente (de la llamada regulación económica), que permitiera que las diferentes actividades comerciales se verificaran bajo un régimen de libre mercado.

Hoy en día, gracias a la evolución del "tradicional" al "nuevo" derecho administrativo, en los países en que esa evolución se acogió, se entiende que la Constitución es una norma, hay sujeción de la Administración a Tribunales independientes, existe el debido procedimiento administrativo con garantía del derecho a la defensa, la Administración se encuentra plenamente sometida a la ley tanto para dictar actos, como para revisarlos así como para imponer sanciones, no se entiende que todos los actos administrativos son ejecutivos y ejecutorios (solamente aquellos a los que la ley atribuya tal condición), se entiende que la actuación de la Administración es de limitación y prohibición y no de conducción y control de la vida de los particulares, no se exige el agotamiento de la vía administrativa, etc.

Sin embargo, en muchos otros países la visión del nuevo derecho Administrativo aún parece lejana, especialmente en Venezuela, donde no hay un verdadero Estado de Derecho, ni instituciones económicas inclusivas[1], y en general donde no hay respeto a los derechos de las personas porque no hay Tribunales independientes (como se evidencia en el libro *El TSJ al Servicio de la Revolución*). En Venezuela, los postulados del nuevo derecho administrativo

[1] Por instituciones económicas inclusivas se alude a aquellas que respetan los derechos individuales, especialmente el de propiedad, aquellas que crean oportunidades y generan prosperidad, diferenciándose de las instituciones extractivas destinadas a "extraer" recursos de determinados grupos de la sociedad para financiar ciertas políticas públicas o a otros grupos. Para ahondar en estos conceptos ver: D. Acemoglu y J. Robinson, ¿Por qué fracasan los países? Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza, Bogotá, 2012, Deusto.

son meramente una teoría que no tiene cabida en la realidad operativa, donde lo que abundan son violaciones y abuso de poder y lo que nos ha llevado a la crisis más aguda de los últimos tiempos.

De este modo, consideramos que en Venezuela urge un cambio en las ideas y la manera en que concebimos el rol del Estado y concretamente de la Administración en la vida de las personas y en especial en la economía. Por tanto, expondremos cuáles son los principios y reglas, jurídicas y económicas, que deberían acogerse para que en Venezuela sea posible la aplicación de una economía social de mercado que genere prosperidad y respeto hacia los individuos y donde subsista la actividad de ordenación de la Administración Pública (ejercida bajo el respeto de aquellos principios y reglas). Además, pondremos de manifiesto el error en que se incurre al afirmar que en Venezuela existe ya una economía social de mercado por existir una "economía mixta".

1. *La economía social de mercado como sistema económico*

Antes de entrar a señalar cuáles son los principios y reglas que fundamentan una economía social de mercado, vale precisar qué se entiende por tal, lo cual nos permitirá más adelante diferenciar este concepto del de economía mixta y asimismo evidenciar que esta admite la actividad de ordenación de la Administración; para ello citaremos al profesor Heinz Lampert[2]:

> "…la economía social de mercado apuesta por la libertad económica. Consiste en la libertad de los consumidores para comprar, según su libre elección, bienes del producto social (libertad de consumo), en la libertad de los propietarios de los medios de producción para emplear, según su propio criterio, su fuerza laboral, su dinero, sus bienes materiales y sus capacidades empresariales (libertad industrial, libertad profesional y de puesto laboral, libertad de uso de la propiedad), en la libertad de los empresarios para producir y vender bienes de su elección (libertad de producción y de comercio) y en la libertad, finalmente, de todo comprador y vendedor de bienes y servicios para esforzarse, junto a otros, en conseguir el mismo fin (libertad de competencia). Estas libertades tienen sus límites allí donde pueden ser quebrantados los derechos de terceros, el orden constitucional o la ley moral".

Asimismo para Müller-Armack[3] (citado por Heinz Lampert), la economía social de mercado se define como:

> "…una idea de orden político cuyo objetivo es establecer una vinculación entre la libre iniciativa y el progreso social asegurado justamente a través de la economía social de mercado, a partir de una economía basada en la competencia. Sobre los cimientos de un orden de economía social de mercado puede construirse un sistema pluriforme y completo de protección social".

Ludwig Erhard[4], al describir su experiencia como parte del cambio económico verificado en Alemania, después de la segunda guerra mundial, relata este hecho de la siguiente manera:

> "Efectivamente, la introducción de la economía de mercado libre en Alemania –acontecimiento casi único en la historia– se verificó por medio de unas cuantas leyes y de una decisión libre de compromisos. La voluntad de crear algo completamente nuevo halló forma en el Boletín

---

2 Lampert, H. *El Orden Económico y Social de la República Federal de Alemania* (10° ed., trad. M. Villanueva). Unión Editorial. (Original alemán, 1965), Madrid, 1990, p. 87.

3 Lampert, H. *op. cit.* p. 88

4 Erhard, L. *Bienestar para todos* (2°. ed., Trad. E. Tierno). Unión Editorial (Original alemán, 1957), Madrid, 2010, pp. 33 y 34.

> Oficial del Congreso de Economía del Territorio Económico Unido del 7 de julio de 1948… se anunció la Ley sobre normas de control económico y política de precios…En esta Ley se otorgaba al director general de Administración Económica el derecho a tirar al cesto de los papeles, directa o indirectamente, y de una vez, cientos de ordenanzas sobre reglamentación del control económico y los precios… Recorríamos así el único camino posible, renunciando a enumerar todo aquello que quedaba invalidado y mencionando sólo nominal y expresamente lo que había de seguir vigente...".

La economía social de mercado nace en Alemania con la idea de crear algo completamente nuevo –que rompiera con el sistema económico autoritario vigente bajo el nazismo–. Es pues, un sistema económico basado en la libertad y que tiene como actor principal de la economía a los ciudadanos y aun cuando no desestima la importancia de la Administración en cuanto a su rol de ordenador (vigilante de las reglas), entiende que esta tiene la misión de resguardar aquellas libertades e impulsar el libre desenvolvimiento del mercado basado en la competencia, que resguarda a su vez a los consumidores y usuarios; por lo tanto bajo este sistema económico el rol del Estado es secundario y/o subsidiario permitiendo y justificándose su intervención en aquellos casos donde la iniciativa privada es insuficiente.

La economía social de mercado difiere de la economía mixta que resulta ser una conjunción de capitalismo y socialismo y que permite una amplísima y protagónica intervención del Estado en la economía, permitiendo a su vez que la actividad de ordenación, en ese sistema, se parezca más a la actividad de policía de principios del S. XX, todo lo cual sería inaceptable en una economía social de mercado.

2. *Los principios y reglas, jurídicas y económicas, de la economía social de mercado y su aplicabilidad en Venezuela*

A fin de verificar si una economía social de mercado es viable en Venezuela, debemos enunciar los conceptos jurídicos y económicos que dan sustento a este sistema económico y constatar si estas reglas y principios están establecidos o al menos podrían desprenderse de la interpretación de la Constitución de 1999.

A. *Los principios y reglas, jurídicas y económicas, de la economía social de mercado*

- Estado de Derecho:

Es imperativo señalar que, el sistema de economía social de mercado tendrá vigencia únicamente allí donde exista un verdadero Estado de Derecho, donde haya Tribunales imparciales, donde el Estado esté limitado y donde el imperio de la ley (no de mandatos) permita que exista igualdad jurídica entre los ciudadanos. El Estado de Derecho es la piedra angular del sistema de economía social de mercado, ya que establece las reglas que tanto la Administración Pública como los particulares que actúan en la economía deben observar para cumplir con sus roles en este sistema; en el caso de la primera básicamente como vigilante de las reglas establecidas por el Estado de Derecho a través de la actividad administrativa de ordenación y como promotora de ciertas actividades de acuerdo al principio de subsidiariedad, y en el de los segundos como titulares de derechos que les permiten actuar como proveedores, consumidores y usuarios.

Friedrich Hayek[5] define muy sencillamente el Estado de Derecho como:

---

[5] Hayek, F. *Camino de Servidumbre* (2° reimp., trad. J. Vergara). Alianza Editorial, (Original inglés, 1944), Madrid, 2003, p. 105.

> "…Despojada de todo su tecnicismo significa que el Estado está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano. Normas que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada circunstancia sus poderes coercitivos, y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento".

El vínculo entre Estado de Derecho y economía social de mercado ha sido explicado por Marcelo Resico[6] en los términos siguientes:

> "Los sistemas económicos y políticos están relacionados. Históricamente, los sistemas totalitarios tendieron a sistemas económicos coercitivos y de control centralizado; similitudes con esto, si bien en diversos grados pueden apreciarse en los sistemas autoritarios o populistas. La Economía Social de Mercado (ESM) está asociada con el Estado de Derecho de una democracia republicana, donde los ciudadanos participan en partidos políticos, grupos civiles y en elecciones para influenciar el diseño del sistema político de acuerdo con un orden constitucional sobre la base de un balance de funciones".

Según el artículo 2 de la Constitución de 1999, Venezuela se constituye en un Estado de Derecho (también se mencionan otros adjetivos que no corresponde analizar en este momento) además, el artículo 136 establece la separación de Poderes, con lo cual podría afirmarse que a la luz de este principio sería viable una economía social de mercado, sin embargo, éste no es el único necesario.

- Propiedad privada:

Así como la economía social de mercado no puede tener vigencia si no es en un Estado de Derecho, tampoco se puede hablar de este sistema económico si no se tiene como pilar fundamental a la propiedad privada. La propiedad privada es una institución fundamental del sistema de economía social de mercado ya que es la que permite, al mismo tiempo, el ejercicio de la libertad individual y con ella cualidades como el talento, la innovación, la creatividad y la búsqueda lícita del propio beneficio, a través de la generación de bienes y servicios abundantes que demandan los consumidores y usuarios, que se intercambian con fines de utilidad económica.

El profesor Canova González[7], la define de la siguiente manera:

> "La propiedad privada como derecho fundamental se concibe y abarca dos ámbitos: la capacidad de todos para apropiarse de cualquier clase de bienes; la libertad de usar, gozar, disfrutar y disponer de los bienes propios. Este derecho fundamental vino a acabar definitivamente con los privilegios de la sociedad medieval y absolutista… y postular que todos, sin excepción, de la misma manera que son propietarios de su cuerpo, mente y alma serían propietarios de los bienes terrenales fruto de su trabajo, esfuerzo e ingenio".

Según esta definición, la propiedad privada es una extensión del ser mismo, es parte del individuo; con lo cual puede afirmarse que un ser humano desprovisto de sus propiedades o impedido de ser un potencial propietario, sería un individuo incompleto.

La propiedad privada se garantiza y protege según el artículo 115 de la Constitución de 1999.

---

[6] Resico, M. *Introducción a la Economía Social de Mercado.* Fundación Konrad Adenahuer, Santiago, 2011, pp. 133 y 134.

[7] Canova, A. "El papel de la propiedad privada en el derecho". *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales (ACIENPOL), Caracas, 2013, pp. 46 y 47.

- Libertad económica:

Junto a la propiedad privada, la libertad económica es otra institución esencial de la economía social de mercado, en la medida que supone el uso de la libertad individual, un derecho fundamental, con fines de lucro, de obtención de beneficios económicos, de ganancias, a través del intercambio libre con consumidores y usuarios de bienes y servicios que producen quienes desempeñan por elección y capacidad la función empresarial, mediante el uso de los bienes de su propiedad privada de acuerdo con el conocimiento, las habilidades, talentos, creatividad e innovación de que dispongan para dar satisfacción a las demás de los consumidores y usuarios, al entrar, permanecer y eventualmente salir de los mercados en que opte por incursionar (sin que quepa exigir continuar la actividad en forma ininterrumpida contra la voluntad del particular, alegando un "interés general"); en tal sentido, las garantías jurídicas de la libertad económica, que deben estar bien claras en la regulación de la actividad administrativa de ordenación, son básicas para que funcione la economía social de mercado, cuyo pilar es la acción creadora de los individuos y no la actividad económica de los Gobiernos.

Según Luis Cosculluela[8]:

> "La libertad de empresa supone en primer lugar la libertad de creación de empresas y también de cese o extinción de la misma, en segundo lugar, la libertad de organización de la empresa y dirección de sus actividades, y lógicamente, el derecho y deber de asumir el riesgo de los resultados económicos de la actividad empresarial, lo que implica el derecho del empresario hacer suyos los beneficios obtenidos y el deber de asumir las pérdidas. La libertad de empresa no se limita por tanto al derecho de entrar y salir del mercado, sino que la parte sustantiva principal consiste en la facultad que se reconoce al empresario de organizar y dirigir su empresa y en el derecho a obtener beneficios económicos asumiendo el riesgo consiguiente".

La libertad económica se encuentra reconocida expresamente en el artículo 112 constitucional.

- Libre formación de precios:

Otro concepto de suma importancia y que sirve de base al sistema de economía social de mercado es el de "libre formación de precios". La libre formación de precios es un mecanismo clave en el funcionamiento de la economía social de mercado, y que la actividad administrativa de ordenación puede fortalecer y corregir cuando hay desviaciones, o entorpecer y eventualmente abolir, de adoptarse controles absurdos e ineficaces como los controles de precios y cambiarios (vigentes en Venezuela desde las primeras décadas del siglo XX), en perjuicio tanto de los empresarios como de los trabajadores y consumidores y usuarios. Dado que la información acerca de las necesidades de las personas, el costo de los bienes, el riesgo de las actividades, el valor subjetivo que las personas dan a los bienes y servicios y las creencias acerca de la viabilidad o no de los negocios está dispersa y cambia constantemente, es imposible apelar a una planificación centralizada que en forma unilateral fije de modo definitivos los precios, que por tanto sólo pueden y deben formarse a partir de la demanda y disposición de los consumidores y usuarios a pagar por los bienes y servicios que se oferten, y desde luego de la capacidad de la oferta por mantener y hasta incrementar, según la competencia y las tecnologías utilizadas, la producción de los bienes y servicios que mayor demanda social tienen.

---

[8] Cosculluela, L. "Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generales del derecho público económico". *Estudios de Derecho Público Económico.* Editorial Civitas, Madrid, 2003, p. 128.

Para Erhard[9], este concepto es crucial para determinar el funcionamiento y rendimiento del mercado pues a partir de los precios es posible hacer cálculos acerca de lo que es rentable para unos y lo que es demandado y/o deseado por los consumidores, en este sentido señala:

> "Lo mismo es válido con respecto a la función del libre precio. Solo éste permite medir y comparar entre sí los rendimientos, y solamente a través del barómetro de la evolución de los precios se revela lo adecuado o falso de las disposiciones empresariales. Solamente mediante los precios puede comprobarse, en casos concretos si se ha producido demasiado o poco, y si la producción h sido acertada o equivocada. Por este motivo, la constante adaptación de la producción a las oscilaciones del consumo es posible solamente a través del libre precio. Y también por ello, todas las medidas que lleven a una uniformidad o rigidez de los precios deben ser rechazadas consecuentemente como incompatibles con la esencia misma de la economía de mercado".

Es importante señalar, que el sistema de libre formación de precios no supone una ausencia total de la actividad de ordenación de la Administración. Que el mercado pueda operar bajo las más básicas leyes de la oferta y la demanda no impide que la Administración ejerza sus potestades de ordenación, por el contrario en un mercado libre es necesario que la Administración regule, fiscalice y sancione de ser necesario; pero siempre limitando ese poder a asegurar que los actores económicos –los ciudadanos, inversionistas– no cometan abusos o causen daños a terceros, velando principalmente que se cumplan las leyes de libre competencia y estándares de calidad de los bienes y servicios. Por lo demás, le está prohibido -al Estado- que se sustituya en la voluntad de los oferentes y consumidores disponiendo arbitrariamente el precio o los límites de precio que un bien o servicio debería tener, porque al hacerlo corre el riesgo de dañar el mercado –aunque no sea su intención– tal y como los explica Mises en *Planificación para libertad y otros ensayos*[10].

La libre formación de precios, tiene cabida en la Constitución de 1999, a partir de los artículos 112 y 299.

- Cooperación y la competencia:

La competencia, fija reglas legislativas y regulatorias a ser supervisadas mediante la actividad administrativa de ordenación para impedir conductas que reduzcan indebidamente el número de proveedores y competidores en la economía en cada mercado relevante, en perjuicio tanto de los derechos de los agentes económicos como sobre todo de los consumidores –pues a mayor número de agentes más oferta y más variedad de precios, garantías, calidad, etc.–

La cooperación, por su parte, sólo puede surgir, tanto de forma involuntaria como de forma voluntaria (nunca de manera impuesta, como se pretende con la obligación de "responsabilidad social" en Venezuela), en sociedades en las que los propietarios pueden obtener beneficios al explotar económicamente su patrimonio y, gracias a ello, 1) generar empleos estables en el tiempo y de calidad –buenos paquetes laborales–, 2) pagar tributos para permitir a través del sistema tributario la redistribución justa (transparente, sin discriminación, con rendición de cuentas, etc.) de esos fondos públicos para el financiamiento de funciones estatales, bienes públicos y ciertos servicios básicos, y 3) estimular la solidaridad mediante la creación de Fundaciones, financiamientos, premios y subsidios a actividades que beneficien directamente a personas con menos oportunidades de progreso, e indirectamente a quienes

---

9 Erhard, L. *La economía social de mercado* (Trad. M. Scholz y E. Gifre). Ediciones Omega S.A. (Original alemán, 1962), Barcelona, 1964, p. 182.

10 Mises, L. *Planificación para la Libertad y otros Ensayos*. (Trad. A. Benegas). Unión Editorial. Madrid, 2012, (Original inglés, 1952).

practican dicha solidaridad, al contribuir con que hayan más ciudadanos, trabajadores y consumidores con conocimiento y recursos para participar activamente en la sociedad.

Según lo explica David Boaz[11]:

> "El mercado nace porque es un hecho que los seres humanos llegan más lejos si cooperan con otros que si actúan de forma aislada, pero también porque reconocemos esta realidad. Si fuéramos de esa clase de especies para las que la cooperación no aporta ninguna ventaja sobre el trabajo aislado, o si fuéramos incapaces de identificar los beneficios de la cooperación, entonces no solamente permaneceríamos aislados y atomizados, sino como Ludwig von Mises explica, "cada hombre se vería obligado a mirar a los otros como enemigos. El ansia de satisfacción de sus propios deseos le obligaría a enfrentarse permanentemente a sus vecinos" (…) Aquellos que afirman que la inclinación natural del hombre es "la cooperación, y no la competencia" no entienden que el mercado ya es cooperación. En realidad, el mercado se basa en la competencia de las personas para lograr una mejor cooperación".

Por su parte, Ludwig Erhard[12], habla de la competencia en los siguientes términos:

> "El medio más prometedor para conseguir y garantizar toda prosperidad es la competencia. Sólo ella puede hacer que el progreso económico beneficie a todos los hombres, en especial en su función de consumidores, y que desaparezcan todas las ventajas que no resulten directamente de una productividad elevada. Por medio de la competencia se opera –en el mejor sentido de la palabra– una socialización del progreso y de los beneficios, y se mantiene despierto, además, el afán de rendimiento personal".

La cooperación y competencia, pueden desprenderse de los artículos 299, 113, 117 y 135 de la Constitución de 1999.

- <u>El principio de subsidiariedad del Estado en la economía</u>:

El principio de subsidiariedad es fundamental para la economía social de mercado, en la medida que limita y disciplina el desarrollo de las demás actividades administrativas, distintas a la actividad de ordenación, como son las de prestación de servicios, fomento y gestión económica, ya que no prohíbe la acción económica del Gobierno y la Administración respecto de quienes tienen menor capacidad económica para satisfacer sus necesidades personales o familiares, sino que la limita y condiciona a la verificación de los requisitos indicados por Arturo Fermandois –que se exponen a continuación–, de modo que no sean en ningún caso ni la única ni la primera opción, sino la opción última en caso que cualquier otra política pública menos costosa para el patrimonio público resulte más adecuada y eficaz de cara a la satisfacción de los derechos e intereses de los particulares a garantizar, lo que no sólo es importante para el manejo eficiente de los recursos públicos, sino que disminuye mucho los gastos burocráticos innecesarios y los casos de corrupción.

> "Debe tenerse presente en todo momento que la intervención estatal en actividades propias de las sociedades intermedias es de suyo excepcional, temporal, y revela una falla en la estructura social que debe en definitiva repararse. Estos requisitos pueden resumirse de la siguiente forma: a. que se trate de actividades, fines o bienes particulares claramente convenientes para el bien común general. b. que los particulares no estén logrando en un nivel adecuado dichos fines o bienes particulares, o no exista en dicha área presencia alguna de particulares que, vía ejercicio de los derechos emanados del principio de las autonomías sociales, se hayan propuesto alcanzar dichos fines. c. que el Estado haya agotado lealmente todo su esfuerzo para que los particulares asuman tales actividades. El Estado debe siempre propender

---

11 Boaz, D. *Liberalismo: una aproximación* (Trad. A. Lladó). Editorial Fundación FAES S.L.U. (Original inglés, 1997), Madrid, 2007, p. 226.

12 Erhard, L. *op. cit.*, 2010, p. 23.

> a que sean los particulares los que asuman las actividades que se pretende subsidiar, porque lo contrario revela un vacío y una falta de vitalidad del cuerpo social que naturalmente tiende a subsanarse por obra de la naturaleza humana. Una vez producida la intervención, nacen dos obligaciones esenciales que deben cumplirse: a. el Estado debe desempeñar las tareas subsidiarias estimulando siempre a los particulares a que suplan el vacío social cuanto antes y en la mayor medida posible. Luego, la acción estatal subsidiaria deberá ejercerse de la manera más descentralizada posible. b. el Estado debe retirarse y cesar su intervención en el momento mismo en que los particulares asuman las actividades subsidiadas en un nivel compatible y aceptable para el bien común general"[13].

Para Alberto Sánchez[14], el principio de subsidiariedad es el límite de la actuación del Estado:

> "…Si el bien común es la meta del Estado, la autoridad su herramienta y la solidaridad su camino, el principio de subsidiariedad es su límite. Es él quien le marca los espacios y los tiempos, le indica el "hasta donde" y le señala el "cuando". La intervención del Estado tiene, así, límites espaciales y temporales y el principio de subsidiariedad juega, en ello, un papel fundamental".

Este principio puede desprenderse vía interpretación *pro libertatis* de los artículos 112 y 299 de la Constitución de 1999.

Como se observa de estas definiciones del principio de subsidiariedad, este rige en economías abiertas donde el papel del Estado es limitado, pues la intervención de este en la economía tendrá lugar solo en casos o momentos específicos en los que el mercado, los ciudadanos, requieran una colaboración en determinada actividad.

B. *Los principios y reglas, jurídicas y económicas, de la economía social de mercado en la Constitución de 1999*

Según lo referido, la Constitución de 1999 tiene una serie de artículos de los cuales pueden desprenderse todas las reglas y principios que dan cabida a una economía social de mercado. Encontramos la mención al Estado de Derecho, el respeto a la propiedad privada, a la libertad económica, a la libre formación de precios, las normas que consagran la competencia y la cooperación, el principio de subsidiariedad a través del deber del Estado de promover la iniciativa privada, etc. Sin embargo, no es suficiente con que la Constitución consagre estos principios y reglas, pues lamentablemente, la letra de muchos de estos artículos es ambigua, y tal indeterminación es lo que ha dado lugar al sistema altamente estatista e intervencionista que hoy opera en Venezuela.

Por tanto, es crucial que estas normas empiecen a interpretarse según las definiciones que aquí se han expresado, que se tenga como fin último al individuo, al ciudadano y la reivindicación de todas las manifestaciones de la libertad individual consagradas en la Constitución y que sea a partir de allí que se construya un sistema económico que permita prosperidad y a su vez un marco jurídico que admita, pero de manera limitada, la actuación de la Administración.

Es decir, que el Estado de Derecho permita crear certeza en los ciudadanos y limitar al poder; que la propiedad privada sea un derecho inviolable que permita el desenvolvimiento

---

13 Fermandois, A. *Derecho constitucional económico* (2° Ed., Tomo I). Santiago, 2011, Ediciones UC, pp. 90 y 91.

14 Sánchez, A. "El derecho administrativo y sus equilibrios básicos", *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum a Gaspar Ariño Ortiz*. Editorial La Ley, Madrid, 2011, p. 88.

de las personas y su reconocimiento como propietarios; que se reconozca el derecho de cada persona de realizar la actividad económica de su preferencia y beneficiarse de ella hasta que lo considere (sin imposiciones arbitrarias); que sean las reglas de la oferta y la demanda las que permitan la alza o baja de los precios en el mercado y no que sea el Estado –con absoluto desconocimiento de las necesidades reales de las personas– el que fije los precios con criterios políticos; que la competencia sea la medida para los prestadores de servicios y productores de bienes sin que haya lugar a regulaciones excesivas (mandatos a los particulares), que asimismo la cooperación surja del intercambio libre entre las personas que buscan aprovecharse de su actividad económica y aquellas que gracias a esta actividad consiguen un beneficio directo o indirecto, por último que se entienda que las riendas de la economía, en un país que quiere alcanzar la prosperidad, las debe llevar el sector privado, de nuevo, los particulares en intercambios libres y no que se entienda que el Estado es protagonista en la economía, es decir, que haya finalmente un entendimiento de que la intervención del Estado debe ser subsidiaria, solo en casos muy concretos donde, más bien, la no intervención del Estado vía actividad de ordenación, de prestación o fomento por ejemplo, sería perjudicial para la sociedad.

3. *Distinción entre "economía mixta" y "economía social de mercado"*

El concepto de "economía mixta", que en la doctrina venezolana tiende a confundirse con el de "economía social de mercado", no respeta el principio de subsidiariedad, pues se entiende que la participación del Estado en la economía puede ser amplia por ser el resultado de combinar "capitalismo" y "socialismo", como se desprende de la siguiente cita del profesor Brewer Carías[15]:

> "El proceso de intervención del Estado en la economía ha sido posible en Venezuela, debido a la existencia de un sistema económico de economía mixta… En efecto, dentro de los regímenes político-económicos contemporáneos y entre los sistemas capitalista y socialista, se ha venido configurando un estadio intermedio denominado de economía mixta".

En otro texto, afirma el mismo profesor Brewer[16] que:

> "Siguiendo, en cierta forma, las orientaciones de la Constitución de 1961 en materia de Constitución Económica, la Constitución de 1999 establece, pero sin decirlo, un sistema económico de economía social de mercado, que se desarrolla sobre la libertad económica, pero que debe desenvolverse conforme a principios de justicia social, que requieren de la intervención del Estado".

También vale señalar lo expuesto por Hernrique Meier[17]:

> "Se otorga un papel protagónico tanto al Estado como a la iniciativa privada en la promoción del desarrollo… ni el Estado asume la promoción, dirección y regulación de todo el proceso económico, ni ello es dejado a la libre iniciativa privada de los particulares (Laaisser faire y Laaisser paser 'Dejar hacer y dejar pasar'). La Constitución no previó la socialización o colectivización de la propiedad sobre los medios de producción, sino la posibilidad (potestad legislativa) de que el Estado se reserve la explotación de determinadas actividades económi-

---

15 Brewer-Carías, A. *Derecho Administrativo* (4° ed., Tomo I). Caracas, 1996, Universidad Central de Venezuela (UCV), p. 113.

16 Brewer-Carías, A. *La Constitución de 1999* (2° ed.). Editorial Arte y EJV, Caracas, 2000, pp. 203 y 204.

17 Meier, H. "La Constitución Económica". *Revista de Derecho Corporativo de la Universidad Metropolitana*, 1, Caracas, 2001, p. 12.

cas (industrias y servicios) por razones de conveniencia nacional, como es el caso de la industria petrolera".

En la sentencia Nº 2359 de fecha 23 de noviembre de 2001 (caso: *Industrias Termopanel C.A.*), la Sala Constitucional indicó que:

> "La libertad económica, tal como lo ha señalado la jurisprudencia y la doctrina, no es absoluta o ilimitable. Precisamente, lo que caracteriza al sistema de economía mixta que rige constitucionalmente en Venezuela, es precisamente la potestad del Estado de intervenir en la economía, y, en forma específica, en las actividades económicas que realizan los particulares. Sin embargo, dicha intervención debe estar regulada por ley, tal como [lo dispone] (…) la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela".

A partir de las citas realizadas, se evidencia la confusión doctrinaria que existe y el error en que se incurre al señalar que la economía social de mercado es equiparable a la economía mixta, donde esta última admite una fuerte intervención del Estado en la economía siendo que la primera tiene como pilar fundamental para su existencia el principio de subsidiariedad, la libertad individual, y en general el respeto por los derechos de las personas en especial al derecho de propiedad privada, cuestión que no ocurre en sistemas de economía mixta, donde la experiencia nos dice que "lo social" prevalece como título habilitante para la intervención arbitraria del estado en la economía.

4. *La actividad de ordenación o limitación en una economía social de mercado*

En Venezuela, la actividad de limitación hace mucho que quedó desnaturalizada por completo, ya que, se expandió a casi toda actividad económica, política, social y cultural del país, y se pasó a concebir como un mecanismo para que el Ejecutivo Nacional impusiera su ideología política al conjunto de toda la sociedad. Ello así porque es precisamente esta actividad, sin reglas ciertas, con desproporción y sin control judicial previo (ni posterior hoy día, debido a la politización de los tribunales), a la que apela el Gobierno nacional para vulnerar diferentes derechos fundamentales de los particulares, más allá de los económicos, supuestamente en nombre de la "suprema felicidad social".

Por tanto, resulta pertinente, de un lado, dilucidar si realmente es posible que la Administración Pública lleve a cabo su actividad de ordenación bajo un sistema de economía social de mercado, absolutamente respetuoso de los derechos individuales y limitativo del poder del Estado; y del otro, plantear cómo debería comportarse la Administración Pública, en un país como Venezuela donde la actividad de ordenación se entiende aún como destinada a dirigir y controlar la vida de los ciudadanos.

A. *Evidencia de la actividad de ordenación en sistemas de economía social de mercado*

Brevemente (por no ser el objetivo principal de este trabajo), señalaremos dos casos de países que han acogido la economía social de mercado y donde la actividad de ordenación no solo subsiste, sino que es especialmente importante para mantener la vigencia de tal sistema.

Primero, nos referiremos, a Alemania, cuna del sistema económico que más prosperidad ha generado a ese país. Tal como lo concibió Erhard, la economía social de mercado está fundamentada en el individuo y como apunta María Darnaculleta el papel del Estado es necesario -sobre todo en su rol de regulador y vigilante- para darle estabilidad al sistema:

> "La economía social de mercado no puede prosperar si la actitud espiritual que le sirve de base, es decir, la disposición a salir responsable del propio destino y a participar en una honrada libre competencia aspirando a acrecentar el rendimiento, se ve condenada a muerte por presuntas medidas sociales en territorios vecinos… Pero si los esfuerzos de la política social

> tienden a dar al hombre, ya desde la hora de su nacimiento, seguridad plena contra las contrariedades de la vida, es decir, a protegerle de un modo absoluto contra las vicisitudes del vivir, entonces ya no se podrá exigir a esos hombres que desplieguen fuerzas como actividad, iniciativa y otros valores humanos en la proporción que es decisiva para la vida y el porvenir de la nación y que constituye además el supuesto fundamental de una economía social de mercado basada en la iniciativa de la persona. Hay que advertir también la indisoluble vinculación que existe entre la política económica y la política social. En efecto, las intervenciones y medidas auxiliares de la política social son tanto menos necesarias cuanto más feliz y cabalmente puede organizarse la política económica"[18].

> "…la doctrina alemana se ha esforzado por vincular la noción de regulación a un nuevo reparto de responsabilidad, entre el Estado y la sociedad… una retirada del Estado, en la prestación directa de servicios –en el caso de la regulación económica– o en la ordenación y el control directo de la actividad de los sujetos privados –en el caso de las nuevas fórmulas indirectas de regulación–. Este retroceso del Estado, esta aparente desintervención no viene acompañada, sin embargo, de una disminución de las obligaciones que la Constitución impone a los poderes públicos. Es por ello que las nuevas fórmulas de regulación no pueden comportar –no comportan en realidad– una renuncia a la prestación de las garantías de seguridad de los ciudadanos ni de los niveles de prestación de los servicios sociales"[19].

Estas dos citas, condensan simple y perfectamente la manera como se entiende en Alemania la economía social de mercado y el rol que juega el Estado, la Administración pública, en éste: el acento en el individuo, el respeto a sus derechos, la vigencia del Estado de derecho, la libertad de empresa y el papel subsidiario del Estado, de ordenador y vigilante de esos derechos, son la fórmula que encontraron en la posguerra los padres del "milagro alemán" que todavía hoy día surte sus frutos en el próspero país europeo y que lejos de poner en tensión en sistema económico con las potestades del Estado, las combina equilibradamente con el fin de generar estabilidad en favor de los ciudadanos.

El otro país es hispanoamericano, se trata de Chile, en el que ya son varias las décadas que lleva la aplicación de este sistema económico, gracias a la buena redacción e interpretación de las normas constitucionales que lo garantizan. Según Lüders (2016)[20]:

> "En resumen, en Chile a partir de 1974 se institucionalizó una moderna economía social de mercado. Se trata de una economía de libre mercado, en que el Estado juega un importante papel, primero, corrigiendo –cuando la relación costo-beneficio lo justifique– las fallas de mercado que surjan y segundo, cubriendo las necesidades básicas de su población, de modo que todos sus ciudadanos tengan la posibilidad –en libertad– de prosperar y tener una vida digna. Este sistema económico-social corresponde estrechamente –y hace operativo– a aquel implícito en una sociedad que adopta la subsidiariedad como principio ordenador".

El caso chileno muestra cómo a partir de reformas institucionales adecuadas, en especial en el rol de la Administración Pública y la actividad de ordenación, es posible adoptar y desarrollar con beneficios para toda la sociedad la economía social de mercado.

Los regímenes jurídicos, a nivel legislativo y regulatorio, vigentes en Venezuela en materia económica son altamente estatistas, intervencionistas y en ocasiones violatorios de los derechos individuales, pues como decíamos antes en nuestro país el derecho administrativo

---

18 Erhard, L. *op. cit.*, 2010, p. 181.

19 Darnaculleta, M. "La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana". *Derecho de la Regulación Económica*. Madrid, 2009, IUSTEL, pp. 384 y 385.

20 Lünders, R. "El modelo económico chileno y la subsidiariedad", Subsidiariedad en Chile. Justicia y Libertad. Fundación Jaime Guzmán e Instituto Res Pública, Santiago, 2016, p. 159.

se aplica como si el Ejecutivo fuera un Monarca y los ciudadanos súbditos. Por lo tanto, en Venezuela debe hacerse una seria y profunda revisión del régimen jurídico que habilita a la Administración no solo a limitar sino a dirigir la actuación de los particulares, en muchas materias como salud, alimentos, bancos, telecomunicaciones y otros no cabe más que aplicar la derogatoria, ya mediante reforma legislativa o a través de nuevas regulaciones, de todos los mandatos –que no reglas– o normas de organización que en forma inconstitucional se aplican a los particulares en la actualidad en estos sectores, en contra de sus derechos económicos y de los derechos de los consumidores y usuarios, que han perdido toda libertad de elegir, para en su lugar dictar sólo las normas de conducta indispensables, para impedir conductas contrarias a la libre competencia y a la libertad de elegir de los consumidores.

Asimismo, debe evaluarse y eventualmente eliminarse la actividad de gestión económica mezclada con actividad de ordenación que el Gobierno desarrolla en la mayoría de sectores de la economía –en muchos casos de manera exclusiva–, no sólo porque los monopolios y posiciones abusivas en la economía están prohibidos constitucionalmente, sino porque como políticas públicas son ineficientes, burocráticas, fomentan la corrupción y no mejoran la calidad de vida de las personas, al tiempo que son incompatibles con las instituciones y los fines de la economía social de mercado, que no se apoya en el control y planificación estatal como hemos visto, sino en la promoción de la libre iniciativa y la intervención subsidiaria del Gobierno en la economía, y no para controlar o planificar mediante coacción.

Desde el punto de vista más concreto de las reformas a adoptar en cuanto a cómo utilizar las potestades en que se expresa la actividad de limitación en los diferentes sectores económicos, teniendo en cuenta tanto los postulados del nuevo derecho administrativo como las instituciones y fines de la economía social de mercado, cabe proponer las siguientes:

Respecto de la potestad reglamentaria, además de respetar a cabalidad la reserva legal y la separación de poderes como límites a esta potestad, es indispensable que en ella se tenga presente la distinción entre normas de conducta y normas de organización[21], así como los principios técnicos de libre competencia y mínima intervención que exigen un ejercicio ponderado de esta potestad para no violar derechos de los particulares, para lo cual enfoques como el *Law of economics* y la teoría de la elección pública son de mucha utilidad.

En cuanto a la potestad de investigación, ésta debe limitarse a la verificación del cumplimiento de las restricciones y obligaciones en materias como la sanitaria, ambiental, de libre competencia y protección a la soberanía del consumidor, por ejemplo, y siempre debiendo el ejercicio de esta potestad estar sujeto al principio de legalidad, que la Administración investigue sólo con previa habilitación legal, limitando al máximo la discrecionalidad respecto de qué asuntos en materias como las antes mencionadas puede investigar, y evitando también el uso indebido de conceptos jurídicos indeterminados como "el bien común", "el interés general", etc., para aplicar fiscalizaciones o inspecciones en casos no justificados. Por último, ella debe en todo caso garantizar el debido procedimiento administrativo y la presunción de buena fe.

En el caso de la potestad de coacción o autorizatoria, esta debe sufrir una drástica reducción en estos sectores, y en algunos supuestos desaparecer del todo. No pueden seguir existiendo permisos, licencias y autorizaciones arbitrarias e innecesarias que sólo generan corrupción y obstáculos al libre acceso de bienes y servicios. Debe limitarse al máximo, a las

---

[21] Para profundizar acerca de esta distinción ver: L. Herrera, "Leyes, mandatos y regulación administrativa", en *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, ACIENPOL Caracas, 2013.

materias sanitarias y ambiental, tal vez a la de libre competencia en el caso de conductas que requieran verificación previa de que no son contrarias a dicha legislación, y en modo alguno esta potestad puede perseguir el controlar o conducir la libre formación de precios y los intercambios entre particulares; sólo debe limitar y prohibir conductas o acciones contrarias a derechos subjetivos, intereses legítimos o intereses públicos concretos, y usarse en todo caso como una potestad mayormente reglada y no discrecional, en obsequio del principio de legalidad.

Sobre la potestad de ejecución forzosa o autotutela, la capacidad de crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas de los particulares debe estar limitada a los supuestos establecidos en forma expresa en las leyes aplicables a los diferentes sectores de la economía, casos en que debe garantizarse el debido procedimiento y el derecho a la defesa, limitada a hacer efectivas las potestades de investigación y autorizatoria, y en ningún caso a permitir a la Administración dirigir, controlar o sustituir a los proveedores y consumidores en los intercambios de bienes y servicios, debiendo además considerar caso por caso si en estos sectores conviene que hayan actos ejecutivos pero no ejecutorios, en garantía de los derechos de los particulares, y también en prevención de que no se causen daños por decisiones administrativas ejecutadas, que luego no sea posible revertir.

Con relación a la potestad de revisión se justifica el mantenerla, por la posibilidad de que ella permita corregir malas decisiones administrativas y evitar complejas reclamaciones judiciales, pero siempre y cuando no se creen vías administrativas obligatorias, no se use como prerrogativa de la Administración, haya personal formado para decidir con objetividad la revisión de oficio o el recurso interpuesto y no según el deseo de su superior, y se garantice en todo caso el debido procedimiento administrativo antes de tomar cualquier decisión sobre el acto revisado, con garantía del derecho a la defensa de los particulares.

Por último, en cuanto a la potestad sancionatoria, además de adoptar la tendencia a la reducción de los supuestos de ilícitos siguiendo el principio penal de la sanción como *ultima ratio*, de garantizar un debido procedimiento administrativo con plena garantía del derecho a la defensa y presunción de inocencia, de excluir aspectos discrecionales y el uso de conceptos jurídicos indeterminados para ejercer esta potestad y de acoger como regla general el carácter no ejecutorio de los actos en los que ella se materializa, es indispensable que esta potestad no se emplee en violación de la propiedad privada, de la libertad de empresa, del derecho al trabajo y de la soberanía del consumidor, ni en contra de elementos de la economía social de mercado como la competencia y la cooperación social, pues medidas como el comiso, el cierre de establecimientos y la revocatoria de licencias –que en Venezuela se usan con mucha frecuencia para amedrentar a los productores de bienes y prestadores de servicios– sólo pueden emplearse, de ser el caso, en supuestos gravísimos, y no como la primera opción en casos de ilícitos o faltas, y en todo caso siempre sujetas a un control judicial efectivo si así lo demandan los particulares afectados.

II. CONCLUSIONES

Podemos hacer una breve síntesis en los siguientes términos:

1. La actividad de ordenación consiste en "ordenar" la actuación de los particulares en favor del cumplimiento de las leyes, para el respeto de su libertad y derechos y el mantenimiento del orden público. La realización de esta actividad supone el ejercicio de una serie de potestades administrativas que deben en todo caso respetar y garantizar los derechos fundamentales de los particulares que se relacionan con la Administración Pública.

2. La economía social de mercado es un sistema económico que equilibra las potestades de la Administración Pública con las libertades de las personas, lo cual implica la adopción y

funcionamiento efectivo de una serie de instituciones jurídicas y económicas básicas, sin las cuales dicho sistema económico no puede operar en la práctica ni generar los resultados sociales favorables que de él se esperan, esas instituciones son: el Estado de Derecho, la propiedad privada, la libertad económica, la libre formación de los precios, la competencia, la cooperación y la subsidiariedad del Estado en la economía, dado que ellas son las que permiten lograr el equilibrio entre la libertad de las personas y la autoridad estatal de fijar y hacer cumplir las reglas en el plano económico.

3. A la luz de la Constitución de 1999, podría aplicarse una economía social de mercado, sin embargo, en la Constitución existen postulados tan ambiguos que han facilitado que la Administración intervenga en la vida de los ciudadanos de manera excesiva, coactiva y violatoria de sus derechos individuales. Por tanto, para que pueda existir una economía social de mercado bajo la Constitución de 1999, será necesario un cambio radical en la manera como esta se ha venido interpretando.

4. Hay quienes afirman que en Venezuela existe una economía social de mercado porque la Constitución establece un sistema de economía mixta, sin embargo, la economía mixta al intentar combinar corrientes opuestas como son el capitalismo y el socialismo, deja una extensa brecha para que la Administración cometa abusos en detrimento de los derechos de los ciudadanos, cuestión que le está vedada en un sistema de economía social de mercado donde la actuación del Estado es subsidiaria y por encima de ésta se encuentran los derechos individuales.

5. Existe la falsa creencia de que bajo un sistema que tenga al individuo como centro de la acción económica las potestades de la Administración Pública desaparecerían, sin embargo, Alemania y Chile son evidencia que en un sistema de economía social de mercado la actividad de ordenación no solo es posible sino necesaria para que el sistema subsista y para lograr la mayor prosperidad de los ciudadanos.

6. Para que en Venezuela pueda acogerse un sistema de economía social de mercado, como ya se dijo, urge cambiar radicalmente la interpretación de la Constitución venezolana, de su visión estatista, intervencionista a una visión centrada en el individuo y en el respeto a sus libertades, que permita la derogatoria de "leyes" que en realidad son mandatos, por estar diseñadas para dirigir y controlar a los ciudadanos; que además permita que la actividad de gestión económica sea reducida (y eventualmente eliminada) por generar corrupción y ser incompatible con una economía social de mercado y que permita ajustar, limitar y equilibrar las potestades que ejerce la Administración cuando ejecuta su actividad de ordenación, garantizando la vigencia del Estado de Derecho y el respeto a la propiedad privada, libertad económica, libre formación de los precios, competencia, cooperación y subsidiariedad del Estado en la economía, bajo una interpretación constitucional, legislativa, gubernativa y judicial que en forma coherente y sostenida reivindique las libertades y capacidades individuales que están repartidas en toda la sociedad.

III. BIBLIOGRAFÍA

Boaz, D. *Liberalismo: una aproximación* (Trad. A. Lladó). Editorial Fundación FAES S.L.U. Madrid: 2007. (Original inglés, 1997).

Brewer-Carías, A. *Derecho Administrativo* (4° ed., Tomo I). Universidad Central de Venezuela (UCV). Caracas 1996.

_____. *La Constitución de 1999* (2° Ed.). Editorial Arte y EJV. Caracas 2000.

Canova, A. "El papel de la propiedad privada en el derecho". *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales (ACIENPOL). Caracas 2013

Cosculluela, L. "Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generales del derecho público económico" (2003). *Estudios de Derecho Público Económico.* Editorial Civitas. Madrid 2003.

Darnaculleta, M. "La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana". *Derecho de la Regulación Económica.* IUSTEL. Madrid 2009.

Erhard, L. *Bienestar para todos* (2° ed., Trad. E. Tierno). Unión Editorial, Madrid: 2010 (Original alemán, 1957).

Erhard, L. *La economía social de mercado* (Trad. M. Scholz y E. Gifre). Ediciones Omega S.A. Barcelona: 1964 (Original alemán, 1962).

Fermandois, A. *Derecho constitucional económico* (2° Ed., Tomo I). Ediciones UC. Santiago: 2011.

Hayek, F. *Camino de Servidumbre* (2° reimp., trad. J. Vergara). Alianza Editorial. Madrid: 2003. (Original inglés, 1944).

Lampert, H. *El Orden Económico y Social de la República Federal de Alemania* (10° ed., trad. M. Villanueva). Unión Editorial. Madrid: 1990 (Original alemán, 1965).

Lunders, R. El modelo económico chileno (2016). *Subsidiariedad en Chile. Justicia y Libertad.* Fundación Jaime Guzmán e Instituto Res Pública. Santiago: 2016.

Meier, H. "La Constitución Económica". *Revista de Derecho Corporativo de la Universidad Metropolitana,* 1, Caracas: 2001. pp. 9-74.

Mises, L. *Planificación para la Libertad y otros Ensayos*. (Trad. A. Benegas). Unión Editorial. Madrid: 2012 (Original inglés, 1952).

Resico, M. *Introducción a la economía social de mercado*. Fundación Konrad Adenahuer. Santiago 2011.

Sánchez, A. El derecho administrativo y sus equilibrios básicos (2011). *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz.* Editorial La Ley. Madrid 2011.

Comentarios Monográficos

CRÓNICA CONSTITUCIONAL DE UNA INCONSTITUCIONALIDAD: LAS EJECUTORIAS DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (AGOSTO-OCTUBRE 2017)

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *Este trabajo integra las Crónicas constitucionales relativas a las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente durante 2017, con particular énfasis referencia a la usurpación que hizo de la soberanía del pueblo, sometiendo a su poder a todos los órganos constituidos.*

Palabras Clave: *Asamblea Constituyente. Límites; Soberanía. Usurpación; Poderes constituidos. Sujeción.*

Abstract: *This paper summarizes the Constitutional Chronicles regarding the activities of the National Constituent Assembly during 2017, with particular reference to the usurpation of the sovereignty of the people and subjecting to its rule all the constituted powers.*

Key words*: Constituent Assembly. Limits; Peoples; Sovereignty. Usurpation; Constituted Powers. Subjection.*

Primera Crónica: LOS LÍMITES DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Y SU ACTUACIÓN INCONSTITUCIONAL AL USURPAR TANTO EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO DEL PUEBLO COMO LAS COMPETENCIAS DE LOS PODERES CONSTITUIDOS[*]

La Asamblea Nacional Constituyente fue convocada inconstitucionalmente mediante el Decreto Nº 2830 de 1º de mayo de 2017,[1] con base en unas "bases comiciales" también decretadas unilateral e inconstitucionalmente por el Presidente de la República,[2] sin participación popular, usurpando el poder constituyente originario que sólo pertenece al pueblo, que es el único que podía convocarla.[3]

La inconstitucional convocatoria de la referida Asamblea Nacional Constituyente de 2017, en todo caso, no sólo fue rechazada, por fraudulenta, por la Asamblea Nacional y la

---

[*] Véase en Allan R. Brewer-Carías, "Los límites de la Asamblea Nacional Constituyente, y su actuación inconstitucional al usurpar, tanto el poder constituyente originario del pueblo como las competencias de los poderes constituidos," 7 de agosto de 2017, http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/170.-doc.-Brewer.-L%C3%ADmites-a-la-ANC-2017.pdf

1 Decreto Nº 2830 de 1 de mayo de 2017, en *Gaceta Oficial* Nº 6295 Extra de 1º de mayo de 2017.

2 Decreto Nº 2878 de 23 de mayo de 2017, en *Gaceta Oficial* Nº 41156 de 23 de mayo de 2017.

3 Véase Allan R. Brewer-Carías, La inconstitucional convocatoria de una asamblea nacional constituyente en mayo de 2017 un nuevo fraude a la Constitución y a la voluntad popular, Colección Textos Legislativos, Nº 56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017. Véase en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/06/BREWER-CARIAS-LA-INCONSTITUCIONAL -CONVOCATORIA-AN-CONSTITUYENTE-JUNIO-2017-FINAL.pdf

mayoría de las instituciones nacionales representativas de valores democráticos, sino por múltiples instituciones extranjeras, que la consideraron inconstitucional.[4] Además, la Asamblea fue repudiada y desconocida por la Secretaría de la Organización de Estados Americanos,[5] la Unión Europea, varias decenas de Estados Extranjeros,[6] e incluso por el Mercosur, que a causa de la misma acordó el retiro de Venezuela como Estado miembro, por considerar que con su instalación se había ocurrido una ruptura del orden constitucional.[7]

En todo caso, la Asamblea fue inconstitucional y fraudulentamente electa el 30 de julio de 2017, con resultados electorales manipulados según confesó la empresa encargada de los cómputos electorales,[8] y al instalarse, se configuró como un órgano estatal inconstitucional, al comenzar a funcionar conforme a un Estatuto que se había aprobado en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999,[9] el cual no sólo entonces fue contrario a la Constitución de 1961, sino que ahora es contrario a la propia Constitución de 1999.

La inconstitucionalidad de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, por tanto, no sólo resulta de un vicio de inconstitucionalidad de origen, causado en su convocatoria y elección, sino, además, de un vicio de inconstitucionalidad derivado de su instalación, al adoptar un Estatuto para su funcionamiento que viola la Constitución de 1999.

---

4 Véase los estudios y pronunciamientos sobre la inconstitucionalidad de la Asamblea en Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto, Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (29 de julio) 2017. Véase el texto en http://allan brewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/07/ESTUDIOS-SOBRE-LA-AN-CONSTITUYENTE-29-7-2017.-9am.pdf

5 Véase Comunicado de prensa: "Secretaría General de la OEA respalda decisión de MERCOSUR sobre Venezuela," 5 de agosto de 2017, en http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunica do_ prensa.asp?sCodigo=C-062/17

6 Véase las reseñas: "Hasta el momento, 40 países desconocen la constituyente cubana de Maduro," en *La Patilla*, 1 de agosto de 2017, en http://www.lapatilla.com/site/2017/08/01/hasta-el-momento-40-paises-desconocen-la-constituyente-cubana-de-maduro/. Véase igualmente en: http://cnnespanol.cnn.com/2017/07/31/los-paises-que-no-reconoceran-la-constituyente-de-venezuela-y-los-que-si/

7 Véase la reseña: "Protocolo de Ushuaia: qué es la cláusula democrática del Mercosur que le aplicaron a Venezuela," en La nación, 5 de agosto de 2017, en http://www.lanacion.com.ar/2050382-protocolo-de-ushuaia-que-es-la-clausula-democratica-del-mercosur-que-le-aplicaron-a-venezuela. Véase igualmente, la reseña: "Se confirmó la suspensión de Venezuela del Mercosur," en La Nación, 5 de agosto de 2017, en http://www.lanacion.com.ar/1961560-se-confirmo-la-suspension-de-venezuela-del-mercosur

8 Véase la reseña con las declaraciones de los directivos de la empresa Smartmatic, en: "Smartmatic: CNE manipuló los datos de participación de la Constituyente // #MonitorProDaVinci," en prodavinci, 2 de agosto de 2017, en http://prodavinci.com/2017/08/02/actualidad/smartmatic-cne-manipulo-los-datos-de-participacion-de-la-constituyente-monitorprodavinci-1-1/. Igualmente, en "Smartmatic extrajo de Venezuela cajas con toda la información para soportar el "fraude" del CNE, DolarToday / Aug 3, 2017 @ 6:00 am, en https://dolartoday.com/smartmatic-extrajo-de-venezuela-cajas-con-toda-la-informacion-para-soportar-el-fraude-del-cne/?new=1. Sobre ello, véase lo declarado por la Fiscal General de la República: "Desconozco los resultados de esa ANC. La Fiscal General dijo que las cifras dadas por el CNE son fraudulentas," El Nacional 31 julio de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/ortega-diaz-desconozco-los-resultados-esa-anc_196319 #comments

9 Así se dispuso en la "base comicial" Nº 10: "La Asamblea Nacional Constituyente se regirá por el estatuto de la Constituyente del 1999, hasta tanto dicte su propio estatuto de funcionamiento." Decreto Nº 2878 de 23 de mayo de 2017.

Dicha Asamblea Nacional Constituyente, por otra parte, no ejerce "poder plenipotenciario" alguno, ni puede actuar "en nombre del poder originario del pueblo de Venezuela" (pues éste nada le ha delegado), tal como lo expresó la presidenta de la misma el día de su instalación, 3 de agosto de 2017.[10]

La Asamblea Nacional Constituyente, al contrario, a pesar de su origen inconstitucional y fraudulento, está en todo caso sometida a la Constitución y no tiene competencia para interferir en el funcionamiento de los Poderes Constituidos; y en el ejercicio de su misión que la Constitución le asigna con precisión, está en todo caso sometida a límites.

I. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y SU SUJECIÓN A LA CONSTITUCIÓN

Recordemos que el artículo 347 de la Constitución de 1999, bajo cuyo articulado se eligió la Asamblea Nacional Constituyente el 30 de julio de 2017,[11] –aun cuando inconstitucionalmente– dispone lo siguiente:

> ***Artículo 347.*** **El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario**. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente **con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución**.

Es decir, la Constitución de 1999, bajo cuyas normas supuestamente se eligió la Asamblea Nacional Constituyente, y que sigue vigente hasta que se reforme o sustituya por otra conforme a la Constitución, establece claramente los cuatro parámetros básicos de funcionamiento de una Asamblea Nacional Constituyente:

Primero, que el pueblo es el único depositario del poder constituyente originario, el cual en ningún caso puede delegar, ni siquiera mediante referendo, porque como lo reafirma el artículo 5 de la misma Constitución, "la soberanía reside *intransferiblemente* en el pueblo." Por eso es que el pueblo como depositario de dicho poder es el único que puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente. Ello no se hizo con la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, y por eso es inconstitucional tanto su convocatoria como su elección.

Segundo, la Asamblea Nacional Constituyente no puede asumir el "poder constituyente originario" del cual el pueblo es el único depositario. En consecuencia, la Asamblea no puede usurpar ni intervenir a los Poderes Constituidos.

Tercero, la única misión posible de una Asamblea Nacional Constituyente es "transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución."

Cuarto, si bien es cierto que el artículo 349 de la Constitución dispone que "los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional

---

10 Véase las referencias al discurso de instalación de la Asamblea nacional Constituyente de quien asumió la presidencia de la misma, Sra. Delcy Rodríguez, *en elsalvador.com*, 4 de agosto de 2017, en http://www.elsalvador.com/noticias/internacional/381637/10-frases-mas-polemicas-del-discurso-de-delcy-rodriguez/; en bbc.mundo, 4 de agosto de 2017, en http://www.bbc.com/mundo /noticias-america-latina-40806539

11 Véase los estudios y pronunciamientos sobre la inconstitucionalidad de la Asamblea en Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto, *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (29 de julio) 2017. Véase el texto en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/07/ESTUDIOS-SOBRE-LA-AN-CONSTITUYENTE-29-7-2017.-9am.pdf

Constituyente," ello se refiere única y exclusivamente a las decisiones que pueda adoptar la Asamblea Nacional Constituyente en *el marco del cumplimiento de su misión y de sus funciones* antes indicadas ("transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución"), y no puede interpretarse dicha frase en forma alguna en el sentido de que pueda intervenir, disolver o afectar el funcionamiento de los Poderes Constituidos.

Es decir, no teniendo la Asamblea Nacional Constituyente "poder constituyente originario" alguno, la misma, incluso si hubiese sido electa constitucionalmente, necesariamente tiene que actuar en el marco de la Constitución de 1999, cuyas normas tiene que respetar, no teniendo poder alguno para actuar al margen de la Constitución, ni para tomar decisiones que signifiquen apartarse de sus regulaciones.

Con base en ello, la disposición contenida en la "base comicial: Nº 10 establecida en el Decreto Nº 2728 de 23 de mayo de 2017, según la cual la Asamblea Nacional Constituyente se debe regir "por el Estatuto de la Constituyente del 1999, hasta tanto dicte su propio estatuto de funcionamiento," tiene que interpretarse en el sentido de que dicha aplicación solo puede aceptarse *en lo que fuere aplicable y no fuere contrario al texto de la Constitución* de 1999.

Todo lo anterior sobre la Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de reforma constitucional, lo expusimos desde el mismo momento en el cual la Constitución se sancionó en 1999, expresando lo siguiente:

> "El artículo 347 comienza precisando lo que es lo esencial en este proceso, y es que "el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario" (Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999); y que en consecuencia, en ejercicio de dicho poder puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente "con el objeto de transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución".
>
> La Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución de 1999, por tanto, no está concebida como "poder originario" alguno, el cual, al contrario, queda reservado al pueblo, en forma intransferible. Sin embargo, contradictoriamente se especifica en el artículo 349 que los poderes constituidos no pueden en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, con lo cual la misma podría sobreponerse a los poderes constituidos.
>
> La iniciativa para someter a la voluntad popular la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros; a la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; a los Concejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; y al quince por ciento de los electores inscritos en el registro electoral (Art. 348).
>
> Ahora bien, sobre esta figura de la Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo para la reforma constitucional, debe observarse lo siguiente:
>
> En primer lugar, su convocatoria si bien en el artículo 347 no está sometida a referendo consultivo previo regulado, en la propia Constitución (Art. 71), tratándose como en efecto se trata de una materia de especial trascendencia nacional, debió haberse previsto expresamente el referendo consultivo de acuerdo con la experiencia de 1999, conforme a la cual la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 fue el producto final del referendo consultivo del 25 de abril de 1999. Sin embargo, por la redacción del artículo 347, de que el pueblo en ejercicio del poder constituyente originario puede convocar la Asamblea, es evidente que ello sólo puede ocurrir mediante referendo a iniciativa de los funcionarios y del propio pueblo conforme se regula en el artículo 348.

En segundo lugar, la aprobación de la Constitución que emane de la Asamblea Nacional Constituyente no está sometida a referendo aprobatorio, el cual, sin embargo, está ahora regulado en la Constitución (Art. 73 y 74). En contraste, también debe recordarse que la Constitución de 1999, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, fue aprobada mediante referendo del 15-12-99 para poder entrar en vigencia. Asimismo, en contraste, debe destacarse que la propia Constitución exige que en los casos de Enmiendas y de Reformas constitucionales, las mismas deban ser sometidas a referendos aprobatorios (Arts. 341 y 344).

En tercer lugar, nada se especifica en la Constitución en cuanto al "estatuto" de la Asamblea Nacional Constituyente, es decir, sobre su integración, la forma de elección de sus miembros y la duración. La determinación de este estatuto, por tanto, quedaría en manos del ente que ejerza la iniciativa, el cual debe someterse a la consulta popular para la convocatoria." [12]

II. LA INCONSTITUCIONAL ADOPCIÓN DEL ESTATUTO DE FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1999 PARA SU APLICACIÓN EN 2017

Nada de lo expresado se hizo en la elección de la Asamblea Nacional Constituyente el 30 de julio de 2017, la cual se llevó a efecto sin que el pueblo la convocara ni aprobara sus bases comiciales.

Por otra parte, la Asamblea Nacional Constituyente al instalarse el día 5 de agosto de 2017, adoptó supuestamente en forma transitoria, como su Estatuto de Funcionamiento, el que se aprobó el 7 de agosto de 1999 para la Asamblea Constituyente de la época, con una sola modificación respecto al tiempo de duración de la misma, que en lugar de los 6 meses como se previó para la de 1999, ahora se extendió a dos años.[13] Con esta decisión, la Asamblea Constituyente incurrió en una nueva inconstitucionalidad, pues dicho Estatuto establece poderes para la Asamblea Constituyente que son contrarios a lo dispuesto en la Constitución de 1999, que fue el texto que supuestamente le dio nacimiento.

Ese Estatuto de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 que ahora se ha resuelto aplicar a la de 2017, por lo demás, se comenzó a emplear de inmediato para "revocar" inconstitucionalmente el mandato de la Fiscal General de la República,[14] violándose la Constitución que dispone que el único órgano que puede revocar a los altos funcionarios del Poder Ciudadano es la Asamblea Nacional (art. 279).

En efecto dispone en su artículo primero de dicho Estatuto, destinado a regular la misión de la Asamblea Nacional Constituyente, lo siguiente:

"Artículo 1. La Asamblea Nacional Constituyente es la depositaria de la voluntad popular y expresión de su soberanía con las atribuciones del Poder Originario para reorganizar el Estado venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático. La Asamblea, en uso de

---

12 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional Nº 1 de 2009* (Con el texto oficial publicado en *Gaceta Oficial Nº* 5.908 Extraordinaria de 19-02-2009. Anotada con referencias a la legislación vigente hasta el 1º de agosto de 2011), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 30-301.

13 Véase "¡Aprobado! Asamblea Nacional Constituyente tendrá funcionamiento por 2 años," en WWW.VTV.GOB.VE, 5 de agosto de 2017, en http://vtv.gob.ve/aprobado-asamblea-nacional-constituyente-tendra-funcionamiento-por-2-anos/C

14 Véase "La primera decisión de la Constituyente: remover a Luisa Ortega de la Fiscalía // #MonitorProDaVinci," en *Prodavinci,* 5 de agosto de 2017, en http://prodavinci.com/2017/08/05/actualidad/la-primera-decision-de-la-constituyente-remover-a-luisa-ortega-de-la-fiscalia-monitorprodavinci/. Véase igualmente en http://www.ntn24america.com/noticia/en-vivo-asamblea-nacional-constituyente-inicia-su-primera-sesion-pese-a-su-amplio-rechazo-148848.

las atribuciones que le son inherentes, podrá limitar o definir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público. Su objetivo será transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que garantice la existencia efectiva de la democracia social y participativa. Parágrafo único: Todos los organismos del Poder Público, quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita dicha Asamblea Nacional".[15]

En su momento, cuando esta norma se discutió en la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente del 7 de agosto de 1999, aun cuando la Constitución de 1961 ni siquiera tenía una norma tan clara como la del actual artículo 347 de la Constitución de 1999, consideré que la disposición que contenía era inconstitucional pues, en todo caso, el poder constituyente originario corresponde únicamente al pueblo, no siendo constitucional que la Asamblea Constituyente se declarara a sí misma como "originaria" es decir, como poder constituyente originario usurpando la soberanía popular.

Esa argumentación la desarrollé como miembro de la Asamblea Nacional Constituyente en esa sesión del 7 de agosto de 1999, cuando el Estatuto de Funcionamiento se aprobó –con mi voto salvado–, la repetí en los diferentes debates posteriores que se desarrollaron respecto de decisiones para las cuales la Asamblea de 1999 se auto-atribuyó el ejercicio del poder constituyente originario adoptando Decretos de intervención de los Poderes Constituidos; sesiones en las cuales no sólo expuse verbalmente mi criterio, sino que formulé por escrito observaciones críticas y votos razonados negativos. Así sucedió en los debates de 1999 sobre el denominado Decreto de Emergencia Nacional que resultó ser un Decreto de Declaratoria de Reorganización de todos los órganos de los Poderes Públicos; en el debate sobre el Decreto de Reorganización del Poder Judicial; en los debates sobre el Decreto de Regulación de las funciones del Poder Legislativo, y en el debate sobre el Decreto de Suspensión de las Elecciones Municipales.[16]

Después de la experiencia de 1999, como hemos dicho, la figura de la Asamblea Nacional Constituyente se incorporó como mecanismo de reforma constitucional en el texto de la Constitución de 1999, razón por la cual ahora cuenta con un marco mucho más preciso sobre su misión y sus límites establecidos expresamente en el artículo 347 de la Constitución, que no puede violar.

Y ese marco constitucional, *en primer lugar*, no permite que como se indica en dicho artículo 1º del Estatuto mencionado, la Asamblea Nacional Constituyente pueda asumir el rol de ser "depositaria de la voluntad popular y expresión de su soberanía con las atribuciones del Poder Originario para reorganizar el Estado venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático."

La Asamblea sí tiene conforme a la Constitución la misión de "reorganizar el Estado venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático," pero en forma alguna puede la electa en 2017, pretender asumir, contra el texto expreso de la Constitución de 1999 y como se indicó inconstitucionalmente en la base comicial Décima primera, el carácter de "poder originario que recoge la soberanía popular," o como se expresa en el artículo 1º del

---

15 Véase el texto en el Acta de la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente del día 7 de agosto de 1999. En el Diario de debates, y, por ejemplo, en https://carloseramos.files.wordpress.com/2013/02/04-anc-07-08-1999.pdfa

16 Véase todos los argumentos que presente oralmente en las sesiones de la Asamblea de 1999, y por escrito mediante votos salvados en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 11-39.

Estatuto, el carácter de "depositaria de la voluntad popular y expresión de su soberanía," pues la misma no fue convocada por el pueblo mediante referendo de convocatoria, y por tanto ni puede ser depositaria de la voluntad popular, ni puede ser expresión de la soberanía popular

Por otra parte, es absolutamente inconstitucional que la Asamblea Nacional Constituyente pretenda actuar como lo dice el artículo 1º del Estatuto, "con las atribuciones del Poder Originario," que solo el pueblo puede ejercer, pues solo el pueblo es depositario del mismo, e incluso no lo puede delegar ni transferir, ni siquiera mediante referendo.

En el citado marco constitucional, *en segundo lugar*, nada en la Constitución le otorga a la Asamblea Nacional Constituyente, supuestas "atribuciones que le sean inherentes" distintas a la misión de reformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución. Esas son las únicas atribuciones inherentes a la Asamblea Nacional Constituyente, y para ello debe ser convocada por el pueblo.

En *tercer lugar*, conforme al referido marco constitucional fijado en el artículo 347 y siguientes de la Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente no tiene en absoluto, poder alguno para "limitar o definir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público" como dice el referido artículo 1º del Estatuto.

Al contrario, la Asamblea Nacional Constituyente está sometida a los límites que le impuso el poder constituyente originario, es decir, el pueblo, al aprobar la Constitución de 1999 mediante referendo efectuado el 15 de diciembre de 1999.

Dichos límites se refieren, en *primer lugar,* a la precisión de su misión; y, en *segundo lugar,* a la vigencia de la Constitución de 1999 hasta tanto no sea sustituida por la nueva Constitución que elabore la Asamblea Nacional Constituyente. Además, en *tercer lugar,* la Asamblea Nacional Constituyente tiene como límite a su actuación, el conjunto de valores y principios que están a la base de la sociedad democrática que el pueblo quiere consolidar.

III. LA MISIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE ES, EN DEFINITIVA, SOLO REDACTAR UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

En el artículo 347 de la Constitución de 1999, el cual se incorporó en el Título relativo a "de la reforma constitucional," se fijó con toda precisión la *misión única constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente* electa el 30 de julio de 2017, indicada en la voluntad popular manifestada a través del referendo aprobatorio de la Constitución de 15 de diciembre de 1999, que la misma tiene como único fin y propósito transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución, por supuesto, dentro de los límites impuestos por los principios y valores republicanos y democráticos establecidos en la Constitución.

Sería completamente inconcebible que en el marco de la Constitución de 1999 que regula un Estado de derecho de democracia representativa y participativa, una Asamblea Nacional Constituyente pudiera llegar a eliminar la democracia, el sistema de control del ejercicio del poder, la separación de poderes, y el estatuto fundamental de los ciudadanos (derechos y garantías).

Pero en todo caso, mientras la Asamblea Nacional Constituyente cumple su tarea de redactar un nuevo texto constitucional que refleje su misión de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico en el marco de un sistema que esté montado sobre principios y valores democráticos durante los dos años de su funcionamiento, necesariamente continúa en vigencia la Constitución de 1999, la cual no puede ser violada por la propia Asamblea, conservando todo su vigor.

IV. LA NECESARIA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 DURANTE EL FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Como se ha dicho, el pueblo soberano, en el referendo aprobatorio de la Constitución de 1999, al aprobar el artículo 347 de la Constitución, le indicó con precisión a la Asamblea Nacional Constituyente cuál es su misión cuando es convocada por el pueblo como instrumento de reforma de la Constitución; fijándole además los límites impuesto al cumplimiento de su misión, que derivan del propio texto de la Constitución de 1999, el cual solo perderá vigencia cuando se apruebe por el pueblo la nueva Constitución que redacte la Asamblea Nacional Constituyente.

Es decir, ésta, conforme a la Constitución, no tiene poder alguno para poner en vigencia una nueva Constitución, que es un poder que corresponde en exclusiva al poder constituyente originario del cual el pueblo es depositario exclusivo. La Asamblea Nacional Constituyente, conforme lo dice la Constitución, solo tiene competencia para "redactar una nueva Constitución"; y redactar es solo eso, redactar, y ello constitucionalmente no implica poner en vigencia una nueva Constitución usurpando la voluntad del pueblo.

En consecuencia, la Asamblea Nacional Constituyente no sólo no tiene carácter soberano ni es titular de poder constituyente originario alguno, sino que solo tiene poderes constitucionales de actuación en lo que se refiere a la "redacción de una nueva Constitución," no pudiendo, como se dijo, poner en vigencia directamente la nueva Constitución, pues solo el pueblo, titular del poder constituyente originario, puede hacerlo.

Conforme al artículo 349, el hecho de que "los poderes constituidos no podrán en forma alguna *impedir las decisiones* de la Asamblea Nacional Constituyente," no implica que la Asamblea pueda tener otras actuaciones distintas a las derivadas de su misión constitucional. Las únicas decisiones de la misma que no pueden ser impedidas por los poderes constituidos, son las que pueda adoptar la Asamblea Nacional Constituyente en *el marco del cumplimiento de su misión y de sus funciones,* que solo son: establecer los lineamientos para "transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución." Dicha frase del artículo 349 constitucional, por tanto, no puede interpretarse en forma alguna, en el sentido de que la Asamblea pueda tener competencia o poderes para intervenir, disolver o afectar el funcionamiento de los Poderes Constituidos, o para asumir las competencias que le son propias.

Por tanto, se insiste, la decisión adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente el día 5 de agosto de 2017, mediante la cual resolvió "remover" de su cargo a la Fiscal General de la República y nombrar un Fiscal General provisionalmente, lo que significó fue una derogación y modificación de la Constitución de 1999, antes de haber sido sustituida por la otra que la Asamblea redacte y sea aprobada por el pueblo mediante referendo como titular del poder constituyente originario.

No es posible pensar, por tanto, en el marco de la Constitución de 1999, que la Asamblea nacional Constituyente pueda en forma alguna modificar en cualquier forma a los poderes constituidos, como podría ser, por ejemplo, la disolución de la Asamblea Nacional o de cualquier otro órgano constitucional, en el sentido de terminación anticipada del mandato de dichos órganos constitucionales. Ello, si acaso, sólo podría ocurrir después de que la nueva Constitución sea redactada por la Asamblea, sea aprobada mediante referéndum, y ello resulte necesario del diseño de transformación del Estado que se proyecte. Nunca podría ocurrir durante el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, antes de que se redacte la nueva Constitución y la misma sea aprobada por el pueblo.

V. LOS LÍMITES IMPUESTOS A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE PARA EL CUMPLIMIENTO DE SU MISIÓN, POR LAS INCONSTITUCIONALES "BASES COMICIALES" DECRETADAS EL 23 DE MAYO DE 2017

Pero además de los límites constitucionales al funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, e independientemente de la inconstitucional adopción de las "bases comiciales" dictadas mediante Decreto Nº 2878 de 23 de mayo de 2017 para la elección de la misma, pues no fueron aprobadas por el pueblo mediante referendo,[17] dichas "bases comiciales" que rigen su funcionamiento, le establecieron a la Asamblea Nacional Constituyente una serie de límites que deben guiar su misión de "transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución" tal como fue dispuesto por el pueblo al aprobar la Constitución el 15 de diciembre de 1999.

Es decir, en su tarea de transformar el Estado, de crear un nuevo ordenamiento jurídico y de redactar una nueva Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente no tiene poderes ilimitados ni absolutos, sino al contrario, está sometida a los límites precisos que fueron dispuestos en la "base comicial" Décima primera inserta en el mencionado Decreto Nº 2878 de 23 de mayo de 2017, que son: en *primer lugar,* el respeto de "los valores y principios de nuestra historia republicana;" en *segundo lugar*, "el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República;" en *tercer lugar*, el respeto del "carácter progresivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos;" y en *cuarto lugar*, el aseguramiento de "las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos."

1. *El respeto de los valores y principios de nuestra historia republicana*

El *primer* límite que tiene la Asamblea Nacional Constituyente en su misión de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución es el que deriva de "los valores y principios de nuestra historia republicana."

Ahora bien, la historia republicana de Venezuela ha transcurrido, toda, dentro de los valores y principios del constitucionalismo moderno que tienen sus raíces tanto en la Revolución norteamericana de 1776 como en la Revolución Francesa de 1789,[18] y que se plasmaron, en primer lugar, en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, en segundo lugar, en la Constitución francesa de 1791 y en tercer lugar, en la Constitución de Venezuela de 1811, la tercera Constitución del mundo moderno.

Esos valores y principios de nuestra historia republicana, que constituyen los límites dentro de los cuales deben llevarse a cabo los trabajos de la Asamblea Nacional Constituyente y que, por tanto, deben ser conservados, son los siguientes:

En *primer lugar*, el principio del *republicanismo* mismo, que parte del postulado de que la soberanía sólo reside en el pueblo, lo que impide que se pueda considerar a cualquier órgano del Estado como soberano, incluyendo por supuesto a la Asamblea Nacional Constitu-

---

17 Véase Allan R. Brewer-Carías, La inconstitucional convocatoria de una asamblea nacional constituyente en mayo de 2017 un nuevo fraude a la Constitución y a la voluntad popular, Colección Textos Legislativos, Nº 56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017. Véase en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/06/BREWER-CARIAS-LA-INCONSTITUCIONAL-CONVOCATORIA-AN-CONSTITUYENTE-JUNIO-2017-FINAL.pdf

18 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo Nº 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008.

yente que no puede pretender actuar" como poder originario que recoge la soberanía popular." Sólo el pueblo es soberano, sólo el pueblo es depositario del poder constituyente originario, por lo que no hay persona u órgano estatal alguno que pueda arrogarse la soberanía.

Ello implica el rechazo a cualquier idea de poder absoluto y por supuesto a toda idea monárquica o a cualquier intento de situar la soberanía en un órgano del Estado, incluso, se insiste, en la propia Asamblea Constituyente, la cual no puede ser nunca soberana ni pretender asumir la soberanía ni el poder constituyente originario, que sólo pertenece al pueblo. El pueblo es el soberano, el pueblo es el depositario del poder constituyente originario, nunca es la Asamblea. Así fue que se plasmó dicho principio, desde la propia Constitución de 1811, en la norma que constituyó el antecedente del actual artículo 5 de la Constitución de 1999.

En *segundo lugar,* como segundo valor y principio de nuestra historia republicana, está el de la *democracia representativa*, que implica que el pueblo sólo puede ejercer su soberanía mediante el sufragio, a través de representantes. Es decir, uno de los principios constantes de nuestra historia republicana ha sido el de la democracia representativa, el cual la Asamblea Nacional Constituyente debe respetar, no pudiendo alterar el sistema electoral de manera de afectar el derecho al sufragio universal y a la representación.

Por ello, todas las propuestas que puedan formularse para hacer efectiva la democracia participativa, deben respetar el principio republicano de la democracia representativa, que en ningún caso puede desaparecer o ser sustituida.

La democracia participativa, por tanto, no es un régimen político que pueda diseñarse en sustitución de la democracia representativa, sino que es su complemento y perfeccionamiento, de manera de asegurar una participación más efectiva del pueblo en la toma de decisiones políticas, por ejemplo, mediante los referendos y consultas públicas que lamentablemente hasta ahora han sido rigidizadas.

El *tercer* principio fundamental de nuestra historia republicana, que ha sido el fundamento del constitucionalismo moderno, es el principio de la *supremacía constitucional* que implica que dado el carácter de Ley Suprema que tiene la Constitución, toda violación a la misma acarrea la nulidad del acto estatal que se encuentre en colisión con la Constitución. Este principio, por tanto, es otro de los límites impuestos por la soberanía popular a la Asamblea Nacional Constituyente, que ésta debe respetar.

Dicho principio exige, en consecuencia, que el ordenamiento garantice la supremacía constitucional declarando nulo todo acto violatorio de la Constitución, y estableciendo, como ha sido tradición constitucional de Venezuela desde el Siglo pasado, mecanismos efectivos de protección y defensa de la Constitución, como el control judicial tanto difuso como concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos, pero ejercido por un juez constitucional que sea efectivamente autónomo e independiente.

El *cuarto* de los valores de nuestra historia republicana es el principio de la *distribución territorial del Poder Público* como garantía de libertad y como mecanismo para la prevención del abuso de poder.

En toda nuestra historia republicana, en efecto, el Poder Público ha estado distribuido territorialmente en tres niveles de gobierno que respectivamente ejercen, conforme a la forma federal del Estado, el Poder Nacional, el Poder de los Estados y el Poder Municipal. Por ello, el *Federalismo* y el *Municipalismo* son dos valores de nuestra historia republicana que deben ser respetados por la Asamblea Constituyente.

El *quinto* de los principios de nuestra historia republicana, es el principio de la *separación de los Poderes Públicos* que debe asegurarse en los tres niveles territoriales, al menos entre el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, lo que origina un rechazo a toda fórmula de unicidad del Poder Público, y exige su separación en órganos estatales, cada uno con sus competencias y, además, un sistema de frenos, controles y contrapesos entre ellos, a los efectos de garantizar la libertad. Al sistema de la separación de poderes, además, deben agregarse los órganos encargados del control de las elecciones y de los controles ciudadanos, como son los actuales Poder Electoral y el Poder Ciudadano.

Por ello, sería contrario al principio de la separación de poderes toda decisión que pretendiera la unicidad del Poder, es decir, que un solo órgano del Estado asumiera el ejercicio de varios poderes estatales.

El respeto al principio de la separación de poderes, incluso, impide a la Asamblea Constituyente poder asumir, además de su tarea de formulación constituyente, el Poder Legislativo o el Poder Judicial disolviendo la Asamblea nacional o el Tribunal Supremo.

Ello, además de ser contrario a la voluntad popular que le dio origen y le fijó sus límites al aprobarse por referendo la Constitución de 1999, contrariaría el principio de la separación de poderes que es esencial en nuestra historia republicana, establecido desde la Constitución de 1811, y que constituye uno de los límites específicos impuestos a la Asamblea Constituyente.

El *sexto* de los principios de nuestra historia republicana que la Asamblea Constituyente debe respetar al organizar el Poder Público, es el del *sistema presidencial* de gobierno, lo que implica, no sólo la separación entre el órgano legislativo y el órgano ejecutivo, sino la atribución de la Jefatura del Estado y del Gobierno a un Presidente de la República electo mediante votación universal, directa y secreta.

El presidencialismo, así, ha sido de la esencia no sólo de nuestra historia republicana sino de toda América Latina, donde nunca ha existido un sistema de gobierno parlamentario ni asambleario. Pueden establecerse correctivos parlamentarios (controles y contrapesos) en relación al presidencialismo como algunos de los que existen en la Constitución de 1999 (existencia del Consejo de Ministros responsable; voto de censura de la Asamblea Nacional respecto de los Ministros; deber de comparecencia de éstos a las Comisiones parlamentaria; derecho de los Ministros a tener iniciativa legislativa y participar en la discusión de las leyes), pero ello no cambia la naturaleza presidencial del sistema de gobierno que, como principio del republicanismo, debe conservarse.

En relación con el sistema de gobierno, otros de los principios esenciales de nuestra historia republicana que la Asamblea nacional Constituyente está obligada a respetar, son los principios del gobierno alternativo y responsable, que además de los principios del gobierno democrático, representativo, deben complementarse con otros como el del carácter participativo. La alternabilidad gubernamental, por tanto, es de la esencia de nuestra historia republicana, lo que había dado origen a la tradición de la limitación a la reelección presidencial, que debe restablecerse; al igual que lo es la responsabilidad de los gobernantes.

El *séptimo* de los principios de nuestra historia republicana que debe respetar la Asamblea Nacional Constituyente, es el *sistema constitucional de controles* en relación con el ejercicio del Poder Público. Una formulación original de este principio fue la propuesta del Libertador Simón Bolívar en el Congreso de Angostura de 1819 sobre el Poder Moral, y que el constitucionalismo contemporáneo ha regulado mediante el establecimiento de órganos constitucionales especializados, con autonomía funcional, como la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República, o el Defensor del Pueblo o de los Derechos Humanos, que deben conservarse.

El *octavo* de los valores de nuestra historia republicana, es la consagración constitucional de los *derechos y garantías constitucionales* en el texto fundamental, lo cual tiene su antecedente remoto en la Declaración de los Derechos del Pueblo adoptada el 1º de julio de 1811 por la Sección Legislativa de la Provincia de Caracas del Congreso General de 1811,[19] incluso 4 días antes de la Declaración de Independencia.

La Asamblea Nacional Constituyente, por tanto, debe respetar el principio republicano de la enumeración de los derechos y garantías constitucionales, ampliándola sin duda, y en particular, reforzando y haciendo efectiva la atribución de rango constitucional a los tratados internacionales que los consagran.

Por último, también puede decirse que se configuran como valores y principios de nuestra historia republicana, los denominados *principios pétreos* de nuestro constitucionalismo, y que son tanto el principio de la *independencia nacional* como el principio de la *integridad del territorio,* a los que la Asamblea Nacional Constituyente está sujeta. La Asamblea, por tanto, en forma alguna podría afectar la Independencia de Venezuela o la integridad de su territorio que tiene su origen en el que correspondió a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política independentista iniciada el 19 de abril de 1810.

2. *El cumplimiento de los Tratados Internacionales, Acuerdos y Compromisos válidamente suscritos por la República*

El segundo gran límite impuesto por la soberanía popular manifestada en el referendo aprobatorio de la Constitución de 15 de diciembre de 1999, a la Asamblea Nacional Constituyente, es el cumplimiento de los Tratados Internacionales, Acuerdos y Compromisos válidamente suscritos por la República.

Este límite, en realidad, le establece a la Asamblea Nacional Constituyente un marco para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que haga efectiva la democracia social y participativa, conformado por todos los tratados, acuerdos y compromisos suscritos válidamente por la República, tanto de carácter bilateral como multilateral y en los cuales, entre otros, se regula el principio democrático, el régimen de protección de los derechos humanos y las garantías ciudadanas a la libertad.

Por otra parte, este límite impuesto a la Asamblea, responde al mismo principio del artículo 10 de la Constitución de 1999 que precisa el territorio nacional en relación con el que era de la Capitanía General de Venezuela a inicios del Siglo XIX, pero con las modificaciones resultantes de los Tratados no viciados de nulidad, lo que excluye toda posibilidad de que la Asamblea pretenda desconocer los Tratados de límites territoriales que han sido celebrados por la República.

3. *El respeto del carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre*

El tercero de los límites establecidos por la voluntad popular expresada en el *Referéndum* del 25 de abril de 1999 a la Asamblea Nacional Constituyente, en su misión de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que asegure efectivamente una democracia social y participativa, es el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre.

---

[19] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Declaraciones de derechos del pueblo y del hombre de 1811 (Bicentenario de la Declaración de "Derechos del Pueblo" de 1º de julio de 1811 y de la "Declaración de Derechos del Hombre"* contenida en la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 21 de diciembre de 1811), Prólogo De Román José Duque Corredor), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2011.

Esto significa que la garantía de los derechos humanos no se agota con su enumeración constitucional y la previsión de los medios judiciales de protección, como la acción de amparo, sino mediante su aplicación e interpretación progresiva, en favor de la persona humana y de la libertad. Ello implica que, en todo caso de duda, la Ley debe ser interpretada de manera favorable a los derechos fundamentales, a su preservación y protección buscando que siempre prevalezca la libertad.

En tal sentido las limitaciones a los derechos fundamentales establecidas legalmente, siempre deben interpretarse restrictivamente, a favor de la libertad.

4. *El aseguramiento de las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos*

Por último, la Base Comicial Décima Primera decretada mediante Decreto Nº 2878 de 23 de mayo de 2017, aun cuando fueron dictadas sin aprobación popular, estableció como límite a la Asamblea Nacional Constituyente, el respeto de las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.

Estas garantías democráticas apuntan a los principios fundamentales del régimen democrático, representativo, alternativo y responsable que deben preservarse en la nueva Constitución, además de la previsión de instrumentos para hacer de la democracia un régimen más representativo, participativo y social.

Además, el respeto de las garantías democráticas implica el respeto de los valores esenciales de la democracia como régimen político, entre ellos, el de la igualdad, la libertad, la dignidad de la persona humana, el sometimiento al derecho, la tolerancia, el pluralismo, el respeto de las minorías y el control y limitación del poder como garantía de libertad.

APRECIACIÓN FINAL

De todo lo anteriormente expuesto resulta que no sólo la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, y la fijación de bases comiciales para su elección, estuvieron viciados de inconstitucionalidad por usurpación del poder constituyente originario por parte del Presidente de la República que sólo corresponde al pueblo, afectado todo el proceso como un fraude a la voluntad popular, sino que la elección de la misma también estuvo viciada de inconstitucionalidad por haber el Consejo Nacional Electoral manipulado las cifras de las votaciones, como fue denunciado-confesado por la empresa encargada de los cómputos electorales.

Además, al instalarse la Asamblea Nacional Constituyente, y adoptar para su funcionamiento el Estatuto de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, de nuevo incurrió en inconstitucionalidad, al pretender arrogarse con ello un poder constituyente originario que solo corresponde al pueblo, y con ello, pretender interferir e intervenir los poderes constituidos, lo cual no puede hacer en ningún caso. Sin embargo, lo hizo, habiendo sido su primera decisión, decretar la remoción de la Fiscal general de la república, y nombrar un Fiscal General encargado para lo cual no tiene competencia alguna.

La Asamblea Nacional Constituyente, aún si hubiera sido elegida constitucionalmente, está sometida a limitaciones que no puede desconocer, comenzando por las disposiciones de la propia Constitución de 1999 la cual no pierde vigencia durante su funcionamiento. Conforme a ella, lo único que compete a la Asamblea Nacional Constituyente es redactar una nueva Constitución para transformar el Estado y crear un nuevo orden jurídico, y nada más; debiendo someter la nueva Constitución que redacte a aprobación popular mediante referendo.

En el cumplimiento de esa misión de redactar la nueva Constitución con esos fines, exclusivamente, es que los poderes constituidos no pueden "en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente," lo que no significa que esta pueda afectar el funcionamiento de los mismos en forma alguna.

El anterior, y no otro, es el marco constitucional de actuación de la Asamblea Nacional Constituyente.

7 de agosto de 2017

Segunda Crónica: LA GRAN MENTIRA: LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE NI ES SOBERANA, NI ES DEPOSITARIA DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO, NI ES RECONOCIDA GLOBALMENTE*

La fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, inconstitucionalmente electa el 30 de julio de 2017, ha adoptado el 8 de agosto de 2017 un "Acuerdo en respaldo a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana," en el cual hizo una serie de afirmaciones que son constitucionalmente falsas.

En el encabezamiento del Acuerdo, en efecto, se afirma falsamente que quien lo dicta es:

> "La Soberana Asamblea Nacional Constituyente, depositaria del Poder Originario, electa el día de 30 de julio del 2017 por votación libre, universal, directa y secreta; convocada por el Presidente Constitucional de la República Nicolás Maduro Moros, realizada por el Poder Electoral, e instalada en Caracas el 4 de agosto del 2017 y en uso de sus facultades constitucionales."

Este texto engloba una Gran mentira, que se desglosa en las siguientes:

I. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE NO ES SOBERANA

En primer lugar, en que la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente no puede autocalificarse como "**Soberana** Asamblea Nacional Constituyente," pues ello es falso e inconstitucional, ya que el artículo 5 de la Constitución de 1999, al contrario, dispone que

> ***"Artículo 5.*** **La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo**, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.
>
> Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos."

Por tanto, de acuerdo con la Constitución todos los órganos del Estado están sometidos a la soberanía popular, que reside intransferiblemente en el pueblo. No puede entonces ningún órgano del Estado, y menos la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente que no ha emanado en forma alguna de la soberanía popular, arrogarse carácter de "soberano." Ello viola la Constitución y constituye una usurpación a la soberanía popular, de manera que los actos que dicte la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, en tal carácter usurpado, son nulos de nulidad absoluta conforme al artículo 136 de la Constitución, y no pueden reconocerse ni nacional ni internacionalmente.

---

* Véase Allan R. Brewer-Carías, "La gran mentira: la Asamblea Nacional Constituyente ni es soberana, ni es depositaria del poder constituyente originario, ni es reconocida globalmente," 8 de agosto de 2017, http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/171.-doc.-La-Gran-mentira.-ANC-no-es-soberana.pdf3

II. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE NO ES DEPOSITARIA DEL PODER ORIGINARIO

En segundo lugar, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente no puede autocalificarse como "depositaria del Poder Originario," pues ello es falso e inconstitucional, ya que el artículo 347 de la Constitución, al contrario, claramente dispone que "El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario."

Por tanto, ningún órgano del Estado y menos la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, que no fue producto de una manifestación popular de convocatoria mediante referendo, no puede usurpar el carácter de ser depositaria del poder constituyente originario, que solo el pueblo puede tener, el cual nunca puede ser ni siquiera delegado. Por tanto, los actos que dicté tal fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente con tal usurpado y pretendido carácter de ser "depositaria del poder originario" son nulos de nulidad absoluta conforme al artículo 136 de la Constitución ser establece, y no pueden ser reconocidos ni nacional ni internacionalmente.

III. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE NO FUE ELECTA MEDIANTE SUFRAGIO LIBRE, UNIVERSAL, DIRECTO Y SECRETO

En tercer lugar, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente no fue en forma alguna electa mediante sufragio libre, universal, directo y secreto.

Es un hecho público, notorio y comunicacional que la elección realizada el domingo 30 de julio **no fue libre**, pues el gobierno amenazó y forzó a los funcionarios y empleados públicos a votar en el írrito proceso electoral.

Tampoco fue una elección universal pues las bases comicales mismas que lo rigieron, establecieron un sistema de elección "territorial" y "sectorial" o corporativa que anuló el carácter universal del voto.

Tampoco fue secreta pues según denunció-confesó la empresa Smartmatic, encargada de los cómputos de los votos, el voto fue manipulado por el Consejo Nacional Electoral.

IV. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE TIENE PODERES CONSTITUCIONALES LIMITADOS

En cuarto lugar, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, aún si hubiese sido electa constitucionalmente, solo tendría como únicas "facultades constitucionales" las específicamente establecidas en el artículo 347 de la Constitución que son: formular las ideas para "transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución," que constituye el único objeto de una Asamblea Nacional Constituyente.

No hay en la Constitución ningunas "otras" "facultades constitucionales" que pueda invocar la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente para emitir Acuerdos, que no se refieran a su objeto y misión. Como órgano de hecho ilegítimo e ilegal, puede adoptar cuantos Acuerdos le parezca, pero nunca invocando el uso de "facultades constitucionales" que no tiene.

V. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE NO FUE ELECTA EN NINGUNA ELECCIÓN MASIVA

En cuarto lugar, el día 30 de julio de 2017, cuando se eligió inconstitucionalmente la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, y esto también es un hecho público, notorio y comunicacional, no hubo ninguna "masiva concurrencia a la elección" de la misma, siendo al contrario de lo que se afirma en el Acuerdo, lo que hubo fue un masivo ausentismo electoral

y una extraordinaria soledad de los centros de votación durante todo ese día, de lo cual, precisamente la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, fue testigo de excepción a través del denominado Plan República.

VI. LA ANC Y EL GOBIERNO LO QUE HAN CONTRIBUIDO ES A TRATAR DE IMPONER LA MENTIRA

Y *en quinto lugar*, lejos de que supuestamente "la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, ha contribuido poderosamente a que la verdad se imponga sobre las falsas mediáticas y a las postverdad," (*sic*) lo cierto es que en relación con todo el proceso de la inconstitucional elección de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, lo que el régimen ha corroborado, y lo ha ratificado la Asamblea Nacional Constituyente con sus acuerdos, es la mentira de su origen, de su elección y de sus funciones, pensando además, que repitiendo la mentira mil veces pueden llegar a que alguien se lo crea.

Sin embargo, bien es sabido que por más que se repitan las mentiras, las mismas nunca llegarán a ser verdad, pues como dijo Sófocles, "una mentira nunca vive hasta hacerse vieja" (Véase en http://es.wikiquote.org/wiki/S%C3%B3focles); y menos cuando ni siquiera ha sido capaz el régimen de haberla dicho o repetido mil veces "adecuadamente." Por ello, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente ni siquiera se puede basar en la conocida e insensata frase, generalmente atribuida a Joseph Goebbels, Ministro de propaganda del Tercer *Reicht* de que: "Una mentira repetida *adecuadamente* mil veces se convierte en una verdad." Por tanto, si la misma ha sido repetida inadecuadamente, y si hay evidencia comunicacional que la desenmascare, incluso a pesar de la censura, la mentira no la cree nadie.

VII. UNA MENTIRA QUE NADIE CREE Y LA DECLARACIÓN DE LIMA DE 8 DE AGOSTO DE 2017

Por ello, la más certera evidencia de la Gran mentira que se pretende vender de que la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente instalada en Venezuela el 4 de agosto de 2017 haya podido haber sido electa constitucionalmente, con supuesto respaldo popular, y pueda legítimamente actuar como "soberana" o como "depositaria de un poder originario," ha sido, no sólo el *Acuerdo* adoptado por la Asamblea Nacional el 7 de agosto de 2017 de "**reafirmación de la vigencia de la Constitución y de desconocimiento de los actos contrarios al orden constitucional y democrático y a los derechos humanos emanados de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente,"** sino la muy importante "**Declaración de Lima**" sobre la situación de Venezuela adoptada por los Cancilleres y Representantes de **Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay y Perú** (Véase en http://www.infobae.com/america/venezuela/2017/08 /08 /los-cancilleres-de-17-paises-de-america-condenaron-la-ruptura-del-orden-democratico-en-venezuela/), y en la cual han declarado, **como mentis continental a todas las mentiras que se pretenden difundir mediante medios de comunicación controlados**, nada más ni nada menos, que:

1. Su condena a la **ruptura del orden democrático** en Venezuela.

2. Su decisión de no reconocer a la Asamblea Nacional Constituyente, ni los actos que emanen de ella, **por su carácter ilegítimo**.

3. Su **pleno respaldo y solidaridad con la Asamblea Nacional, democráticamente electa**.

4. Los actos jurídicos que conforme a la Constitución requieran autorización de la Asamblea Nacional, **sólo serán reconocidos cuando dicha Asamblea los haya aprobado**.

8 de agosto de 2017

Tercera Crónica: LA GRAN BURLA: LAS ELECCIONES REGIONALES Y EL "DILEMA DIABÓLICO" QUE LA OPOSICIÓN NO SUPO RESOLVER UNIDA Y POR UNANIMIDAD*

I. "En dictadura no puedo ser ni candidato ni gobernador."[20] Esta fue la frase final del escrito del ex rector de la Universidad Valle del Momboy del Estado Trujillo, Dr. Francisco González Cruz, al explicar "*Mis razones*" sobre porqué declinó con razón que su nombre se inscribiera como candidato a Gobernador del Estado Trujillo, posibilidad que había aceptado desde mayo de 2016, conforme a la presentación que en su momento hizo el editor del Diario Los Andes, Dr. Eladio Muchacho.

Por su lado, unos días antes, el profesor Gustavo Tarre ya había llegado a la misma conclusión:

> "Mientras esté gobernando Nicolás Maduro, no volverá a haber en Venezuela elecciones libres. La elección fraudulenta del 31 de julio se hizo para consolidar la dictadura arropada ahora por el manto de una "legitimidad electoral" expresada por ocho millones de venezolanos que nunca existieron. El Gobierno no perderá más elecciones. Sencillamente no habrá más consultas populares o si las hay, serán igualmente fraudulentas." [21]

II. En dictadura, en efecto, no puede haber elecciones libres; y en Venezuela menos, particularmente luego del monumental fraude electoral del 30 de julio de 2017 en la elección de una Asamblea Nacional Constituyente convocada inconstitucionalmente. En ese contexto, nadie de la oposición puede pensar seriamente que pueda ser candidato en unas elecciones regionales, o que podría "ganar" libremente una elección; y aún menos cuando no existe un Consejo Nacional Electoral legítimo y confiable, y cuando hasta miembros de la Asamblea Constituyente argumenten que quienes pretendan ser candidatos a cualquier tipo de elección, deberán obtener el visto bueno de la propia Asamblea.[22]

El "dilema diabólico" que antes de todo ello pudo haber existido, y que en todo caso ineludiblemente exigía una solución unánime y unitaria por parte de toda la oposición democrática, puede decirse que se disipó.

Ese dilema lo resumí el 3 de agosto de 2017, en cuatro tweets difundidos apenas fue electa la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente y antes de que se conociera la magnitud del fraude cometido el 30 de julio de 2017 con la participación activa de los militares llamados a cuidar el proceso electoral, en los cuales indiqué lo siguiente:

---

* Brewer-Carías, Allan R. LA GRAN BURLA: LAS ELECCIONES REGIONALES Y EL "DILEMA DIABÓLICO" QUE LA OPOSICIÓN NO SUPO RESOLVER UNIDA Y POR UNÁNIMIDAD, 13 de agosto de 2017, 13 de agosto de 2017, http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/173.-doc.-Brewer.-Gran-Burla.-Elecciones-regionales.pdf

20 Véase González Cruz, Francisco, "Mis razones," 10 de agosto de 2017, en *El Diario de Los Andes*, en http://www.diariodelosandes.com/index.php?r=site/columnas&id=2155

21 Véase Tarre Briceño, Gustavo, desde el exilio: Las elecciones regionales, en *La Patilla*, 5 de agosto de 2017, en https://www.lapatilla.com/site/2017/08/05/gustavo-tarre-briceno-desde-el-exilio-las-elecciones-regionales/

22 Véase las reseñas "Cabello dice que candidaturas deben ser aprobadas por la ANC. El constituyentista aseguró que este requisito está enmarcado en el decreto aprobado este martes por la Comisión de la Verdad," en El Universal 9 de agosto de 2017, en http://www.eluniversal.com/noticias/politica/cabello-dice-que-candidaturas-deben-ser-aprobadas-por-anc_665076; y "*Cabello: El quiera ir a regionales debe tener un certificado de buena conducta de la ANC," en Noticierodigital, 9 de agosto de 2017, en* http://www.noticierodigital.com/2017/08/cabello-el-quiera-ir-a-regionales-debe-tener-un-certificado-de-buena-conducta-de-la-anc/

1/4: Disyuntiva diabólica: si oposición se inscribe en elecciones regionales, la Asamblea Nacional Constituyente puede eliminarlas; si no se inscriben, gobierno las controla

2/4. Si la oposición se inscribe en elecciones regionales, siempre habría la opción de retirarse, y solo sería para participar si hay nuevo Consejo Nacional Electoral.

3/4. Si oposición no se inscribe en elecciones regionales, y la Asamblea Nacional Constituyente no las elimina, gobierno controlaría todas las alcaldías y gobernaciones.

4/4. La decisión sobre participar o no en las elecciones regionales es muy compleja, y solo debería adoptarse con participación de toda oposición "

Pero como dije, esa disyuntiva rápidamente se disipó. Primero porque algunos partidos de la oposición se adelantaron y sin que hubiese una decisión unitaria, anunciaron que sí inscribirían candidatos a las elecciones regionales; y segundo, porque el Consejo Nacional Electoral no solo no fue renovado en su composición –lo que debió haber ocurrido desde comienzos de 2016–, sino que sus miembros fueron rápidamente "ratificados" el 11 de agosto de 2017 por la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, sin competencia alguna para ello, pero ahora escudada en la frase mágica que encontraron sus miembros en la Constitución, y que indica que "Los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente" (art. 349).

Lo que es cierto, como lo observó el profesor Francisco González Cruz al justificar su rechazo a participar en las elecciones regionales para la Gobernación de Trujillo es que:

"Hoy la realidad es otra. Si bien la deriva autoritaria ya existía el año pasado, es a partir de marzo pasado cuando la dictadura se consolida con las infortunadas sentencias del TSJ, se agrava con la convocatoria fraudulenta a una Asamblea Nacional Constituyente claramente fascista. En este marco institucional la transformación de Trujillo en los términos planteados no es posible, pues en dictadura solo prospera la miseria, el atraso y la corrupción. Por otra parte el CNE, a pesar de estar integrado por las mismas personas ahora es otro, pues esas personas avalaron el fraude de la convocatoria y alteraron de manera gravísima los resultados de la consulta." [23]

III. En todo caso, sobre el dilema que existía, el profesor Gustavo Tarre Briceño, en su atinado escrito del 5 de agosto de 2017: "*Gustavo Tarre Briceño, desde el exilio: Las elecciones regionales,*" puede decirse que lo esclareció con precisión, expresando:

"Son muchos los argumentos que se han esgrimido en torno al dilema diabólico como acertadamente lo define Allan Brewer Carías, planteado a la oposición por las elecciones regionales: Inscribir o no inscribir candidatos. Hay argumentos poderosos en favor de ambas posibilidades. Después de sopesarlos con la mayor amplitud de espíritu, mi conclusión es que la oposición no debe participar en ese proceso, diseñado por el Gobierno con la única finalidad de dividirnos y, en ningún caso, para permitir que los estados escojan libremente a sus gobernadores en el marco de un federalismo en el que no creen, ni que el pueblo exprese su voluntad por la vía del voto."[24]

Además, indicó con razón el profesor Tarre Briceño que sin "un nuevo CNE, mal puede pensarse en participar en un proceso de elección convocado por una autoridad electoral usurpada y jurídicamente inexistente," que "al inscribir candidatos en este proceso de elecciones

---

23 Véase Francisco González Cruz, Mis razones, 10 de agosto de 2017, en *El Diario de Los Andes*, en http://www.diariodelosandes.com/index.php?r=site/columnas&id=2155

24 Véase Tarre Briceño, Gustavo, desde el exilio: Las elecciones regionales, en *La Patilla*, 5 de agosto de 2017, en https://www.lapatilla.com/site/2017/08/05/gustavo-tarre-briceno-desde-el-exilio-las-elecciones-regionales/c

regionales se acata, tácitamente, la autoridad del Consejo Nacional Electoral," es decir, "se legitima, así sea bajo protesta, la autoridad de un árbitro que ya sabemos totalmente parcializado, culpable de innumerables delitos electorales y desconocido por buena parte de la comunidad internacional."[25]

IV. Lamentablemente, estos consejos no se siguieron; no hubo decisión unánime en la oposición, de manera que la reacción inmediata de burla respecto de los partidos de oposición que sí optaron por inscribir candidatos, no se hizo esperar de parte del gobierno. Y así, quien ejerce la presidencia de la República, en el discurso pronunciado el día 10 de agosto de 2017 ante la Asamblea Nacional Constituyente, en la sesión en la cual la misma, sin competencia alguna para ello lo "ratificó en su cargo," expresó lo siguiente según reseñó la prensa:

> "El presidente Nicolás Maduro les agradeció a los partidos de la oposición venezolana por haberse inscrito en las elecciones para gobernadores. "¿Tanto nadar para morir en el CNE?", se preguntó.
>
> "Han reconocido la legitimidad del Poder Electoral, han reconocido la legitimidad de esta ANC, muy bien por la oposición venezolana, muy bien (…)
>
> ¿Tanto nadar para morir en la oficina de Tibisay Lucena?, afirmó el primer mandatario nacional ante la Asamblea Nacional Constituyente la tarde de este jueves.
>
> El Jefe de Estado se preguntó "para qué sirvieron 120 días de violencia, para qué sirvieron 120 días donde atacaron bases militares, donde atacaron hospitales, escuelas, donde con barricadas secuestraron a miles y miles de familias de la clase media, para qué sirvieron más de 100 muertos".
>
> […] Maduro saludó que el día de hoy todos los partidos políticos de oposición hayan inscrito candidatos y candidatas ante el CNE y se dispongan a participar en las elecciones democráticas y libres bajo la rectoría de Tibisay Lucena".
>
> "Ese fue el único logro de su violencia y que haya elecciones de gobernadores y gobernadores y que haya una magnánima y magnífica ANC", concluyó."[26]

Burla y cinismo, pues bien sabía quien ejerce la presidencia de la República, que los partidos que se adelantaron a anunciar su participación en las elecciones regionales, ni reconocen la legitimidad del Consejo Nacional Electoral ni de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente.

V. Lo que siguió a lo anterior, a los efectos de que en elecciones fraudulentas el gobierno controle la totalidad de las gobernaciones de Estado, fue que al día siguiente de la ratificación de las rectoras del Consejo Nacional Electoral en sus cargos, el día 12 de agosto de 2007, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, sin competencia alguna para ello, y usurpando los poderes constitucionales del Poder Electoral, adoptó un decreto "reprogramando": "para el mes de octubre de 2017, el proceso electoral para la escogencia de gobernadores y gobernadoras de estado, en el marco del cronograma electoral ya anunciado por el Poder Electoral, en ejercicio de sus funciones constitucionales."

---

25 Véase Tarre Briceño, Gustavo, desde el exilio: Las elecciones regionales, en *La Patilla*, 5 de agosto de 2017, en https://www.lapatilla.com/site/2017/08/05/gustavo-tarre-briceno-desde-el-exilio-las-elecciones-regionales/

26 Véase la reseña de Rojas, Gilberto, "Maduro, a la MUD: ¿Tanto nadar para morir en la oficina de Tibisay Lucena?," en *Noticierodigital*, 10 agosto, 2017, en http://www.noticierodigital.com /2017/08/maduro-a-la-mud-tanto-nadar-para-morir-en-la-oficina-de-tibisay-lucena/

Este Decreto, también incurrió en las mismas inconstitucionales mentiras de los anteriores, como afirmar que la Asamblea lo dictaba "en ejercicio de su poder originario emanado del mandato conferido por el Pueblo de Venezuela el 30 de julio de 2017 en elecciones democráticas, libres, universales, directas y secretas," cuando ni la Asamblea puede tener poder originario alguno, ni el pueblo pudo habérselo transferido, y las elecciones de los miembros de la Asamblea fueron electos mediante fraude electoral, en elecciones que no fueron ni democráticas, ni libres, ni universales, ni directas ni secretas.[27]

Pero además, el decreto, según se indica en su encabezamiento se dictó conforme a unas "*Normas para Garantizar el Pleno Funcionamiento Institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en Armonía con los Poderes Públicos Constituidos*", "*dictadas por la fraudulenta Asamblea que se autocalificó de "órgano soberano" y que indicó el decreto, supuestamente fueron publicadas en la Gaceta Oficial N° 6.323 Extraordinario*," cuyo texto, sin embargo, para el momento de terminar de escribir estas líneas (domingo 13 de agosto 2017, 7.45 pm) todavía era desconocido, pues dicha Gaceta no había circulado. De nuevo otra mentira, alegar que se fundamenta en un Decreto, citando una Gaceta Oficial y afirmando que ha sido publicada, cuando ello era falso.

Con mentiras tras mentiras, se pretende convertir en verdad lo que nunca será verdad, y siempre será mentira.

VI. Entre esas mentiras, en todo caso, que se presumen la Asamblea las sacó de lo expresado en su propia decisión, en la cual se auto-confirió supuestos poderes absolutos, soberanos, magnos, plenipotenciario (menos mal que todavía no se ha autocalificado de "divina"), están las expresadas en los "Considerandos" del decreto como justificativos para haber reprogramado las elecciones regionales, de que "*todos los órganos del Poder Público se encuentran subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente*," y que supuestamente la Asamblea Nacional Constituyente "*se encuentra facultada para adoptar medidas sobre las competencias, funcionamiento y organización de los órganos del Poder Público*." En ninguna parte de la Constitución de 1999, se dice nada de eso, por lo que ello es sencillamente falso.[28]

A esas falsedades sobre sus supuestos poderes para reprogramar elecciones regionales ,y en fin, tomar medidas sobre las competencias que son del Consejo Nacional Electoral, en los Considerandos del decreto sobre la reprogramación de las elecciones regionales, se dejó constancia de `los engaños, que rayan en la ironía, como que en Venezuela haya "*confianza de la inmensa mayoría de nuestro pueblo en las instituciones, y el sistema electoral;*" que el sistema electoral se haya "*construido en Venezuela para asegurar el fiel y absoluto respeto a la voluntad soberana* expresada en las urnas electorales; que haya un "*amplio y diverso sistema de partidos políticos […] plenamente vigente* en nuestro país;" que las elecciones de 30 de julio de 2017 para la conformación la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente haya restablecido "la paz y tranquilidad en todo el territorio nacional;" o que el sistema electoral vigente está "*dotado de todas las garantías de confiabilidad y transparencia para el fiel resguardo de la voluntad soberana* del Pueblo."

---

27 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La Gran mentira: La Asamblea Nacional Constituyente ni es soberana, ni es depositaria del poder constituyente originario, ni es reconocida globalmente, 8 de agosto de 2017, http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/171.-doc.-La-Gran-mentira.-ANC-no-es-soberana.pdf

28 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Los límites de la Asamblea Nacional Constituyente, Y su actuación inconstitucional al usurpar, tanto el poder constituyente originario del pueblo como las competencias de los poderes constituidos," 7 de agosto de 2017, http://allanbrewercarias. net/site/wp-content/uploads/2017/08/170.-doc.-Brewer.-L%C3%ADmites-a-la-ANC-2017.pdf

Esto, lamentablemente para la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente y para el gobierno, no se lo cree nadie, ni en el país ni en el extranjero. Son unas mentiras que repetirán mil veces, pero que no pasarán de ser eso: mentiras.

13 de agosto de 2017

Cuarta Crónica: LA GRAN VERDAD: LA DENUNCIA DE LA OPOSICIÓN SOBRE LA INVASIÓN CUBANA, ACEPTADA POR EL RÉGIMEN, CON MOTIVO DE LAS AMENAZAS DE INTERVENCIÓN MILITAR HECHAS POR EL PRESIDENTE TRUMP*

I. El presidente de Estados Unidos de América, Donald Trump, el día 11 de agosto de 2017, en una rueda de prensa que dio acompañado de altos funcionarios de su gobierno, el secretario de Estado, Rex Tillerson, el asesor de seguridad nacional, H.R. McMaster, y la embajadora ante Naciones Unidas, Nikki Haley, expresó lo siguiente sobre Venezuela:

> "Tenemos muchas opciones para Venezuela. Y a propósito, no voy a descartar la opción militar. Tenemos muchas opciones para Venezuela. Este es nuestro vecino. Ustedes saben, estamos por todo el mundo y tenemos tropas por todo el mundo en lugares que están muy muy lejos. Venezuela no está muy lejos y su gente está sufriendo, y están muriendo. Tenemos muchas opciones para Venezuela, incluyendo una opción militar si fuese necesario."[29]

Ante estas declaraciones, y dejando aparte las manifestaciones de cancilleres y personalidades extrajeras y de organismos internacionales, en el ámbito interno, la Presidenta de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente "aseguró que ese cuerpo plenipotenciario respaldará al jefe de Estado, Nicolás Maduro, ante las "infames amenazas" del Presidente norteamericano, calificándolas de "cobardes, insolentes e infames" y "contra la sagrada soberanía de Venezuela;"[30] un constituyentista amenazó a Trump con ir con fusiles hasta "Nueva York," para "tomar" la Casa Blanca;[31] y el Ministro de la Defensa estimó que la "acción" del Presidente norteamericano "representa un "acto de locura" y un "acto de supremo extremismo."[32]

---

* Allan R. Brewer-Carías, LA GRAN VERDAD: LA DENUNCIA DE LA OPOSICIÓN SOBRE LA INVASIÓN CUBANA, ACEPTADA POR EL RÉGIMEN, CON MOTIVO DE LAS AMENAZAS DE INTERVENCIÓN MILITAR HECHAS POR EL PRESIDENTE TRUMP, 13 de agosto de 2017, http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/ 174.-doc.-Brewer.-Gran-Verdad.-Denuncia-Invasi%C3%B3n-cubana.pdf

29 Véase "Trump no descarta opción militar sobre Venezuela,", CNNespañol, 11 de agosto de 2017, en http://cnnespanol.cnn.com/video/cnnee-brk-donald-trump-no-descarta-opcion-militar-para-venezuela/ Véase igualmente en la reseña "Trump: No se descarta una opción militar en Venezuela si es necesario. El presidente de Estados Unidos consideró que el país es un "desastre peligroso" en *ElNacional.web*, 11 de agosto de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/trump-descarta-una-opcion-militar-venezuela-necesario_198349

30 Véase la reseña: "Asamblea Constituyente respaldará a Maduro ante amenazas de Trump," en *Televisa.newa*, 12 de agosto de 2017, en http://noticieros.televisa.com/ultimas-noticias /internacional/2017-08-12/asamblea-constituyente-respaldara-maduro-amenazas-trump/

31 Dijo el constituyentista: "Si mancillaran el suelo patrio, los fusiles llegarían a Nueva York, señor Trump, llegaríamos y tomaríamos a la Casa Blanca". Véase la reseña "El hijo de Nicolás Maduro amenaza a Trump con "atacar la Casa Blanca con fusiles", en *Antena3.atresmedia*, en http://www.antena3.com/noticias/mundo/el-hijo-de-nicolas-maduro-amena-za-a-trump-con-atacar-la-casa-blanca-con-fusiles_2017081359905c680cf2e2ea3549759a.html

32 Véase la reseña "La amenaza de Trump a Venezuela es una "locura", dice ministro de Defensa," en *Associated Press, Mundo Hispano*, en https://mundohispanico.com/noticias/inter-nacionales/la-amenaza-de-trump-a-venezuela-es-una-locura-dice-ministro-de-defensa

II. Pero entre todas las manifestaciones expresadas a raíz de lo declarado por el presidente Trump, quizás la más importante ha sido la de la *Mesa de la Unidad Democrática,* MUD, enunciada el 13 de agosto de 2017, bajo el título "*La soberanía es indivisible*,[33] en la cual, además de rechazar, con razón, "el uso de la fuerza, o la amenaza de aplicar la misma, por parte de cualquier país en Venezuela, de conformidad con lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas," lo que hizo fue poner una vez más al descubierto, pero en forma reiterativa, la Gran Verdad que tanto se ha ignorado, y que el régimen ha pretendido ocultar, y es la progresiva y sistemática violación impune de la soberanía nacional por parte de Cuba, con la anuencia, consentimiento, aquiescencia, asentimiento y beneplácito del régimen, lo que de paso equivale a traición a la patria.

III. En efecto, esa Gran Verdad que se denuncia en la declaración de la MUD se expresa en la forma siguiente:

Primero, con el rechazo de "la intervención cubana, la amenaza militar de cualquier potencia extranjera y responsabiliza a la dictadura de Maduro por convertir al país en una amenaza regional."

Segundo, con el rechazo, refiriéndose a Cuba, de "la presencia e injerencia en los asuntos internos de nuestro país y, muy especialmente, de nuestra Fuerza Armada Nacional Bolivariana, de personal civil y militar extranjero."

Tercero, destacando el hecho de que "Venezuela tiene años intervenida militar y políticamente por Cuba no solo afectando nuestra soberanía e independencia, sino también constituyendo una de las principales causas de la violencia y la represión por parte del Gobierno."

Cuarto, con el rechazo, "hablando de soberanía e independencia," del "entreguismo de nuestros activos en las horas más difíciles de los venezolanos," indicando que "el remate de los activos y las facturas petroleras es sólo una muestra de cómo esta dictadura ha permitido que otros países se beneficien en perjuicio de los venezolanos," con alusión sin duda, a Rusia y China.

Quinto, partiendo de que "en materia de relaciones internacionales," "no puede haber doble moral" destacando el hecho de que "no se puede condenar una amenaza, mientras por otro lado se desangra el país con políticas entreguistas y se abandona el territorio en las fronteras o espacios en reclamos históricos como el Esequibo."

Solo le faltó a la MUD rechazar en forma específica la entrega a Cuba del manejo de aspectos claves de la soberanía nacional como son, por ejemplo, el relativo a la identificación de los venezolanos, y al sistema de seguridad jurídica de las relaciones entre las personas y del tráfico de bienes que han sido entregados al manejo de los cubanos. El mayor atentado a nuestra soberanía, sin duda, ha ocurrido a partir de 2004, con la entrega de la nacionalidad venezolana, a diestra y siniestra, con fines muchas veces inconfesable y en particular, electorales. Se infló, así, artificial y delictuosamente, el padrón electoral con personas que simplemente nunca han estado en Venezuela, pero que sin embargo "votan." A veces se nos olvida que un Estado está definido por un territorio, una población y un gobierno; y que los atentados a la soberanía no solo se producen al afectar el territorio y al gobierno, sino también a la población al "regalar" la ciudadanía a quien no la debe tener.

---

[33] Véase el texto en http://www.noticiasbarquisimeto.com/2017/08/13/hablo-la-mud-y-rechazo-amenazas-militares-de-donald-trump/

IV. En el mismo sentido de lo expresado por la MUD, el CARDENAL JORGE UROSA SAVINO, ARZOBISPO DE CARACAS, el mismo día 13 de agosto de 2017 se refirió a las declaraciones del Presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, expresando:

> "La crisis que sufrimos los venezolanos es tan grave que ahora surge un problema externo, las amenazas de una opción militar por parte del Presidente Trump."
>
> "Yo -y estoy seguro, todos los Obispos venezolanos- rechazo toda injerencia militar extranjera, como la cubana, presente desde hace algún tiempo en Venezuela, y no estoy de acuerdo con la amenaza de una opción militar. El problema, sin embargo, es que la crisis social, política y económica que sufrimos, es cada vez más grave; tanto, que da pie para que alguien piense en una opción militar. Somos los venezolanos, y en especial el Gobierno que la ha creado, los que tenemos que resolver la crisis actual".

V. En todo caso, por lo que se refiere a las declaraciones de Donald Trump, que fue la excusa para la denuncia de la invasión e injerencias cubanas, por lo pronto, lo único que habrán logrado, como lo advirtió un titular del *The New York Times,* ha sido "darle vida a los reclamos pasados de Maduro" sobre supuestas invasiones militares americanas al país;[34] y además, haber desviado la atención de la importante alianza que se ha estado consolidando entre los países de América Latina a favor de la restauración de la democracia en Venezuela.[35]

13/14 de agosto de 2017

Quinta Crónica: LA GRAN PERSECUCIÓN: LA COMISIÓN DE LA VERDAD, JUSTICIA, PAZ Y TRANQUILIDAD COMO INSTRUMENTO PARA PERSEGUIR Y CRIMINALIZAR A LA OPOSICIÓN*

"*Si ya nadie tiene aguante para escuchar más explicaciones y elaboraciones sobre algo estruendosamente evidente ¿para qué escribir sobre el tema?"*[36]

I. La Asamblea Nacional Constituyente fraudulenta, inconstitucionalmente electa el 30 de julio de 2017, con fecha 8 de agosto de 2017 aprobó una "Ley Constitucional" mediante la cual creó una Comisión para la verdad, la justicia, la paz y la tranquilidad pública.[37]

Debe decirse de dicha "Ley Constitucional," ante todo, es absolutamente inconstitucional, pues en la Constitución de 1999 no existen "leyes constitucionales," y las "leyes" solo son los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (art. 202).

La "Ley Constitucional" dictada, por tanto, es contraria a la Constitución, y siendo un acto usurpador de la potestad legislativa que corresponde en exclusiva a la Asamblea Nacional, es y debe considerarse como un acto nulo de nulidad absoluta (art. 138 de la Constitución).

---

34 Véase Nicholas Casey and Andrew Knoll, "Trump.s Threat Gives Life to Maduro's Past Claims," en The New York Times, New York 13 de Agosto de 2017, p.11.

35 Véase Nicholas Casey, "Trump's Words Rattle a Fragile Alliance," en The New York Times, New York 14 de Agosto de 2017, p. A4.

* Brewer-Carías, Allan R. LA GRAN PERSECUCIÓN: LA COMISIÓN DE LA VERDAD, JUSTICIA, PAZ Y TRANQUILIDAD COMO INSTRUMENTO PARA PERSEGUIR Y CRIMINALIZAR A LA OPOSICIÓN, 16 de agosto de 2017, http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/175.-doc.-Brewer.-Gran-Persecuci%C3%B3n.-Comision-Verdad..pdf

36 Véase Federico Vegas, "Diario de una catástrofe" en *Prodavinci*, 14 de agosto de 2017, en http://prodavinci.com/blogs/diario-de-una-catastrofe-por-federico-vegas/?platform=hootsuite

37 El texto se publicó en *Gaceta* Oficial Nº 6.323 Extra. del 8 de agosto de 2017, la cual sin embargo solo circuló y se conoció el día 14 de agosto de 2017.

II. Con la "Ley Constitucional," en todo caso, en medio de su inconstitucionalidad intrínseca, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, lo que ha hecho, tal y como acertadamente lo resumió un titular del diario *La Vanguardia*, es crear "una 'comisión de la verdad' para juzgar a los políticos."[38]

Eso fue, por otra parte, y precisamente, lo que anunció quien ejerce la presidencia de la República al presentar ante la Asamblea Nacional Constituyente un proyecto de ley, afirmando que con ello:

> "algunos de los líderes opositores que han convocado manifestaciones contra el Gobierno en los últimos meses irán a la cárcel, al considerarlos responsables de los disturbios en que han desembocado estas marchas."[39]

La Presidenta de la Asamblea Constituyente, en todo caso, al referirse a la Comisión creada precisó que se trataba de un "poderosísimo instrumento para sofocar la violencia, el odio y la intolerancia," que inscribiría "su ejercicio a los hechos de violencia por motivos políticos y de intolerancia;" ocurridos en el país; todo con el objetivo de:

> "darle el tratamiento jurídico pertinente a los casos de violaciones de los Derechos Humanos y otros delitos cometidos a partir de las acciones violentas impulsadas por factores de la oposición en Venezuela a fin de derrocar al Presidente Nicolás Maduro."[40]

En los "Considerandos" que preceden la "Ley Constitucional" aprobada se repitió una y otra vez ese objeto de la Comisión en relación con los "hechos de violencia por motivos políticos," cuyo ámbito se precisó en su artículo 1º, al indicarse que se trata de los hechos:

> "ocurridos en la jurisdicción de la República, durante el período comprendido entre los años 1999 y 2017, así como dirigida a generar políticas, medidas y soluciones sustentables para la reducción de todas las formas de violencias e intolerancias, sus factores, dinámicas y condicionantes que han generado tales hechos."

III. La Comisión para la verdad, la justicia, la paz y la tranquilidad pública, por tanto, se creó como instrumento de persecución contra la oposición por dichos "hechos de violencia por motivos políticos," acaecidos en un período de 18 años, que si bien en la "Ley Constitucional" no se precisaron ni enumeraron, ello lo hizo la propia Asamblea Constituyente el mismo día 8 de agosto, en otro "decreto" dictado, y en cuyos considerandos la misma dio por sentados y probados tales hechos para iniciar la persecución política de inmediato, sin necesidad de tener que determinarlos.

Ello se hizo, en efecto, en el "decreto" con el cual la Asamblea decidió expresar su rechazo "a la vil campaña contra el ciudadano Nicolás Maduro Moros" (primero), repudiar "de forma absoluta el intento de criminalizar al Ciudadano Nicolás Maduro Moros; (segundo), "rechazar las sanciones establecidas y amenazas proferidas contra su persona por Gobiernos extranjeros," (tercero), reiterar su "solidaridad con en el Presidente Constitucional, Nicolás

---

38 Véase en http://www.lavanguardia.com/internacional/20170808/43436207783/constituyente-comision-verdad-politicos.html

39 Véase la reseña "Asamblea Constituyente crea "comisión de la verdad" para juzgar violencia en Venezuela. "Algunos de los líderes opositores que han convocado manifestaciones contra el Gobierno en los últimos meses irán a la cárcel", adelantó Maduro," en El Salvador.com, 8 de agosto de 2017 en http://www.elsalvador.com/noticias/internacional/383153/asamblea-constituyente-crea-comision-de-la-verdad-para-juzgar-violencia-en-venezuela/.

40 *Ídem*.

Maduro Moros" (cuarto); y "reconocer al Ciudadano Nicolás Maduro Moros Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, como Presidente de la Paz" (quinto).[41]

En los "Considerandos" de dicho decreto, para declarar todo esto, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente hizo el recuento precisamente de los "hechos de violencia por motivos políticos" que como "programa" ya definido y publicitado de antemano, seguramente será el que perseguirá de inmediato la Comisión creada el mismo día, y que son los siguientes:

1. El hecho de la "brutal campaña de desprestigio y criminalización mediática y política que incluye de forma desvergonzada la agresión a su gentilicio, su dignidad y su familia," iniciada contra el Sr Maduro a partir del 8 de diciembre de 2012, cuando "Hugo Chávez lo designó para sustituirlo en caso de su ausencia temporal al cargo de Presidente de la República."

2 El hecho de que la campaña se arreció "de forma exponencial a partir de la noche del 14 de abril de 2013 cuando el Consejo Nacional Electoral anunció su legítimo e incuestionable triunfo en la elección presidencial, lo cual se expresó en un criminal llamado a la violencia por parte del candidato derrotado que produjo la muerte de 11 venezolanos y decenas de heridos."

3. El hecho de que la "campaña de desprestigio nacional e internacional contra el Presidente Nicolás Maduro Moros, ha sido la más salvaje, extensa y profunda que recuerde la historia política de nuestra Patria," habiendo "tenido como fin destruir su imagen y trayectoria política, con la intención de inhabilitarlo en el ejercicio de su cargo y facilitar así los planes para su derrocamiento."

4. El hecho de "que la campaña contra el Presidente Nicolás Maduro Moros, se manifestó con particular crueldad "en los años 2014, a través del plan insurreccional denominado "La salida" que produjo la muerte de 43 compatriotas y más de 800 heridos;"

5. El hecho de "que la campaña contra el Presidente Nicolás Maduro Moros, se manifestó con particular crueldad" también, "en los años 2015 y 2016 con la aplicación del esquema de la guerra económica y el bloqueo financiero a fin de destruir la economía nacional;" y

5. El hecho de "que la campaña contra el Presidente Nicolás Maduro Moros, se manifestó con particular crueldad," también, "en el año 2017 con la nueva arremetida violenta y de naturaleza fascista y terrorista de la Derecha venezolana, con el objetivo públicamente expresado de lograr la salida del poder del Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela e instaurar un régimen inconstitucional de transición, plan criminal que produjo la muerte de más de cien ciudadanos y miles de heridos, así como millonarias pérdidas materiales generando zozobra y angustia en la población venezolana."

De acuerdo con todos estos enunciados, por tanto, la Asamblea Nacional Constituyente, el mismo día en el cual creó la Comisión, dejó claramente sentados cuales son los "hechos de violencia por motivos políticos" que de inmediato serían objeto de instrucción y persecución por parte de la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública, y que podrán concluir en declaraciones de "responsabilidad política y moral."

IV. En relación con todos esos "hechos de violencia por motivos políticos," el artículo 3 de la "Ley Constitucional" le fijó a la Comisión los siguientes objetivos:

---

41 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.323 Extra. del 8 de agosto de 2017.

1. Realizar un levantamiento de información sistematizada y analítica, para presentarla ante la Asamblea Nacional Constituyente que identifique, describa y caracterice los *hechos de violencia por motivos políticos y de intolerancias*, así como las dinámicas delictivas conexas, que permitan conocerlos científicamente y comprender sus condicionantes, causas y dinámicas, para superarlos y prevenir su ocurrencia.

2. *Investigar* a profundidad los graves *hechos de violencia por motivos políticos y de intolerancia*, así como las dinámicas delictivas conexas, ocurridos en Venezuela a partir del año 1999.

3. Contribuir al establecimiento de la verdad y a la *determinación de las responsabilidades* legales a que hubiera lugar.

4. *Dictar políticas, normas y medidas* dirigidas a garantizar la adecuada atención integral a las víctimas, incluyendo su reconocimiento y reivindicación nacional e internacional y su acceso efectivo a la justicia.

5. Someter a la Asamblea Nacional Constituyente las *propuestas normativas* dirigidas al logro de sus objetivos.

6. *Proponer las acciones* necesarias para prevenir que los hechos sometidos a su conocimiento vuelvan a producirse.

7. Promover la convivencia pacífica, el entendimiento nacional, la paz y la tranquilidad pública y la prevención de la violencia por motivos políticos o de intolerancias.

8. *Dirigir su labor a la identificación y conocimiento* científico aplicado sobre las causas, condicionantes y dinámicas involucradas en tan lamentables episodios y a su prevención y erradicación."

Para cumplir con este objetivo, la "Ley Constitucional" le fijó a la Comisión, como mandato (art. 4), circunscribir su ejercicio:

> "a los *hechos de violencia por motivos políticos y de intolerancia*, *así como sus delitos conexos* dirigidos a causar tal violencia, ocurridos dentro de la jurisdicción de la República, durante el periodo comprendido entre los años 1999 y 2017, incluyendo las violaciones a los derechos humanos vinculadas con tales acontecimientos, que implique afectaciones a: 1. La vida e integridad personal sea física, psíquica o moral. 2. La libertad personal. 3. La paz y tranquilidad pública. 4. Contra el patrimonio público. 5. El sistema socioeconómico nacional. 6. Daños al ambiente, ecocidio y maltrato animal. 7. Otras graves afectaciones contra los derechos a la paz y la tranquilidad pública como sucede con la difusión masiva de contenidos bélicos dirigidos a banalizar o incitar la violencia por motivos políticos, de odio, o intolerancias.

V. Ahora bien, entre los aspectos fundamentales de orden constitucional que deben analizarse en relación con la creación de esta Comisión como instrumento de persecución política: una de orden instrumental, sobre su composición y poderes para actuar en cuanto a esos "hechos políticos" que se anuncia que serán objeto de persecución por esta "poderosísima comisión" –como la calificó la presidenta de la Asamblea–; y otra más de orden formal, relativa a las modalidades de funcionamiento y las funciones otorgados a la Comisión, que por supuesto nada tiene que ver ni con la verdad, ni con la justicia, ni con la paz ni con la tranquilidad pública.

En cuanto a la forma de su creación, y al estatus de sus integrantes, la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública, la Asamblea Constituyente la creó en una forma nunca vista en la historia jurídica del país, "como *ente de derecho público de rango constitucional*, con personalidad jurídica y autonomía funcional, administrativa y presupuestaria" (art. 3).

Aparte de no tener poder alguno para crear "entes constitucionales," lo que la Asamblea ha creado es una especie de híbrido entre un instituto autónomo, por la personalidad jurídica que se le asigna, y un "poder público" por la "autonomía funcional, administrativa y presupuestaria" que se le asigna, integrado por catorce "comisionados" (art. 7), entre los que se incluye a "tres diputados a la Asamblea Nacional designados por el bloque político o grupo de opinión de los partidos de oposición"(art. 7).

Dichos Comisionados, que fueron designados por la Asamblea el día 15 de agosto de 2017,[42] conforme al artículo 8 de la "Ley Constitucional" gozan "de *inmunidad y demás prerrogativas* en el ejercicio de sus funciones," y como ninguna persona o funcionario en los anales de la legislación venezolana, a dichos Comisionados y a todos los funcionarios de la Comisión se les otorga inmunidad e impunidad oficial absoluta, al indicarse que:

> "no están obligados a declarar, tanto en los procesos judiciales como en los procedimientos administrativos, respecto de las actuaciones realizadas en el cumplimiento del mandato atribuido a la Comisión. Igualmente estarán exentos del deber de denuncia previsto en la legislación nacional."

Esto no es otra cosa que declarar la formal irresponsabilidad de estos funcionarios, en una forma contraria a lo previsto en el artículo 139 de la Constitución, que indica que "el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley."

En contraste, dichos funcionarios, con los poderes tan extremos que se les confieren, y que se analizan más adelante, si no pueden ser objeto de ninguna averiguación ni judicial ni administrativa por lo que hagan, ello no es otra cosa que declararlos irresponsables, mucho más allá, por ejemplo, de lo que establece la Constitución respecto de los diputados, al precisar que por lo único que "no son responsables [es] por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones" (art. 199).

En consecuencia, la previsión del artículo 8 de la "Ley Constitucional," como se dijo, es contraria a lo dispuesto en la norma del artículo 139 de la Constitución, y, además, también contraria a lo dispuesto en el artículo 25 de la mima Constitución, que establece, que:

> ***"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 incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores."

Por todo ello, con base en los anuncios efectuados y recordando hechos históricos, la Comisión creada, podría parecerse *mutatis mutandis* al históricamente famoso Comité de salvación pública (*Comité de salut public*) creado el 5 y 6 de abril de 1793 por la Convención en Francia, de carácter claramente policial y represivo para aplicar en forma fuerte, arbitraria y expedita, condenas firmes y duras a los que se apartaran de los ideales revolucionarios, y ante las amenazas que se cernían sobre Francia. Con ese Comité se inició la época del Terror en Francia, que llevó a la guillotina a los propios líderes del mismo.

De allí que en cuanto a la Comisión de la Verdad y el retroceso que significa hacia épocas pasadas, el profesor José Ignacio Hernández ha observado que su creación:

---

42 Véase la reseña "Conozca los integrantes de la Comisión de la verdad creada por la ANC," en *aporrea*, 15 de agosto de 2017, en https://www.aporrea.org/actualidad/n313100.html

> "por la ilegítima y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, reproduce primitivos mecanismos de violación de derechos humanos mediante la creación de órganos **de facto** que, con poderes inquisitivos, simulan procesos judiciales que son, en realidad, procesos políticos.
>
> Es el caso, por ejemplo, del Tribunal del Pueblo, creado en la Alemania nazi para juzgar delitos políticos. Otro ejemplo son los tribunales populares creados en Cuba, en 1959. Mucho antes, en el terror de la revolución francesa, se creó al Comité de Salvación, como instancia **de facto** que promovió juicios políticos.
>
> En pleno siglo XXI, mientras la civilización se enrumba hacia la era de los derechos humanos, la ilegítima Constituyente hace retroceder a Venezuela a esas épocas primitivas y obscuras, al crear, bajo un nombre confuso, lo que es en realidad un Tribunal de Inquisición." [43]

VI. En todo caso, con la inmunidad, impunidad e irresponsabilidad antes referida de sus Comisionados y funcionarios, el artículo 11 de la "Ley Constitucional" asigna a la Comisión –sin perjuicio de las funciones asignadas a los órganos del Poder Público– una serie de funciones para cuyo cumplimiento el artículo 12 impone a *"todas las personas naturales y jurídicas, incluyendo todos los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal" la obligación de "prestar la colaboración* que les sea requerida por la Comisión para el cumplimiento de su mandato." La misma norma dispone que si una persona no presta su colaboración y "todo su apoyo" a la Comisión, "incurrirá en los hechos punibles correspondientes conforme a las leyes penales aplicables."

Es bien conocida la garantía prevista en el artículo 49.6 de la Constitución de que "Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes." Ley, conforme al artículo 202 de la Constitución es solo el acto emanado de la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador; y no hay norma alguna que regule la obligación de colaborar con una Comisión como la creada en esta Ley Constitucional."

VII. Ahora bien, en el marco de esa obligación general de acatar y colaborar con la Comisión, el artículo 11 de la "Ley Constitucional" le asigna las siguientes funciones que violan directamente la Constitución:

> 1.- *Entrevistar y tomar testimonio de cualquier persona, autoridad, servidor público o servidora pública para investigar los hechos sometidos a su conocimiento.*

Para cumplir con esta función, conforme al artículo 15 de la ley Constitucional, la Comisión puede "convocar a comparecer a cualquier persona cuyo testimonio se considere necesario y relevante para el cumplimiento de su mandato, incluyendo a servidores públicos de todas las ramas del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal," disponiendo la norma que "no será oponible frente a la Comisión ninguna prerrogativa procesal." Se establece, además, que la Comisión puede "solicitar a la justicia que haga comparecer con el auxilio de la fuerza pública a las personas que, siendo llamadas a prestar declaración, no se presenten ante la Comisión sin causa justificada."

---

[43] Véase Hernández, José Ignacio. "La Comisión para la Verdad: un Tribunal de Inquisición," en Prodavinci, 17 de agosto de 2017, en http://prodavinci.com/blogs/la-comision-para-la-verdad-un-tribunal-de-inquisicion-por-jose-ignacio-hernandez/ Véase además, sobre esto: Víctor Manuel De Abreu, "Comisión de la Verdad: el nuevo "tribunal popular" que condenará a la disidencia," en Caraota Digital, 11 de agosto de 2017, en http://www.caraotadigital.net/investigacion/comision-de-la-verdad-disidencia-venezuela/

Frente a esta función, tiene que quedar a salvo, por supuesto, la garantía de toda persona a no ser "obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad" (art. 49.5).

2.- Acceder a cualquier archivo o registro contentivo de información relacionada con los hechos investigados por la Comisión, así como obtener copias simples o certificadas de los documentos, incluyendo los confidenciales o secretos.

Para hacer cumplir esta función, el artículo 13 de la "Ley Constitucional" dispone que la Comisión puede "acceder a toda la información y documentación contenida en informes, expedientes y documentos de cualquier índole, que sea requerida en el marco de sus funciones, sin que sea posible oponer reserva alguna."

Esta función es absolutamente inconstitucional, pues pretender que los Comisionados y sus funcionarios puedan tener derecho absoluto de acceso a "cualquier" archivo o registro, si se trata de archivos o registros de personas particulares o empresas privadas, viola el derecho constitucional que tiene toda persona "a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación" (art. 60).

Esa función de acceso ilimitado a cualquier registro, igualmente viola la garantía establecida en el artículo 48 de la Constitución respecto del **"**secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas" y de la preservación en todo caso "del secreto de lo privado."

En cuanto a los archivos y registros públicos, el artículo 13 de la "Ley Constitucional" dispone que los servidores públicos "están obligados a suministrar, en forma preferente y urgente, las copias de todo documento que sean solicitadas por la Comisión," así se trate de documentos declarados como reservados conforme a la ley Orgánica de la Administración Pública. Sin embargo, la norma precisa que "cuando por disposición legal la información solicitada deba mantenerse en reserva," la Comisión está "obligada a mantener la reserva, no pudiendo difundir o hacer pública la información, sirviéndole únicamente como elemento para continuar la investigación que esté desarrollando."

En todo caso, la misma norma dispone que "la negativa del servidor público a permitir el acceso y suministrar la información requerida por la Comisión será considerada como causal de destitución."

3.- Realizar visitas e inspecciones o cualquier otra diligencia que resulte conveniente para el cumplimiento de su mandato.

Esta función también es absolutamente inconstitucional, pues pretender que los Comisionados y sus funcionarios puedan tener derecho absoluto de realizar visitas e inspecciones o cualquier diligencia que consideren conveniente viola la garantía constitucional de la inviolabilidad del "hogar doméstico y todo recinto privado de persona," los cuales no pueden ser "allanados sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano."

Por tanto, constitucionalmente no es posible que los Comisionados y funcionarios puedan realizar la "visitas e inspecciones" que consideren conveniente en el hogar o recinto privado de las personas.

VIII. Otras funciones asignadas a la Comisión, son en general de naturaleza judicial, y más bien deberían corresponder a los tribunales de la república conforme a los principios

establecidos en la Constitución relativos al sistema de Justicia. Estas funciones son conforme al artículo 11 de la "Ley Constitucional," las siguientes:

4.- Instruir la realización de las experticias y cualquier tipo de medios de prueba que resulten necesarios para la adecuada investigación de los hechos.

5.- Celebrar audiencias públicas o privadas con la participación de las víctimas y/o los presuntos responsables, con el objeto de recibir información y contribuir a la reparación moral de las víctimas y la reconciliación nacional.

6.- Adoptar y proponer medidas para el reconocimiento, protección y atención integral de las víctimas de la violencia en el período señalado en la presente Ley.

7.- Brindar acompañamiento y asistencia jurídica a las víctimas de los hechos sometidos a su conocimiento.

Para el cumplimiento de esta función, el artículo 16 detalla los principios de atención a las víctimas y garantía de sus derechos que deben orientar la actividad de la Comisión; previendo el artículo 17 de la Ley Constitucional, que la Comisión puede "ordenar a los órganos competentes la implementación de medidas de atención específica a favor las víctimas y familiares, incluyendo su incorporación en las misiones y grandes misiones desarrolladas por el Ejecutivo Nacional y al sistema de seguridad social."

8.- Impulsar, colaborar y velar por la celeridad, transparencia e idoneidad de las investigaciones y procesos penales del Sistema de Justicia dirigidos a determinar las responsabilidades y aplicar las sanciones a que hubiere lugar por los hechos objeto de su ámbito de competencia, a los fines de luchar contra la impunidad en cualquiera de sus formas y lograr la Justicia.

IX. Las funciones que se han atribuido a la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública antes indicadas, en definitiva, tienen un objeto específico que se determina en el mismo artículo 11 de la inconstitucional La Ley Constitucional" al enumerar entre sus funciones la de:

9.- Determinar y declarar la responsabilidad moral y política de las personas e instituciones responsables de los hechos objeto de su ámbito de competencia.

La declaratoria de responsabilidad política, por supuesto solo puede referirse a los funcionarios públicos encargados de funciones políticas o de gobierno, y la misma es una atribución exclusiva de la Asamblea Nacional, la cual conforme al artículo 222 de la Constitución, tiene la potestad exclusiva para "en ejercicio del control parlamentario," poder "declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad."

La "Ley Constitucional" por lo que se refiere a la responsabilidad política de funcionarios públicos, por tanto, viola directamente la Constitución, configurándose en una usurpación de autoridad que el artículo 138 sanciona con nulidad absoluta.

Pero la norma del artículo 11.9 de la "Ley Constitucional," además de la declaratoria de responsabilidad política que debe referirse solo a funcionarios, también le atribuye a la Comisión competencia para determinar y declarar la *responsabilidad moral y política* "de las personas e instituciones" responsables de los "hechos de violencia por motivos políticos y de intolerancia" que investigue, lo que abarcaría tanto a funcionarios públicos como a cualquier persona natural, incluyendo a las instituciones.

Ello no es posible en el Estado Moderno, que precisamente comenzó a surgir cuando terminó la época de la Inquisición. El Estado y sus órganos pueden juzgar la responsabilidad

jurídica de las personas, conforme se regulan sus conductas en las leyes, desglosada en responsabilidad administrativa, disciplinaria o penal, según las conductas sancionadas; pero en forma alguna puede referirse a la moral, es decir, al mero carácter interno de las conductas de las personas, o sea, a la conciencia o intención de quien ha actuado que es lo que se engloba en el concepto de responsabilidad moral. Ningún órgano del Estado puede pretender ir al interior de la conducta de las personas y tratar de declarar su "responsabilidad moral" cuya única finalidad sería someterla al escarnio y desprecio público. Por lo demás, ningún funcionario o Comisionado es quién, para pretender juzgar la moral en el actuar de nadie. Se insiste la época de la Inquisición fue superada ya hace siglos.

En todo caso, para materializar el afán de desprecio de las personas, el artículo 18 de la Ley Constitucional" inconstitucional, indica que, en el Informe Final de la Comisión, entre otros, se debe incluir "el listado de personas e instituciones declaradas moral y políticamente responsables por los hechos sometidos a su conocimiento."

X. Además de las funciones anteriores, la inconstitucional "Ley Constitucional" también asigna a la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública, en el mismo artículo 11, otras funciones para velar por la implementación de los resultados de sus investigaciones, entre ellas:

> *10.- Formular recomendaciones vinculantes destinadas a favorecer la convivencia, la reconciliación nacional, el mejoramiento de la justicia, la tranquilidad y paz pública, con el objeto de evitar que hechos violentos por motivos políticos y de intolerancia, y hechos delictivos conexos vuelvan a producirse.*
>
> *11.- Proponer, para su adopción ante la Asamblea Nacional Constituyente, las medidas conducentes a la protección de la sociedad frente a aquellas personas incursas en investigación por hechos de violencia política y de intolerancia, delitos contra el orden constitucional y delitos conexos, atendiendo a la gravedad y grado de participación. Tales medidas pueden comprender medidas cautelares, sustitutivas y accesorias, conforme al debido proceso.*
>
> *12.- Presentar ante la Asamblea Nacional Constituyente las propuestas para las medidas de indulto o amnistía para las personas señaladas como responsables de los hechos sometidos a su conocimiento, en los términos y condiciones definidos por la Asamblea Nacional Constituyente, atendiendo a la gravedad y grado de participación.*

Sobre esta función, en la Disposición Transitoria Tercera de la "Ley Constitucional" se indica que la Comisión, dentro de los 90 días siguientes a su instalación, debe presentar "a la Asamblea Nacional Constituyente la propuesta de acto constituyente que regule el otorgamiento de las medidas de indulto o amnistía para las personas señaladas como responsables de los hechos sometidos a su conocimiento, en los términos previstos en la presente Ley."

Esta disposición, por supuesto, es inconstitucional pues conforme al artículo 187.5 es atribución privativa de la Asamblea Nacional "decretar amnistías," y conforme al artículo 236.19, es potestad exclusiva del Presidente de la República, "conceder indultos." No puede, por tanto, de acuerdo con la Constitución, la Asamblea nacional Constituyente ni regular esas prerrogativas y facultades, ni usurparlas en forma alguna.

> *13.- Elaborar informes, recomendaciones, estudios y un Informe Final que dé cuenta de las actividades desarrolladas y los resultados alcanzados*.

En cuanto a las recomendaciones, el artículo 19 de la ley obliga a todos los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal a "realizar las acciones necesarias para implementar las recomendaciones vinculantes emitidas por la Comisión en el marco de

sus atribuciones, en correspondencia con las medidas y normas emanadas de la Comisión para la Verdad." En cuanto a las personas naturales y jurídicas de naturaleza privada las mismas "deberán contribuir con la implementación de las recomendaciones de la Comisión, con base en el principio de corresponsabilidad y sus deberes constitucionales y legales."

> *14.- Solicitar a los organismos competentes la adopción de medidas de prevención y de seguridad necesarias para el desempeño de su labor, así como las medidas para la protección de víctimas, declarantes y demás personas que estime pertinente para el cumplimiento de sus funciones, cuando las circunstancias del caso así lo ameriten.*
>
> *15.- Acordar la reserva de la identidad de cualquier persona que contribuya al cumplimiento de su labor, a fin de salvaguardar la integridad física y moral de los involucrados.*

Por último, en cuanto a las actuaciones y documentos de la Comisión, el artículo 14 dispuso su carácter reservado frente a terceros, "con el objeto de garantizar la confidencialidad de las fuentes, así como la seguridad de las víctimas, posibles responsables, testigos e informantes." Sin embargo, agrega dicha norma que la Comisión puede "dar carácter público a determinados documentos cuando ello resulte necesario para el cumplimiento de su mandato o existan razones de interés general que lo justifiquen."

XI. En definitiva, en relación con esta Comisión de la Verdad, estamos en presencia de un instrumento inconstitucional establecido para diseñar e implementar la persecución política de los líderes de la oposición, entre otros con motivo de los denominados "hechos de violencia por motivos políticos," que según "Ley Constitucional" acaecieron, entre otros, en particular, a partir de 14 de abril de 2013 al anunciarse la elección del Sr. Maduro, expresados "en un criminal llamado a la violencia por parte del candidato derrotado que produjo la muerte de 11 venezolanos y decenas de heridos;" en 2014, "a través del plan insurreccional denominado "La salida" que produjo la muerte de 43 compatriotas y más de 800 heridos;" en 2015 y 2016 "con la aplicación del esquema de la guerra económica y el bloqueo financiero a fin de destruir la economía nacional;" y en 2017, "con el objetivo públicamente expresado de lograr la salida del poder del Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela e instaurar un régimen inconstitucional de transición, plan criminal que produjo la muerte de más de cien ciudadanos y miles de heridos, así como millonarias pérdidas materiales generando zozobra y angustia en la población venezolana."

El mensaje, lamentablemente, debe decirse que está claro, no debiendo haber duda sobre el propósito de esta resurrección caribeña del *Comité de salut public* de la Convención francesa de 1793, como instrumento de persecución política, que aún sin Guillotina, buscará la aniquilación política de los perseguidos.

Y como muestra de ello, basta indicar que el mismo día de su instalación, el 16 de agosto de 2017, la Presidente de la Comisión anunció en compañía de quien ejerce el cargo de Fiscal General de la República, que:

> "La comisión investigará al diputado Freddy Guevara por ser uno de los promotores de la violencia y el terror que generaron grupos de choque opositores durante los últimos meses en el país.

Así mismo abrió una investigación para determinar la verdad y las responsabilidades en los planes desestabilizadores promovidos por Julio Borges contra el sistema socioeconómico y financiero del país."[44]

Como lo informó *Reuters*, el anuncio fue que se iniciaba una investigación contra:

"los opositores que convocaron a protestas contra el presidente Nicolás Maduro entre abril y julio, dijo el miércoles su presidenta, Delcy Rodríguez, abriendo la posibilidad de encarcelarlos".

La también presidenta de la Asamblea Nacional Constituyente agregó que igualmente se abrieron investigaciones contra los parlamentarios que enviaron cartas a bancos e instituciones instando a que no dieran financiamiento al Gobierno por considerarlo una "dictadura".[45]

En el mismo acto se anunció que se solicitaría al Consejo Nacional Electoral el listado de los postulados a cargos de gobernadores, con el fin de "investigarlos y aprobarlos" "para evitar que ocupen esos cargos quienes hayan llamado a la violencia."[46]

16/17 de agosto de 2017

Sexta Crónica: LA GRAN USURPACIÓN BASADA EN UNA GRAN MENTIRA: LA FRAUDULENTA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE NO PUEDE PRETENDER IMPONERSE SOBRE LOS PODERES CONSTITUIDOS Y MENOS SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL

I. La fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, inconstitucionalmente electa el 30 de julio de 2017, con fecha 8 de agosto de 2017,[47] sin competencia alguna para ello, aprobó unas "*Normas para garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los Poderes Públicos constituidos* mediante las cuales pretendió someter a sus designios a todos los Poderes Constituidos, y se colocó por encima de la Constitución de 1999, la cual violada impunemente, quedó convertida en papel de desecho. Sólo la Asamblea Nacional se resistió a comparecer al "circo" del "reconocimiento" y sumisión a la supuesta superioridad de una Asamblea, que es falsa.

En todo caso, con las *Normas* dictadas, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, como observó el profesor José Ignacio Hernández, procedió a "formalizar en Venezuela un régimen político dictatorial,"[48] basándose sus promotores e integrantes en una gran menti-

---

44 Véase la reseña "Constituyente cubana anuncia "investigación" a diputados y candidatos a Regionales," en La patilla, 16 de agosto de 2017, en http://www.lapatilla.com/site/2017/08/16/constituyente-cubana-anuncia-investigacion-a-diputados-y-candidatos-a-regionales-usando-comision-de-la-verdad/

45 Véase la reseña "Comisión de la Verdad de Venezuela investigará a líderes opositores por llamar a protestas," en Reuters, 16 de agosto de 2017, en http://lta.reuters.com/article/topNews/idLTAKCN1AW2L7-OUSLT. Véase sobre la persecución iniciada con la Comisión, Pedro Pablo Peñaloza, "La Constituyente afila el aparato represivo chavista,' en *Vertice,* 16 de agosto de 2017, en https://www.verticenews.com/la-constituyente-afila-aparato-represivo-chavista-2/l

46 Véase la reseña "Constituyente cubana anuncia "investigación" a diputados y candidatos a Regionales," en La patilla, 16 de agosto de 2017, en http://www.lapatilla.com/site/2017/08/16/ constituyente-cubana-anuncia-investigacion-a-diputados-y-candidatos-a-regionales-usando-comision-de-la-verdad/

47 Véase *Gaceta Oficial* Nº- 6.323 Extraordinario del 8 de agosto de 2017

48 Véase Hernández, José Ignacio. "La Constituyente declara un régimen político dictatorial," en *Prodavinci*, 15 de agosto de 2017, en http://prodavinci.com/blogs/la-constituyente-declara-un-regimen-politico-dictatorial-por-jose-ignacio-hernandez/?platform=hootsuite. Véase también Javier Antonio Vivas Santana, "Constituyente" no es supraconstitucional ni plenipotenciaria, en https://www.aporrea.org/ideologia/a250560.html

ra, que fue decir una y otra vez que la misma se podía imponer sobre los Poderes Constituidos del Estado porque supuestamente se habría suplantado en el pueblo para ejercer el poder constituyente originario, que era "soberana," que era "plenipotenciaria" y que era "magna," todo lo cual es falso, y lo peor, que nadie se lo cree.

Como acertadamente lo observo Alberto Barrera Tyszka, al referirse a los sucesores de Hugo Chávez Frías, de quien fue biógrafo: [49]

> "Chávez sabía mentir. Y, generalmente, lo hacía bien. Sus herederos conocen el método, tratan de seguirlo, pero son mucho más torpes, más evidentes. Les sale fácil lo fácil: la sorna, la burla, la ironía, el descaro. Pero son incapaces de convocar una esperanza, de comunicar con un mínimo de emoción algo que, aunque sea parezca una verdad. Son demasiado obvios. En muy pocos días, sin ayuda de nadie, ellos solitos le han confirmado al país y al mundo que todo lo que prometieron con respecto a la Constituyente era una fantasía infantil, que lo único que realmente les interesa es terminar de apagar la democracia, que la Constituyente sólo sirve para tratar de legitimar la dictadura en Venezuela."[50]

Esta es mi Crónica Constitucional de ese proceso de desenmascaramiento de la falsedad.

II. En efecto, aun cuando la *Gaceta Oficia*l en la cual se publicaron las *Normas* solo circuló más de una semana después de haberse aprobado, la decisión adoptada por la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente se conoció desde el inicio y el mismo 8 de agosto de 2017 fue difundida de inmediato por la AVN (Agencia Venezolana de Noticias), haciendo referencia a que la Asamblea Constituyente había aprobado un decreto para asegurar el "funcionamiento armónico" de la misma "con los Poderes Públicos Constituidos." Así lo indicó el Vicepresidente de la Asamblea, para supuestamente "hacer más eficiente al Estado y corregir las posibles desviaciones en funciones de algunos de los Poderes Públicos," pero por, sobre todo, para asegurar que:

> "Todos los organismo del orden público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente y están obligados a cumplir los actos jurídicos que dicte dicha asamblea que está dirigida a fines de preservación de la paz, de la tranquilidad pública, soberanía e independencia nacional." [51]

La noticia fue difundida internacionalmente por la Agencia AP con el siguiente título: "*Venezuela constitutional assembly decrees itself superior to all other government institutions*,"[52] que el diario *La Tercera* de Chile, por ejemplo, tituló como "Asamblea Constituyente venezolana firma decreto para subordinar a ella los poderes públicos,'[53] recogiendo lo

---

[49] Véase Barrera Tyszka, Alberto y Marcano, Cristina. Hugo Chavez: *The Definitive Biography of Venezuela's Controversial President*, Random House 2005.

[50] Véase Barrera Tyszka, Alberto. "La tragedia y la esperanza," en *Prodavinci*, 20 de agosto de 2017, en http://prodavinci.com/blogs/la-tragedia-y-la-esperanza-por-alberto-barrera-tyszka/

[51] Véase la reseña "ANC aprobó decreto para el funcionamiento armónico con Poderes Públicos" en AVN, Caracas 8 de agosto de 2017, en http://www.avn.info.ve/contenido/anc-debate-decreto-para-funcionamiento-arm%C3%B3nico-poderes-p%C3%BAblicos

[52] Véase por ejemplo en ABCNews, 8 de agosto de 2017, en http://abcnews.go.com /International /wireStory/venezuela-constitutional-assembly-decrees-superior-government-institutions-49099542; The Washington Post, 8 de agosto de 2017, en https://www.washingtonpost.com/world/theamericas/venezuela-constitutional-assembly-decrees-itself-superior-to-all-other-government-institutions/ 2017/08/08/7717aba6-7c7d-11e7-b2b1-aeba62854dfa_story.html?utm_term=.b66f2123990c

[53] Véase En http://www.latercera.com/noticia/constituyente-venezolana-firma-decreto-para-subordinar-poderes-publicos/

expresado por el Vicepresidente de la Asamblea en el sentido de que **"el decreto le otorga facultades al organismo para "reformar, limitar las funciones."**

Por su lado, la información difundida oficialmente por el Gobierno, tituló la noticia como "Poderes públicos subordinados a la ANC," afirmando que las *Normas*:

> "facultan a la ANC, en su condición de órgano supraconstitucional, para limitar o decidir el cese de las actividades de las autoridades que conforman el poder público." Los organismos que conforman las distintas ramas del poder público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente y están obligados a cumplir y a hacer cumplir los actos jurídicos que emanen del Poder Originario."

La reseña recogió igualmente lo expresado por la Presidenta de la Asamblea, al indicar que

> "el decreto de convivencia era necesario para ratificar la subordinación que le debe el poder constituido al Poder Constituyente, en clara alusión al desacato en que se ha mantenido la Asamblea Nacional.
>
> Rodríguez indicó que una vez que asumió la presidencia de la ANC se comunicó con el diputado Julio Borges, presidente de la Asamblea Nacional, para explicarle la necesidad de la convivencia de la Constituyente con ese poder constituido, y su respuesta en ese momento fue que ellos no iban a contribuir."[54]

De todo ello, el profesor Carlos Ayala Corao formuló su apreciación de que, con sus actuaciones, es evidente que la Asamblea Nacional Constituyente no está realmente interesada "en hacer prontamente una "nueva" Constitución y someterla a aprobación por referendo y cesar en sus funciones." Al contrario, la Asamblea ha declarado "que la Constitución de 1999 seguirá en vigencia, en todo aquello en lo que ella no disponga lo contrario," lo que significa que:

> "se acabó la Constitución. En su lugar tenemos un Leviatán supraconstitucional, que todo lo puede y que no tiene límites superiores, ni temporales ni materiales. Se olvida, evidentemente, que entre sus límites están los derechos humanos y su progresividad." [55]

La fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente es, en todo caso, un parapeto institucional ilegítimo y en el cual sus miembros no pueden siquiera creer. Por ello la insistencia de quienes redactan sus actos en decir una y otra vez que es soberana, soberanísima y plenipotenciaria, como si repetir esa mentira mil veces la va a convertir realmente en verdad. Como lo precisó el profesor padre Luis Ugalde S.J.

> "La Asamblea Dictatorial Constituida se ha autoproclamado "plenipotenciaria". Saben que es mentira, pues no la convocó el pueblo y viola la vigente Constitución. El Ejecutivo, el Electoral y el Judicial se apresuraron a hacerle genuflexión de súbditos; exigirá que también se arrodillen gobernadores, alcaldes, candidatos e instituciones. La ANC ilegítima se proclama y actúa como poder dictatorial "plenipotenciario", con todas las armas para reprimir y nula legitimidad."[56]

---

54 Véase http://www.leyresorte.gob.ve/2017/08/poderes-publicos-subordinados-a-la-anc/. Véase igualmente en http://minci.gob.ve/2017/08/anc-decreto-funcionamiento-poderes-publicos/

55 Véase Ayala Corao, Carlos. "Venezuela: Lecciones de una crisis predecible," en *AGEMNDA Pública*, 14 de agosto de 2017, en http://agendapublica.elperiodico.com/venezuela-lecciones-una-crisis-predecible/

56 Véase Ugalde SJ, Luis. "Plenipotenciaria impotente," en http://www.lacabilla.com/ContenidoOpinion/opinion/plenipotenciaria-impotente-por-luis-ugalde/353

III. En todo caso, las *Normas* antes mencionadas para supuestamente "garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los Poderes Públicos constituidos," pero que en realidad fueron el instrumento para proclamar su carácter dictatorial, las dictó la Asamblea,

> "en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Pueblo de Venezuela" mediante las elecciones nacionales y universales de los constituyentes que el cuatro de agosto del corriente conformaron la Asamblea Nacional Constituyente plenipotenciaria y soberana, cumpliendo el mandato de los artículos 347, 348 y 349 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela."

Por supuesto, ello es mentira. El pueblo no le asignó atribución alguna a la Asamblea, ni la misma es soberana, ni es plenipotenciaria. Ello no está establecido en norma constitucional alguna, y aun si la Asamblea hubiese sido electa siguiendo los principios constitucionales, solo tendría la misión de redactar una nueva Constitución, conforme a los criterios de transformación del Estado y de formulación de un nuevo ordenamiento jurídico que hubiera podido definir,

Las *Normas*, con el falso fundamento antes mencionado, estuvieron precedidas de un conjunto de "Considerandos" plagados también de expresiones falsas, que lo único que reflejan es la mentira como política de Estado, como por ejemplo, que la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente (i) "cumple el mandato del pueblo soberano" cuando su único mandato, de haber sido electa constitucionalmente, hubiera sido redactar una nueva Constitución; (ii) que "es la respuesta constitucional derivada del mandato del artículo 347 que en pleno ejercicio de la soberanía el pueblo venezolano se ha dado," cuando ello es falso porque el pueblo no se manifestó en forma alguna mediante referendo de convocatoria como lo impone dicha norma, y su voluntad fue usurpada por el Presidente de la República quién la convocó inconstitucionalmente; (iii) que la jurisdicción constitucional haya "dirimido perfectamente" los conflictos entre los poderes del Estado cuando ello es falso, y al contrario, ha sido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo la que ha acabado con la separación de poderes, ha instaurado una dictadura judicial, y es la responsable de haber cometido "atentados graves contra el orden constitucional dirigidos a desestabilizar el Estado;" (iv) que la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente "puede decretar medidas sobre competencias, funcionamiento y organización de los órganos del Poder Público," lo cual es falso, pues ninguna norma de la Constitución ni si hubiese sido electa constitucionalmente, la autoriza a imponerse sobre los Poderes del Estado; (v) que la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente pueda dictar "medidas que todas las ramas de los Poderes Públicos deban adoptar en su campo competencial," cuando ello es falso porque ninguna norma constitucional la autoriza a ello.

IV. Con base en todas las anteriores mentiras y falsedades, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente definió como "objeto" de las Normas, "regular el ejercicio de la potestad soberana de la Asamblea Nacional Constituyente" (Primera norma) cuando, de nuevo, ello es falso, porque en Venezuela, solo el pueblo es soberano en los términos del artículo 5 de la Constitución al disponer que "La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo." Ningún órgano del Estado puede asumir la soberanía que es intransferible.

Por tanto, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, ni aún si hubiese sido electa constitucionalmente podría dictar normativa alguna "dirigida a garantizar el funcionamiento armonioso, justo y equilibrado de todas las ramas de los poderes públicos" (Primera Norma) o "la institucionalidad armoniosa, constitucional y eficiente de todas las ramas de los Poderes Públicos" (Segunda Norma), que son las que están establecidas precisamente en la propia Constitución conforme al principio de la separación de poderes, con el cual la fraudulenta Asamblea pretende acabar.

V. Con base en todo lo anterior, la Tercera Norma comenzó con una absolutamente falsa afirmación al indicar que:

> "Para garantizar el cumplimiento de su objeto, la Asamblea Nacional Constituyente podrá decretar medidas sobre competencias, funcionamiento y organización de los órganos del Poder Público, de cumplimiento inmediato."

Se insiste, esta supuesta atribución de la Asamblea Nacional Constituyente no está en ninguna parte, ni en norma constitucional alguna. Al contrario, lo único que establece la Constitución como "objeto" de la Asamblea Nacional Constituyente cuando es convocada por el pueblo, es única y exclusivamente "transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución" (art. 347, Constitución), y solo cuando ello ocurra y la nueva Constitución la apruebe el pueblo en referendo, es que de acuerdo con sus normas de ser el caso, se podrían afectar las competencias, funcionamiento y organización de los órganos del Poder Público.

Siendo por tanto lo dispuesto en el encabezamiento de la Tercera Norma absolutamente inconstitucional, igual inconstitucionalidad afecta a lo previsto en el último párrafo de dicha Norma al disponer que la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente:

> "en uso de las atribuciones que le son inherentes, podrá limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público."

Las atribuciones de los órganos del Poder Público fueron determinadas por el pueblo al aprobar a Constitución de 1999 mediante referendo, y su ejercicio proviene igualmente del mandato popular ejercido mediante elección directa de sus representantes, como son el Presidente de la República y los diputados a la Asamblea Nacional, o mediante elección indirecta o de segundo grado por parte de ésta de los titulares de los Poderes Públicos Judicial, Ciudadano y Electoral. Esos mandatos no pueden cesar sin la participación del pueblo mediante referendo revocatorio o mediante remoción por la Asamblea Nacional según los casos.

Nadie más puede pretender usurpar el poder del pueblo o de sus representantes en la Asamblea Nacional y asumir poder alguno para limitar o cesar las actividades de los Poderes públicos, por lo que no es sino una *gran usurpación de la voluntad popular basada en una gran mentira* la atribución que ha pretendido auto-conferirse la fraudulenta Asamblea Constituyente, para incidir en el ejercicio de sus competencias constitucionales por parte de los órganos de los diversos poderes públicos.

Es falso, por tanto, que la Asamblea pretenda justificar "atribuciones que le son inherentes" que no son más que una gran usurpación de autoridad, cuyos actos son por tanto nulos de nulidad absoluta e ineficaces conforme al artículo 138 de la Constitución.

VI. Pero la gran usurpación basada en mentiras tras mentiras, en realidad se materializó en la Cuarta Norma de esta inconstitucional decisión de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, mediante la cual la misma pretendió ponerse por encima de la Constitución de 1999 y auto atribuirse una facultad que no puede tener que es la de reformar, modificar, moldear, alterar, transformar, variar, cambiar la Constitución de 1999, a su antojo, mientras funciones, conforme el vaivén del proceso político, al prescribir que "la Constitución de 1999 y el resto del ordenamiento jurídico vigente, mantendrán su vigencia en todo aquello que no colide o sea contradictorio" con" los actos normativos y decisiones" de dicha fraudulenta Asamblea.

En todo caso, es imposible conseguir una norma que defina tan precisamente lo que es un golpe de Estado, que ante todo es contra la Constitución. Con esa previsión, la Constitución quedó reducida a ser una normativa sin supremacía, en violación del artículo 7 de la Constitución que no sólo dispone que "la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico," sino que "todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos" a la misma.

La fraudulenta e inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente con estas *Normas* ha pretendido desligarse de la Constitución y reformarla o moldearla a su arbitrio, en violación de todas las normas del Título XI de la Constitución sobre la reforma Constitucional

En definitiva, con dichas *Normas*, como lo expresó el profesor José Ignacio Hernández.

> "la ilegítima constituyente asume poderes "supra-constitucionales", o sea, que se coloca por encima de la Constitución de 1999, al afirmar que ésta podrá ser derogada por las decisiones dictadas por la propia asamblea.
>
> No solo la Asamblea Nacional Constituyente es ilegítima y fraudulenta. Con esta declaratoria de poderes "supra-constitucionales" se aparta del artículo 347 de la Constitución, pues de acuerdo con esa norma, lo único que podría hacer una Asamblea Nacional Constituyente legítimamente electa es dictar una nueva Constitución. En modo alguno esa norma faculta a la Constituyente para asumir funciones por encima de la propia Constitución, como pretenden hacer las normas comentadas.[57]

La secuela de tamaña inconstitucionalidad la plasmó la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente en la Quinta Norma de la inconstitucional decisión adoptada, prescribiendo que, no sólo está por encima de la Constitución, sino que supuestamente:

> "todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están obligados a cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos que emanen dicha Asamblea."

Por supuesto, nada en la Constitución autoriza a la Asamblea Nacional Constituyente a erigirse como órgano del Estado que pueda pretender ser superior a los órganos de los Poderes Constituidos conforme a la misma Constitución, y nada en la misma obliga a dichos Poderes puedan someterse a la fraudulenta Asamblea Constituyente, de la cual no pueden aceptar quedar subordinados.

Por ello, con toda razón, las Academias Nacionales, en comunicado del día 15 de agosto de 2017, expresaron lo siguiente:

> "Las circunstancias de la convocatoria en violación del texto constitucional y el empeño de proseguir con una intención constituyente han sido tan patentes que han merecido el desconocimiento y la condena internacionales. Desde su instalación, esta asamblea ha pretendido constituirse en un poder supraconstitucional, asumiendo funciones propias de los poderes establecidos del Estado venezolano y decidiendo materias sobre las cuales carece de atribuciones.
>
> Entre otras facultades usurpadas, esta asamblea ha destituido y nombrado –a conveniencia partidista– funcionarios diversos del Poder Moral, amenaza la inmunidad parlamentaria y está interfiriendo en las elecciones regionales que están claramente definidas en el texto constitucional y otras leyes al respecto, elecciones que no son una concesión gratuita del gobierno, ni mucho menos de esa asamblea, sino un derecho constitucional aplazado intencionalmente

---

57 José Ignacio Hernández, "La Constituyente declara un régimen político dictatorial," en *Prodavinci*, 15 de agosto de 2017, en http://prodavinci.com/blogs/la-constituyente-declara-un-regimen-politico-dictatorial-por-jose-ignacio-hernandez/?platform=hootsuite

> por el CNE desde el año pasado. Las actuaciones de dicha asamblea, radicalmente nulas y que apuntan al desmantelamiento de las instituciones republicanas y a instaurar una dictadura, han merecido el repudio de la Unión Europea, el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, un grupo importante de gobiernos hemisféricos y organizaciones diversas ocupadas en temas de derechos humanos, libertad y democracia en todo el mundo." [58]

En todo caso, las referidas *Normas*, sirvieron para que la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente montara un "gran circo" para presenciar el sometimiento, uno a uno, de los Poderes Públicos a ese enjambre de constituyentistas, que guiados por unos pocos, sin debate, lo único que han hecho es levantar la mano alborozados y solazándose del supuesto poder que tienen. Lo lograron efectivamente con todos los Poderes Constituido que ya estaban sometidos al Poder Ejecutivo, con la excepción de la Asamblea Nacional que se rebeló frente a la "mentira constituyente."

VII. La primera sesión del "circo" para "domar" los Poderes Constituidos tuvo lugar en luego de su instalación, el día 5 de agosto de 2017, cuando la Asamblea Nacional Constituyente se aseguró la sumisión del Ministerio Público y, a la vez, de la Defensoría del Pueblo, a haber inconstitucionalmente removido sin mayores motivaciones a la Fiscal General de la República de su cargo,[59] acto calificado por el Presidente Juan Manuel Santos de Colombia como el "primer acto dictatorial de una constituyente ilegítima;"[60] y a la vez haber designado como Fiscal General a quien ya ejercía sus funciones sumisamente sometido al control político del Poder Ejecutivo, como supuesto Defensor del Pueblo.[61]

Dichos actos inconstitucionales tuvieron amplio rechazo nacional, pues como lo resumió José Ignacio Hernández,

> "De haber sido electa conforme a la Constitución, la asamblea nacional constituyente no podría haber tomado esa decisión, pues su única función –así definida en el artículo 347 constitucional– es dictar una nueva Constitución. No puede, por ello, ejercer funciones de los otros órganos del Poder Público, como es la función de la Asamblea Nacional de designar y remover a la Fiscal conforme a la Constitución de 1999.
>
> Al haber sido constituida de manera ilegítima y fraudulenta, menos podría esta asamblea usurpar funciones de la Asamblea a fin de remover a la Fiscal y designar a su sustituto. Con lo cual, tanto la decisión de remoción de la Fiscal como la designación transitoria de quien ejercería tal cargo, son actos nulos e inexistentes, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución.

---

58 Véase el texto en https://elecciones7oenbilbao.wordpress.com/2017/08/16/pronunciamiento-de-las-academias-nacionales-ante-la-ilegitima-asamblea-nacional-constituyente-15-de-agosto-2017/

59 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.322 Extraordinario del 5 de agosto de 2017. Véase sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, El Gran Temor: La remoción de la Fiscal General de la República y el pavor frente a sus investigaciones, 12 de agosto de 2017, http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/172.-doc.-Brewer.-Gran-Temor.-Remoc-FGR.pdf

60 Véase la información en "Colombia calificó destitución de la FGR como "primer acto dictatorial" de la constituyente cubana," en *la patilla*, 5 de agosto de 2017, en http://www.lapatilla.com/site/2017/08/05/colombia-califico-destitucion-de-la-fgr-como-primer-acto-dictatorial-de-la-constituyente-cubana/

61 Véase *Gaceta Oficial* Nº 6.322 Extraordinario del 5 de agosto de 2017. Véase sobre ello las reseñas: "Tarek William Saab, el fiel chavista que se hizo "Fiscal General de la República" en La patilla, 5 de agosto de 2017, en http://www.lapatilla.com/site/2017/08/05/tarek-william-saab-el-fiel-chavista-que-se-hizo-fiscal-general-de-la-republica/; "Designan a Tarek William Saab de forma inconstitucional como Fiscal provisional de la República," en la patilla, 5 de agosto de 2017, en https://www.lapatilla.com/site/2017/08/05/designan-a-tarek-william-saab-como-fiscal-provisional-de-la-republica/

Por más que la constituyente diga lo contrario, Luisa Ortega Díaz sigue siendo la Fiscal General de la República. Y quien hoy ocupa ese cargo no es más que un funcionario que de hecho usurpa funciones."[62]

El rechazo a la inconstitucional decisión, en todo caso, también fue generalizado a nivel internacional, de manera que entre muchas manifestaciones, por ejemplo: el Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA), Luis Almagro, dijo que el organismo desconocía la destitución de Ortega y la designación de Saab; la Cancillería y la Fiscalía mexicanas condenaron la destitución de la Fiscal, llamando al gobierno a cesar "los actos de hostigamiento y uso de la fuerza pública contra las instituciones del Estado;" la Presidenta de Chile, Michelle Bachelet, dijo que la destitución de Ortega era "un paso más en el quiebre democrático" de Venezuela; la Fiscalía General de Guatemala expresó su "profunda preocupación por la grave vulneración de la independencia institucional del Ministerio Público de Venezuela;" la Cancillería de Canadá condenó la remoción de Ortega y dijo que la primera acción de la Asamblea Constituyente había sido desmantelar aún más la separación de poderes y la democracia en Venezuela; y el presidente del Parlamento Europeo, Antonio Tajani, dijo que la destitución de la fiscal era "otra prueba de la alteración del orden institucional" en Venezuela.[63]

Este desconocimiento global respecto de la decisión de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente de remover a la Fiscal General, violando la Constitución porque solo corresponde a la Asamblea Nacional tomarla, fue generalizado en el ámbito de los Fiscales y Ministerio Público de América Latina, habiendo recibido el respaldo de la Cumbre de Fiscales Generales Iberoamericanos, lo que incluso le permitió a la Fiscal General, luego de abandonar el país, haber intervenido en la reunión de dicha Cumbre realizada en México el mismo día de 18 de agosto de 2017.[64]

VIII. La segunda sesión del "circo" para supuestamente "domar" a los Poderes Constituidos se produjo el día 10 de agosto de 2017, esta vez respecto del Presidente de la República, quien supuestamente acudió sumiso ante la Asamblea para poner su cargo a la orden y fue entonces ratificado con gran júbilo.[65]

Así lo decidió la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, alegando con toda falsedad que lo hacía "en ejercicio de su poder originario emanado del mandato conferido por el Pueblo de Venezuela el 30 de julio de 2017," lo cual no fue cierto pues el poder constituyente originario es intransferible y en ningún caso el pueblo convocó la Asamblea Constituyente mediante referendo de convocatoria, que era su única forma de expresarse.

---

62 Véase lo expuesto por José Ignacio Hernández, "Sobre el intento de remover a la Fiscal General de la República," en Prodavinci, 6 de agosto de 2017, en http://prodavinci.com/blogs/sobre-el-intento-de-remover-a-la-fiscal-general-de-la-republica-por-jose-ignacio-hernandez/?platform=hootsuite

63 Véase la reseña: "Así reaccionó el mundo a la destitución de la fiscal general de Venezuela," en CCN español, 5 de agosto de 2017, en http://cnnespanol.cnn.com/2017/08/05/asi-reacciono-el-mundo-a-la-destitucion-de-la-fiscal-general-de-venezuela/#0

64 Véase la reseña: "¡Rompió el Silencio! Luisa Ortega en Cumbre de Fiscales en México: "Les pido que no abandonemos a Venezuela", en www.noticias-videos, 18 de agosto de 2017, en https://noticiasvideos1.com/rompio-silencio-luisa-ortega-cumbre-fiscales-mexico-les-pido-no-abandonemos-venezuela/. Véase también la reseña: "Fiscales iberoamericanos respaldaron a Luisa Ortega e impidieron ingresar a una reunión a la enviada del régimen chavista. Katherine Harrington intentó irrumpir en la Asamblea extraordinaria en Buenos Aires y los procuradores de la Asociación se negaron. Solo permitieron la entrada de la enviada de la fiscal general de Venezuela."

65 *Gaceta Oficial Nº* 6325 Extra de 10 de agosto de 2017.

Además, fraudulentamente, la Asamblea invocó como fuente de su competencia, las "Normas para Garantizar el Pleno Funcionamiento Institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en Armonía con los Poderes Públicos Constituidos," antes comentadas, dictadas por ella misma, para lo cual, también falsamente, se autocalificó como "órgano soberano," usurpando así la soberanía del pueblo que como lo dice el artículo 5 de la Constitución, es intransferible.

El decreto para ratificar a Maduro en la Presidencia de la República también tuvo "Considerandos" llenos de falsedades, ya comentadas, en los cuales se indicó, entre otras cosas, (i) que la fraudulenta Asamblea "cumple el mandato del Pueblo Soberano," cuando éste no la convocó pues su poder fue usurpado por quien ejerce la Presidencia de la República; (ii) que "todos los órganos del Poder Público se encuentran subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, como expresión del poder originario y fundacional del Pueblo venezolano," cuando ello es falso, no sólo porque la Asamblea fraudulenta no es expresión alguna de "poder originario" pues éste no la convocó, y más bien se configuró en forma contraria a la Constitución; porque el poder originario "fundacional" de la Republica quedó en su sitio histórico de 1811 y 1830, donde hay que dejarlo; y porque dicha subordinación es solo un "invento" inconstitucional de la propia Asamblea, contenido en las *Normas* antes comentadas; y (iii) que dicha fraudulenta Asamblea Nacional supuestamente "se encuentra facultada para adoptar medidas sobre las competencias, funcionamiento y organización de los órganos del Poder Público," cuando ello es falso, y solo establecido en las referidas *Normas* mencionadas, que la Asamblea se dictó a su medida, para sí misma.

Y todo lo anterior a los efectos de tratar de completar el "circo" montado con el objeto de ir construyendo su propia competencia para sujetar, a sus designios, a los Poderes Constituidos, indicando respecto del Presidente de la República, que el Sr. Maduro había concurrido, supuestamente sumiso, como para que alguien lo crea, ante

> "esta soberana Asamblea Nacional Constituyente y expresó su voluntad absoluta de acatar el carácter plenipotenciario de esta Magna Asamblea Nacional Constituyente, en los términos contemplados en el artículo 349 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las Normas para Garantizar el Pleno Funcionamiento Institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en Armonía con los Poderes Públicos Constituidos, reconociendo su carácter originario en un gesto profundamente democrático y de apego constitucional.";

Esta tramoya, que concluyó con la decisión de la fraudulenta Asamblea de "ratificar" a Maduro en el cargo de Presidente, después de darle una especie de "certificado de buena conducta," por supuesto no se la cree nadie.

Como se ha dicho repetidamente ni la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente es "soberana", ni tiene carácter "plenipotenciario," ni es "magna," ni tiene "carácter originario"; y el hecho de que quien ejerce la Presidencia de la República supuestamente lo haya dicho y reconocido ante la Asamblea, no tiene ningún efecto, sino el de poner al descubierto la pantomima de que habría concurrido ante la Asamblea, sumiso, para acatar todo lo que la misma decida, considerando la Asamblea que con ello podía contar con él, como "soporte fundamental para la implementación de las medidas" que adoptase, y engañar al país.

IX. La tercera sesión del "circo" para la sujeción de los Poderes Constituidos, fue en relación con el Poder Electoral, y tuvo como protagonistas a las rectoras del Consejo Nacional Electoral, quienes luego de dárseles otro "certificado de buena conducta" por los "favores recibidos," también fueron ratificadas mediante decreto, con los mismos inconstitucionales considerandos y motivaciones que el antes analizado decreto de ratificación del quien ejerce la Presidencia de la Republica. En este caso, sin embargo, alegando que las mencionadas rectoras, el **11 de agosto de 2017,** también habían **concurrido ante la "soberana" Asam-**

blea, lo cual es falso, como antes se ha dicho, pues soberano solo es el pueblo; para "reconocer y subordinarse al carácter Originario y Plenipotenciario de esta Magna Asamblea Nacional Constituyente," lo cual también es falso, pues como se ha dicho, la fraudulenta Asamblea ni tiene "carácter originario," ni es "Plenipotenciaria," ni es "Magna." Todo ello, como lo hemos argumentado, es una gran mentira.[66]

X. El 15 de agosto de 2017, en las sesiones del "circo" tendiente a hacerse reconocer formalmente por todos los Poderes Constituidos como una entidad con tal "carácter originario," "plenipotenciaria," y "Magna, y así someter a dichos Poderes Constituidos a sus designios, le tocó su turno al Tribunal Supremo de Justicia, en un ejercicio inútil pues dicho órgano ya se había sometido desde hace lustros al Poder Ejecutivo, para lo cual sus magistrados principales y suplentes también concurrieron ante la fraudulenta Asamblea y, nada más ni nada menos, "expresaron su voluntad de reconocer y acatar el carácter originario y plenipotenciario de esta Magna Asamblea Nacional Constituyente."[67]

Esto, además de ser parte de una burda actuación en el "circo" montado por la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente para tratar de demostrar su supuesto poder supremo, es la expresión más trágica que se puede registrar de un Poder Judicial en un Estado de derecho, pues en sí misma es la renuncia a su autonomía e independencia, que debería ser el único pilar de los tribunales sometidos solo a la ley, que merece la más absoluta repulsa de toda la comunidad jurídica.

XI. A la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, después del desfile de funcionarios sumisos que tuvo durante varios días, para asegurar que todos la "reconocieran" como originaria, plenipotenciaria, soberana y magna, solo le faltaba realizar lo mismo con la Asamblea Nacional.

Para lograr su objetivo, dado el desconocimiento reiterado que la Asamblea Nacional había formulado sobre la fraudulenta Asamblea Constituyente desde su elección, la Presidenta de la Asamblea decidió citar a los diputados miembros de la directiva de la Asamblea Nacional, para que comparecieran ante la misma el día 18 de agosto de 2017, para en definitiva hacerles reconocer la falsa supremacía de la fraudulenta Asamblea Constituyente.

La respuesta de los representantes de la Asamblea Nacional se manifestó en esa misma fecha mediante una "Carta abierta de la Asamblea Nacional de Venezuela y los diputados de la Unidad Democrática al pueblo venezolano, a la comunidad internacional y a Nicolás Maduro Moros" en la cual, en representación de 109 diputados, expresó claramente lo siguiente:

> "La fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente es un poder de facto, expresión de la naturaleza hegemónica que pretende perpetuar a Nicolás Maduro Moros en el poder. No es una auténtica asamblea constituyente. Es una mentira constituyente, una estructura de dominación nacida al margen de la Constitución de 1999 y de espaldas al pueblo. Fue convocada sin un referéndum popular, destruyó la universalidad del derecho al voto, fue pobremente avalada por dos millones de venezolanos, tiñó de sangre la conciencia del país y ha sido desconocida por el pueblo mayoritario de Venezuela, por la comunidad internacional y por la Asamblea Nacional. Por eso, reiteramos que desconocemos la fraudulenta asamblea nacional constituyente, sus mandatos y todos los actos emanados de la misma: ¡ ¡La única Constitución que encarna la justicia del pueblo de Venezuela es la de 1999! […]

---

66 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La Gran Mentira: La Asamblea Nacional Constituyente ni es soberana, ni es depositaria del poder constituyente originario, ni es reconocida globalmente," 8 de agosto de 2017, en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/171.-doc.-La-Gran-mentira.-ANC-no-es-soberana.pdf

67 Véase *Gaceta Oficial* Nº 41214 de 15 de agosto de 2017.

> Por todas las razones expuestas anteriormente, no compareceremos ante la mentira constituyente. No estamos obligados a hacerlo. En cambio, tenemos el deber de permanecer del lado de la Constitución de 1999 y de los más de catorce millones de electores que nos convirtieron en legítimos representantes de la soberanía popular.[68]

Ante este anuncio, la reacción de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente fue adoptar un decreto mediante el cual decidió asumir "las competencias para legislar" de la Asamblea Nacional, así como las competencias para "dictar actos parlamentarios en forma de ley" de la misma," basado en que "la junta directiva de la Asamblea Nacional fue debida y oportunamente convocada a concurrir a la sesión ordinaria soberana de la Asamblea Nacional Constituyente el día 18 de agosto de 2017 y no asistió, en franco desconocimiento del artículo 349 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela." En dicho decreto, la fraudulenta Constituyente resolvió:

> "Asumir las competencias para legislar sobre las materias dirigidas directamente a garantizar la preservación de la paz, la seguridad, la soberanía, el sistema socioeconómico y financiero, los fines del Estado y la preeminencia de los derechos de los venezolanos, así como para dictar actos parlamentarios en forma de ley vinculados con las referidas materias conforme al mandato del artículo 349 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y las normas para garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en concordancia con la declaración de supraconstitucionalidad de las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente en sentencia del Poder Judicial del año 1999."[69]

Aparte de que el artículo 349 de la Constitución no contiene ningún mandato que pueda fundamentar tan inconstitucional decisión,[70] la misma en definitiva significó, como lo observó José Ignacio Hernández, una ratificación de "lo que ya había hecho la Sala Constitucional y lo que ella misma había decidido con anterioridad" en el sentido de "que la Asamblea Nacional no puede ejercer sus funciones, las cuales serán asumidas por la Asamblea Nacional Constituyente como poder supra-constitucional," quedando evidenciado entonces que "la constituyente no va a redactar una constitución, cual es la tarea de una Constituyente, sino que va a ejercer las funciones que la Constitución de 1999 asigna a la Asamblea Nacional."[71]

XII. En todo caso, la situación derivada de tal decisión fue de extrema gravedad, pues en virtud de que conforme a la Constitución solo la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislativo puede dictar leyes (art. 202), cualquier "ley" que pueda dictar la fraudulenta Asamblea Constituyente no podría sino considerarse como nula de nulidad absoluta e ineficaz, por usurpación de autoridad, en los términos del artículo 138 de la Constitución. Como actos de autoridad ilegítima deben desconocerse conforme lo dispone el artículo 350 de la

---

68 Véase el texto en http://elvenezolano.com.pa/wp-content/uploads/2017/08/carta-de-la-asamblea-nacional-a-la-anc-70.pdf ; y en http://www.pedromogna.com/asamblea-nacional-no-comparecio-ante-la-constituyente-cubana-por-ser-un-poder-de-facto-comunicado/

69 Véase en la reseña: "18 países rechazan que Constituyente asuma funciones del Parlamento venezolana," en *Prodavinci*, 18 de agosto de 2017, en http://prodavinci.com/2017/08/18/actualidad/ante-rechazo-global-asamblea-constituyente-asumira-funciones-del-parlamento-venezolano/

70 Recuérdese que dicha norma constitucional lo único que dispone es que "Los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente," por supuesto en lo que constituye la realización de su objeto que es solo "transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución."

71 Véase sobre ello José Ignacio Hernández, "¿Qué perpetró la ilegítima Constituyente al asumir funciones de la AN?", en *Prodavinci*, 19 de agosto de 2017, en http://prodavinci.com/blogs/que-perpetro-la-ilegitima-constituyente-al-asumir-funciones-de-la-an-por-jose-ignacio-hernandez/?Platform=hootsuite

Constitución estando todos obligados a velar por el restablecimiento de la Constitución de acuerdo con el artículo 333 de la misma. En esa situación, por ejemplo, en relación con la comunidad internacional, un Tratado internacional que requiera de aprobación mediante ley, que solo puede emanar de la Asamblea Nacional, no podría entrar en aplicación en el país si llegase a ser aprobado por la fraudulenta Asamblea Constituyente. Y lo mismo se puede decir de los actos parlamentarios sin forma de ley, como por ejemplo sería la aprobación de contratos de interés nacional, que si son aprobados por la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente también serían ineficaces, lo que sería catastrófico, por ejemplo, en relación a operaciones de crédito público.

En todo caso, con dicha decisión absolutamente inconstitucional, en definitiva, lo que se hizo fue vaciar totalmente de competencias a la Asamblea Nacional, lo que equivalió, a haber decidido la cesación de sus funciones, y en definitiva, igualmente la terminación de hecho del mandato de todos los diputados.

Por lo demás, así fue como se interpretó nacional y mundialmente a pesar del esfuerzo de la Presidenta de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente de explicar, sin éxito, que supuestamente "no habían disuelto a la Asamblea Nacional," sino solo le habían quitado su poder de legislar y decidir;[72] y del Ministro de Relaciones Exteriores de tratar de explicar que no se había disuelto el Parlamento sino que éste no había acatado lo resuelto por la Asamblea Nacional Constituyente; de manera que la Asamblea Nacional supuestamente podía funcionar pero sin ningún efecto.[73]

---

[72] Véase por ejemplo, la reseña sobre la explicación en *Informe 21*: "La presidenta de la Asamblea Nacional Constituyente, Delcy Rodríguez, descartó que este cuerpo con poderes plenipotenciarios haya disuelto al Parlamento venezolano y dijo que "deben trabajar" y convivir como poderes. "No hay disolución, lo que hay es trabajar". Instó este viernes a la Asamblea Nacional en desacato, a que trabajen, a que se remitan a sus funciones consustanciales, y a que respeten la voluntad del Poder Constituyente Originario. "Les estamos diciendo ajusten su actuación, ustedes tienen funciones consustanciales que deben cumplir y respetar y honrar, ustedes no llegaron para dar golpes de Estado, ustedes llegaron para legislar a favor del pueblo de Venezuela y a eso deben remitirse y deben además respetar el poder constituyente originario", expresó la presidenta de la ANC. "Ellos no pueden impedir las decisiones de esta plenipotenciaria Asamblea", insistió y "tienen que remitirse a sus funciones consustanciales respetando a esta Asamblea Nacional Constituyente", expresó. Así que les estamos diciendo ¡a trabajar! No venga ahorita CNN a darles licencia de vagancia, ni de vacaciones, tienen que trabajar, y tienen que respetar al poder constituyente originario". Rodríguez afirmó: "Ya está claro, vamos a convivir, no está disuelta, se quedaron con su titular y sus ganas de estar disuelta, vayan a trabajar y háganlo conforme a las leyes de la República y nuestra Constitución madre". Véase en *Informe 21*, "Delcy Rodríguez: No disolvimos la Asamblea, los vagos tienen que trabajar,' *Informe 21*, 18 de agosto de 2017, en http://informe21.com/política /delcy-rodriguez-no-disolvimos-la-asamblea-los-vagos-tienen-que-trabajar. Véase igualmente la información en https://www.lapatilla.com/site/2017/08/18/delcy-eloina-no-disolvimos-la-asamblea -los-vagos-tienen-que-trabajar/

[73] El Ministro de Relaciones Exteriores, en lo que fue la primera expresión pública del gobierno sobre la Asamblea Constituyente, según lo reseñó *el periódico*, el 19 de agosto de 2017, negó ante los representantes diplomáticos en el país que "la asunción por parte de la Asamblea Constituyente (ANC) de competencias legislativas suponga una "disolución" del Parlamento, como sostiene la oposición, y criticó las reacciones internacionales, que llamó "solidaridades automáticas". "De manera absolutamente falaz indican que el Poder Legislativo venezolano fue disuelto por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC). Es (...) el Poder Legislativo venezolano el que no reconoce a la ANC como poder plenipotenciario", dijo Arreaza sobre la condena a la decisión expresada por numerosos países europeos y americanos. Tras una reunión con el cuerpo diplomático acreditado en Caracas, el canciller criticó lo que considera "solidaridades automáticas" con el Parla-

XIII. La reacción nacional contra lo decidido por la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente se reflejó en lo expresado por la propia Asamblea Nacional en *Acuerdo* emitido el 19 de agosto de 2017, en el cual ratificó "el compromiso de la misma de continuar ejerciendo sus atribuciones constitucionales y en rechazo de las pretensiones de usurpación de las funciones de este cuerpo parlamentario, por parte de la inconstitucional y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente." En el Acuerdo, además, la Asamblea Nacional denunció "el fraude constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente y la usurpación de la soberanía popular, legítimamente representada por este cuerpo parlamentario único titular del Poder Legislativo Nacional," basándose, entre otros "Considerandos," en los siguientes:

> "Que el 18 de agosto de 2017, mediante un acto viciado de las inconstitucionalidades denunciadas y jurídicamente ineficaz, esa fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente ha pretendido asumir las atribuciones legislativas de esta Asamblea Nacional, en materias dirigidas a garantizar la seguridad, la soberanía y el sistema socioeconómico y financiero del país y los derechos de los venezolanos;
>
> Que la Asamblea Nacional, expresión del Poder Legislativo constituido conforme a la Constitución de 1999, permanece en pleno ejercicio de sus atribuciones constitucionales; que esa supuesta Asamblea Constituyente no puede en forma alguna interferir en sus funciones, menos aún pretender suplirla en la adopción de la legislación en materias de la reserva legal, que corresponden exclusivamente a este cuerpo parlamentario, legítimo representante de la voluntad general;
>
> Que ese acto de la Asamblea Nacional Constituyente además de jurídicamente nulo e ineficaz persigue desconocer y burlar, una vez más, la voluntad del electorado expresada en las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015, electorado que con su abstención el pasado 30 de julio manifestó su absoluto rechazo al fraude constituyente."[74]

Como resultado, en el mismo Acuerdo, la Asamblea Nacional ratificó su compromiso con el pueblo, "de mantenerse firme en la defensa de los valores y principios democráticos, con fundamento en los cuales desconoce el acto de esa pretendida Asamblea Nacional Constituyente del 18 de agosto de 2017, mediante el cual pretende asumir potestades legislativas de este cuerpo legislativo," y rechazó y desconoció

---

mento opositor de Venezuela, y se refirió específicamente a la reacción de Estados Unidos, que calificó en un comunicado de "nuevo acto de injerencia". El de Arreaza es el primer pronunciamiento del Gobierno después de que la ANC –instaurada por el oficialismo el 4 de agosto para reordenar con poderes absolutos el Estado– se atribuyera las funciones legislativas al acusar al Parlamento de sabotear al país para satisfacer su agenda política. Algunas de las voces con más poder dentro de la ANC han negado que se trate de una disolución del Parlamento, que puede seguir operando desde su sede en el Palacio Federal Legislativo sin que sus decisiones tengan ningún efecto." Lo adoptado por el Parlamento ya no tenía validez o efectos prácticos, al haber dictado el Tribunal Supremo de Justicia la nulidad de sus actos al declarar "en desacato" a este órgano elegido en diciembre de 2015 en las últimas elecciones con participación de la oposición y el Gobierno celebradas en el país." Véase la reseña en "Venezuela niega disolución del Parlamento y rechaza críticas internacionales," en *el periódico*, 19 de agosto de 2017, en http://www.elperiodico.com/es/internacional/20170819/venezuela-niega-disolucion-del-parlamento-y-rechaza-criticas-internacionales-6233864

74 Véase el texto en http://www.asambleavenezuela.com/documentos_archivos/acuerdo-ratificando-el-compromiso-de-esta-asamblea-nacional-de-continuar-ejerciendo-sus-atribuciones-constitucionales-y-en-rechazo-de-las-pretensionesde-usurpacion-de-las-funciones-de-este-cuerpo-parl-73.pdf Véase igualmente el texto en la reseña de CNNEspañol: http://cnnespanol.cnn.com /2017/08 /18/asamblea-constituyente-de-venezuela-disuelve-la-asamblea-nacional/

> "las pretensiones de usurpar las funciones legislativas que le corresponden a este cuerpo parlamentario legítimamente constituido, conforme a la vigente Constitución de 1999."[75]

XIV. En cuanto a la reacción internacional contra la decisión de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente como violadora del principio democrático, reconociendo en cambio la legitimidad de la elección de la Asamblea Nacional y la ilegitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente, puede decirse que fue generalizada. Entre las primeras se destaca la del gobierno de España, expresada a través de Comunicado del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, en el cual se indicó que:

> "El Gobierno de España expresa su firme condena por la decisión de la ilegítima Asamblea Constituyente de usurpar las competencias legislativas de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.
>
> Es una decisión que no contribuye a la reconciliación ni al futuro democrático de Venezuela. Asimismo, constituye un grave desconocimiento de la voluntad del pueblo venezolano expresada de manera democrática en las elecciones legislativas de 2015 y, si no es revertida, una quiebra definitiva del orden democrático y constitucional en la República Bolivariana de Venezuela.
>
> El Gobierno de España no reconoce la decisión de la Asamblea Constituyente y exige al Ejecutivo de ese país que garantice la independencia y separación de los poderes del Estado."[76]

Igualmente de contundente y clara fue la expresión del gobierno de los Estados Unidos, a la cual se refirió específicamente el Canciller de Venezuela,[77] en la cual a través del vocero del Departamento de Estado expresó:

> "Los Estados Unidos condenan fuertemente la asunción de los poderes legislativos por la ilegitima Asamblea Constituyente. Esta toma de poder está designada a suplantar la Asamblea Nacional electa democráticamente con un comité autoritario operando por encima de la ley. En nuestro criterio, la Asamblea nacional electa democráticamente es el único órgano legislativo.
>
> Nos unimos a los vecinos de Venezuela en la condena de la ilegítima Asamblea Constituyente y sus autoritarias directivas […]".[78]

---

75 Véase el texto en http://www.asambleavenezuela.com/documentos_archivos/acuerdo-ratificando-el-compromiso-de-esta-asamblea-nacional-de-continuar-ejerciendo-sus-atribuciones-constitucionales-y-en-rechazo-de-las-pretensionesde-usurpacion-de-las-funciones-de-este-cuerpo-parl-73.pdf. Véase igualmente el texto en la reseña de CNNEspañol: http://cnnespanol.cnn.com /2017/08/18/asamblea-constituyente-de-venezuela-disuelve-la-asamblea-nacional/

76 Véase el Comunicado del Gobierno de España en http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ SalaDePrensa/Comunicados/Paginas/2017_COMUNICADOS/20170818_COMU194.aspx?platform=hootsuite

77 El Ministro de Relaciones Exteriores, en su exposición ante el Cuerpo Diplomático acreditado en el país, explicando sobre lo que supuestamente había decidido la Asamblea Constituyente, según reseña de prensa: "Tras una reunión con el cuerpo diplomático acreditado en Caracas, el canciller criticó lo que considera "solidaridades automáticas" con el Parlamento opositor de Venezuela, y se refirió específicamente a la reacción de Estados Unidos, que calificó en un comunicado de "nuevo acto de injerencia". Véase la reseña en "Venezuela niega disolución del Parlamento y rechaza críticas internacionales," en el periódico, 19 de agosto de 2017, en http://www.elperiodico.com /es/internacional/20170819/venezuela-niega-disolucion-del-parlamento-y-rechaza-criticas-internacionales-6233864. Véase el texto del Comunicado de rechazo emitido por el Ministerio de relaciones Exteriores en la patilla, 19 de agosto de 2017, en http://www.lapatilla.com/site/2017 /08/19/venezuela-rechaza-pronunciamiento-emitido-por-la-portavoz-del-departamento-de-estado-de-eeuu-contra-la-anc/

Por su parte, Alan Duncan, Ministro del Exterior y de la Comunidad del Reino Unido, expresó:

> "Estoy absolutamente horrorizado por la decisión de la impostora Asamblea Constituyente en Venezuela de retirar los poderes legislativos de la electa Asamblea Nacional. Esto es un soplo chocante contra la democracia en Venezuela, y un ataque directo contra una institución democrática legítima. Ignora la voluntad del pueblo venezolano y solo contribuirá a socavar aún más la confianza en la democracia de Venezuela. La Asamblea nacional y sus diputados deben ser respetados y sus derechos resguardados."[79]

En el ámbito latinoamericano, en el Encuentro de Presidentes de Parlamentos realizado en el Congreso de Perú precisamente el mismo día 18 de agosto de 2017, en el cual participan representantes de Panamá, Canadá, México, Argentina, Chile, Brasil, España, Costa Rica y Perú, se emitió un Comunicado en el cual declararon, entre otras cosas:

> "1. Condenar la ruptura de la democracia y del orden constitucional en Venezuela derivada, entre otras cosas, de la usurpación de las funciones de la Asamblea Nacional por la Asamblea Nacional Constituyente ocurrida en el día de hoy, consolidando l dictadura en esa nación.
>
> 2. No reconocer a la Asamblea nacional Constituyente de Venezuela ni a sus actos, por quebrantar la Constitución de Venezuela y carecer de legalidad y de legitimidad."[80]

---

78 "The United States strongly condemns the assumption of legislative powers by the illegitimate Constituent Assembly. This power grab is designed to supplant the democratically-elected National Assembly with an authoritarian committee operating above the law. In our view, the democratically-elected National Assembly is the only legitimate legislative body. We join Venezuela's neighbors in condemning the illegitimate Constituent Assembly and its authoritarian directives. As long as the Maduro regime continues to conduct itself as an authoritarian dictatorship, we are prepared to bring the full weight of American economic and diplomatic power to bear in support of the Venezuelan people as they seek to restore their democracy." Véase en https://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2017/08/273543.htm. Esta posición ya se había expresado el 8 de agosto de 2017, por el mismo departamento de Estado expresando ante la aprobación por la fraudulenta Constituyente de las Normas para imponerse sobre los Poderes Constituidos, lo siguiente: "En 2015, los actuales miembros de la Asamblea Nacional de Venezuela fueron elegidos democráticamente para un mandato de cinco años por el pueblo venezolano", recordó la fuente. "La Asamblea Nacional –subrayó– es el único cuerpo legislativo legítimo y democráticamente elegido en Venezuela" Véase en la reseña, "EEUU exige restablecimiento de la democracia en Venezuela luego de "destitución" de la fiscal Ortega Díaz, "en la patilla, 5 de agosto de 2017, en http://www.lapatilla.com/site/2017/08/05/eeuu-exige-restablecimiento-de-la-democracia-en-venezuela-luego-de-destitucion-de-la-fiscal-ortega-diaz/

79 "I am utterly appalled by the decision of the sham-democratic Constituent Assembly in Venezuela to remove legislative powers from the elected National Assembly. This is a shocking blow to democracy in Venezuela, and a direct attack on a legitimate democratic institution. It ignores the will of the Venezuelan people and will only further undermine confidence in Venezuela's democracy. The National Assembly and its Deputies must be respected and their rights honoured." Véase en https://www.gov.uk/government/news/minister-appalled-by-developments-in-venezuela

80 Véase el texto de la Resolución de los parlamentarios en la reseña: "Presidentes parlamentarios condenan usurpación de funciones por parte de la ANC,' en la patilla, 18 de agosto de 2017, en http://www.lapatilla.com/site/2017/08/18/presidentes-parlamentarios-condenan-usurpacion-de-funciones-por-parte-de-la-anc-resolucion/

El Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro consideró que la "disolución fraudulenta de la Asamblea Nacional de Venezuela por Asamblea Nacional Constituyente es una profundización del golpe de Estado en Venezuela," advirtiendo que la "Asamblea Nacional fue elegida por el pueblo soberano por sufragio directo" por lo que "su disolución es ilegítima e inconstitucional"[81]

En la misma línea de expresión puede decirse que, en general, se sumaron voceros de países y personalidades de la comunidad internacional, de condena contra el gobierno y la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente,[82] lo que sin duda tendrá graves consecuencias contra el Gobierno, que quedará aislado, y lamentablemente también en forma directa contra el país, por las repercusiones que ello tendrá en la población venezolana.[83]

XV. En todo caso, lo que presenció el país y el mundo el 18 de agosto de 2017 con el despojo de las funciones legislativas de la Asamblea Nacional por parte de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente fue, sin duda, la materialización de una muerte anunciada desde la instalación de la ilegítima Asamblea Constituyente el 4 de agosto de 2017 y, en particular, desde la aprobación por la misma, el 8 de agosto de 2017 de las antes analizadas "*Normas para garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los Poderes Públicos constituidos*"

Se consumó con todo ello, una **Gran Usurpación** de las funciones de la Asamblea Nacional que fue electa por el pueblo el 6 de diciembre de 2015, basada en una **Gran Mentira**, que es el antes mencionado supuesto carácter originario, supremo, soberano, plenipotenciario o magno (que es sinónimo de regia, egregia, excelsa), de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, que por supuesto no tiene.

Ni siquiera si una Asamblea Constituyente fuera convocada constitucionalmente por el pueblo mediante referendo de convocatoria, como lo prescribe el artículo 347 de la Constitución, el pueblo podría delegar en ella el poder constituyente originario, del cual es único depositario; y menos podría el pueblo delegar la soberanía, que solo reside en el mismo, en un órgano representativo, porque conforme al artículo 5 de la Constitución la misma es intransferible.

Todo lo anterior lo que nos muestra es que, mediante mentira, tras mentiras, el régimen y su fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente lo que ha venido pretendiendo es construirle a la misma un "andamiaje" jurídico totalmente falso, basado en una gran mentira, pero que simplemente ya nadie le cree. Y como es bien sabido, la mentira aún repetida mil veces, nunca podrá llegar a ser verdad.

20 de agosto de 2017

---

81 Véase en la reseña "Comunidad internacional rechaza usurpación de funciones del Parlamento por parte de la ANC," en runrunes, 18 de agosto de 2017, en http://runrun.es/internacional/322264/comunidad-internacional-rechaza-usurpacion-de-funciones-del-parlamento-por-parte-de-la-anc.html

82 Véase por ejemplo la reseña "Crece rechazo mundial a constituyente cubana tras usurpación de funciones del Parlamento," en la Patilla, 19 de agosto de 2017, en http://www.lapatilla.com/site/2017/08/19/crece-rechazo-mundial-a-constituyente-cubana-tras-usurpacion-de-funciones-del-parlamento/

83 Véase por ejemplo lo expuesto ya desde el 30 de julio de 2017, por Mariano de Alba," ¿Qué implicaciones tiene el desconocimiento internacional de la Constituyente?," en Prodavinci, 30 de julio de 2017, en http://prodavinci.com/2017/07/30/actualidad/que-implicaciones-tiene-el-desconocimiento-internacional-de-la-constituyente-por-mariano-de-alba/

Séptima Crónica: LA GRAN CONDENA POR EL DELITO DE TRAICIÓN A LA PATRIA A LÍDERES DE LA OPOSICIÓN, POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, SIN JUICIO NI PROCESO, USURPANDO EL PODER JUDICIAL*

I. La fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, que se autocalificó a sí misma como soberana, magna y originaria, y que el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia ha calificado de "supraconstitucional," mediante "decreto constituyente" dictado en su sesión del 29 de agosto de 2017, usurpando la función judicial, pero sin juicio ni proceso, decidió:

> "Declarar como traidores a la Patria a los actores políticos nacionales de marcado carácter anti-venezolano que han promovido la agresión económica e intervención contra la República Bolivariana de Venezuela y solicitar a los órganos competentes el inicio inmediato de las investigaciones y procesos respectivos para determinar la responsabilidad y sanciones correspondientes."

No es que la Asamblea haya ordenado o solicitado que los órganos competentes del Estado determinaran, previo el procedimiento de allanamiento de la inmunidad parlamentaria, si determinados "actores políticos nacionales" habrían incurrido en el delito de traición a la patria. No!!. Lo que sucedió fue todo lo contrario, pues la Asamblea Nacional Constituyente ya los declaró como culpables de haber cometido dicho gravísimo delito, quedando pendiente solo la "identificación" precisa de los mismos, lo que seguramente harán diligentemente los ilegítimos titulares del Ministerio Público y del Tribunal Supremo de Justicia, sin prueba alguna, basándose en "hechos públicos comunicacionales."

Ciertamente, es una actuación inconstitucionalidad, imposible de concebir en un régimen de Estado de derecho, que se condene penalmente a personas por un delito tan grave sin juicio ni proceso, sin garantías del debido proceso, y por parte de un órgano que ha usurpado la función del Poder Judicial; aún cundo es lo que sí ocurre en un Estado totalitario como el de Venezuela.[84]

Los artículos 128 y 129 del Código penal venezolano, con el cual se inicia el "Título I. De los delitos contra la independencia y la seguridad de la Nación," "Capítulo I. De la traición a la Patria y otros delitos contra ésta," disponen lo siguiente:

> Artículo 128.- Cualquiera que, de acuerdo con una Nación extranjera o con enemigos exteriores, conspire contra la integridad del territorio de la patria o contra sus instituciones republicanas, o la hostilice por cualquier medio para alguno de estos fines, será castigado con la pena de presidio de veinte a treinta años.
>
> Artículo 129.- El que dentro o fuera de Venezuela, sin complicidad con otra Nación, atente por si solo contra la independencia o la integridad del espacio geográfico de la República, será castigado con la pena de presidio de veinte a veintiséis años. Con la misma pena será castigado quien solicite, gestione o impetre, en cualquier forma, la intervención de un Gobierno extranjero para derrocar al gobierno venezolano."

---

* Véase Brewer-Carías, Allan R. "La condena por el delito de traición a la patria a líderes de la oposición, por la Asamblea Nacional Constituyente, sin juicio ni proceso, usurpando el Poder Judicial," 4 / 9 septiembre 2017, en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/09/177.-doc8.-Brewer.-ANC-y-la-condena-traici%C3%B3n-a-la-patria.-9-2017.pdf

84 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

Ha sido dicho delito de "traición a la patria" tipificado en estas normas, el que la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente ya ha declarado como cometido por "actores políticos nacionales," es decir, por diputados dirigentes de oposición y otras personas, a solicitud de quien ejerce la presidencia de la República; y todo, a raíz del anuncio unos días antes de unas sanciones financieras decretadas por el gobierno de los Estados Unidos en relación con Venezuela.

II. En efecto, el 25 de Agosto de 2017, mediante Comunicado difundido por el Secretario de Prensa del gobierno de los Estados Unidos, se anunció la emisión de una Orden Ejecutiva del Presidente de ese país, "imponiendo nuevas y fuertes sanciones financieras a la dictadura en Venezuela," consistentes fundamentalmente en "prohibir los tratos en nueva deuda y valores emitidos por el gobierno de Venezuela y su empresa petrolera estatal;" "también prohíbe transacciones en ciertos bonos existentes propiedad del sector público venezolano, así como los pagos de dividendos al gobierno de Venezuela."[85]

Se informó, además, en el Comunicado, entre otros factores, que "estas medidas han sido calibradas cuidadosamente para negar a la dictadura de Maduro una fuente crítica de financiamiento para mantener su gobierno ilegítimo, para proteger al sistema financiero de los Estados Unidos de la complicidad en la corrupción de Venezuela y en el empobrecimiento del pueblo venezolano y para permitir la asistencia humanitaria."[86]

Según el texto del Comunicado, la motivación central de las medidas, estuvo en el hecho de que:

> "La dictadura de Maduro continúa privando al pueblo de Venezuela de alimentos y medicinas, deteniendo opositores democráticamente electos, y suprimiendo violentamente la libertad de expresión. La decisión del régimen de crear una ilegítima Asamblea Constituyente -y más recientemente de hacer que tal entidad usurpe poderes de la Asamblea nacional democráticamente electa- representan una ruptura fundamental en el legítimo orden constitucional de Venezuela."
>
> En un esfuerzo por preservarse, la dictadura de Maduro premia y enriquece a funcionarios corruptos en el aparato de seguridad del gobierno gravando las futuras generaciones de venezolanos con costosas deudas masivas. La mala gestión económica de Maduro y el saqueo desenfrenado de los activos de su nación han llevado a Venezuela a estar cada vez más cerca del incumplimiento. Sus funcionarios ahora están recurriendo a esquemas opacos de financiamiento y liquidando los activos del país a precios de venta de remate.

Al adoptar las medidas, en el Comunicado oficial se indicó que los "*Estados Unidos no estaba solo en condenar al régimen de Maduro*," explicando que, a través de la Declaración de Lima del 8 de agosto, otros países de América latina "*se negaron a reconocer la Asamblea*

---

85 Véase el texto: "Statement by the Press Secretary on New Financial Sanctions on Venezuela," 25 agosto de 2017, en https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/08/25/statement-press-secretary-new-financial-sanctions-venezuela

86 Sobre las medidas, el Diario El País informó que: "El presidente de Estados Unidos, Donald Trump, firmó este viernes una orden ejecutiva que prohíbe al sistema financiero estadounidense la compra de bonos públicos y deuda del Gobierno de Venezuela y la petrolera estatal, PDVSA. Las sanciones, destinadas a crear un contundente bloqueo económico al Ejecutivo venezolano, suponen un cambio respecto a las medidas anteriores, dirigidas contra individuos del entorno de Nicolás Maduro y no a la maquinaria gubernamental." Véase: "EE UU prohíbe comprar deuda venezolana para estrangular la financiación del régimen. La Casa Blanca impone las primeras sanciones económicas globales contra el gobierno chavista," en El País, 25 de agosto de 2017, en https://elpais.com/internacional/2017/08/25/estados_unidos/1503680401_228290.html

Constituyente ilegítima o las leyes que adopta," considerando que "*las nuevas sanciones financieras de Estados Unidos apoyan esta postura regional de aislamiento económico de la dictadura de Maduro*."

Concluyó el Comunicado indicando que, los:

> "Estados Unidos reitera nuestro llamamiento para que Venezuela restablezca la democracia, celebre elecciones libres y justas, libere a todos los presos políticos de inmediato e incondicionalmente y ponga fin a la represión del pueblo venezolano. Continuamos estando con el pueblo de Venezuela durante estos tiempos difíciles."[87]

Fue el mismo día del anuncio en Washington de las sanciones financieras indicadas, cuando quien ejerce la presidencia de la República, Nicolás Maduro, según informó la prensa, "solicitó al presidente del Tribunal Supremo de Justicia, Maikel Moreno y a la presidenta de la Constituyente, Delcy Rodríguez, iniciar un "juicio histórico por traición a la patria" contra aquellos que han promovido las medidas económicas de EE. UU contra Venezuela," tildando "al presidente de la Asamblea Nacional, Julio Borges, y a otros políticos de la oposición venezolana como los principales promotores de dichas medidas económicas."[88]

III. Y así, en ejecución de lo solicitado por quien ejerce la Presidencia de la República, días después, en su sesión del 29 de agosto de 2017, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente acordó según informó la prensa, "**iniciar conjuntamente con los órganos competentes un juicio histórico por traición a la patria contra los que estén incursos en la promoción de estas inmorales acciones contra los intereses del pueblo venezolano,**" **a cuyo efecto** aprobó "un Decreto contra el Bloqueo Financiero y en Defensa del Pueblo Venezolano," mediante el cual "**condenó lo que se llamó un "bloqueo financiero contra el pueblo,"** y declaró oficialmente, como se ha dicho, "**como traidores a la patria a los actores políticos nacionales de marcado carácter anti-venezolano que han promovido la agresión económica y la intervención contra la República Bolivariana de Venezuela.**"[89]

La decisión adoptada apareció publicada días después cuando circuló, en la *Gaceta Oficial* Nº 41.224 de 29 de agosto de 2017, en la cual se incluyó el texto del "Decreto Constituyente contra el bloqueo financiero del Gobierno de los Estados Unidos de América contra el Pueblo Venezolano."

Respecto del decreto, lo primero que debe destacarse es el uso, por primera vez, del calificativo de "constituyente" para calificar el decreto en cuestión. Por otra parte, el decreto lo dictó la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, supuestamente "en ejercicio de su poder originario emanado del mandato conferido por el Pueblo Soberano de Venezuela el 30 de julio de 2017," cuando ello es falso, pues es bien sabido que no sólo el pueblo no fue el que convocó a dicha fraudulenta Asamblea como lo exigía el artículo 347 de la Constitución,

---

87 Véase el texto: "Statement by the Press Secretary on New Financial Sanctions on Venezuela," 25 agosto de 2017, en https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/08/25/statement-press-secretary-new-financial-sanctions-venezuela

88 Véase la reseña "Maduro solicita al TSJ y Constituyente iniciar "juicio histórico por traición a la patria," en NTN24, 25 agosto de agosto de 2017, en http://www.ntn24america.com/noticia/maduro-solicita-al-TSJ-y-constituyente-iniciar-juicio-histórico-por-traición-a-la-patria-150641

89 Véase la reseña: "La Asamblea Constituyente venezolana comenzó a perseguir por decreto a los "traidores a la patria" Entre los objetivos de la dictadura chavista destacan los dirigentes de la oposición, pero no faltan disidentes del oficialismo como el ex ministro del Interior Miguel Rodríguez Torres o la ex fiscal general Luisa Ortega Díaz," en Infobae, 29 de agosto de 2017, en http://www.infobae.com/america/venezuela/2017/08/29/la-asamblea-constituyente-venezolana-comenzo-a-perseguir-por-decreto-a-los-traidores-a-la-patria/

sino porque en la ilegítima "elección" de los "constituyentes" el día 30 de julio de 2017 no hubo conferimiento alguno a la fraudulenta Asamblea de poder originario alguno, que solo reside en el pueblo en forma intransferible.

El decreto, estuvo motivado, entre otros factores, en el hecho de que el Presidente de los Estados Unidos de América, Donald Trump, había dictado el 25 de agosto de 2017 una "Orden Ejecutiva imponiendo un bloqueo económico y financiero contra el Pueblo Soberano de la República Bolivariana de Venezuela, a través de ilícitas e ilegítimas sanciones, en extensión y aplicación de la Orden Ejecutiva de Barack Obama que considera a Venezuela "una amenaza inusual y extraordinaria a la seguridad nacional de los EE.UU y a su política exterior"; y que supuestamente "la oposición reunida en la autodenominada Mesa de la Unidad Democrática (MUD), junto a otros factores políticos nacionales de profundo carácter antivenezolano, ha trabajado de manera sostenida para labrar estas inmorales e ilegales sanciones del gobierno de los Estados Unidos de América, al punto de expresar a través de un comunicado infame y sin precedente en la historia política venezolana, su respaldo a las acciones adoptadas contra el Pueblo Soberano de Venezuela, en clara contravención del deber constitucional de honrar y defender la Patria."

Con base en ello, la fraudulenta Asamblea, además de "repudiar y condenar categóricamente" la antes mencionada Orden Ejecutiva del Presidente de los Estados Unidos de América," decidió proceder a:

> "iniciar conjuntamente con los órganos del Estado competentes un juicio histórico por traición a la Patria contra los que estén incursos en la promoción de estas inmorales acciones contra los intereses del Pueblo Soberano."

Y a renglón seguido, la fraudulenta Asamblea, pura y simplemente decidió en el punto tercero del Acuerdo, sin juicio ni proceso:

> "Declarar como traidores a la Patria a los actores políticos nacionales de marcado carácter anti-venezolano que han promovido la agresión económica e intervención contra la República Bolivariana de Venezuela y solicitar a los órganos competentes el inicio inmediato de las investigaciones y procesos respectivos para determinar la responsabilidad y sanciones correspondientes."

O sea, que el órgano que se ha autoproclamado inconstitucionalmente como soberano, supraconstitucional, absoluto, con supuesto poder originario, con su decreto, ya decidió y ya condenó por el delito "traición a la patria" a los que identificó como los "actores políticos nacionales" que supuestamente promovieron "la agresión económica e intervención contra la República" quedando en realidad solo pendiente "determinar quiénes son, es decir, identificar dichos "actores políticos" sin que puedan en forma alguna defenderse ni argumentar, pues ya fueron declarados por un órgano supuestamente "supraconstitucional" como "traidores a la patria."[90]

IV. Ante esta decisión de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, en fecha 31 de agosto de 2017, emitió un Comunicado dirigido "a los Parlamentos y Gobiernos del mundo" denunciando que:

> "A través de una irrita y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, que ha sido desconocida y repudiada por toda la comunidad internacional, el régimen de Maduro pretende declarar como "traidores a la patria" a los diputados de la Asamblea Nacional legitima y electa por 14 millones de venezolanos, con el único propósito de proteger sus intereses económicos y de perpetuación en el poder.

---

90 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 41.224 de 29 de agosto de 2017.

> La acusación de "traición a la patria", que en boca de la oligarquía que hoy somete a Venezuela en realidad quiere decir "traición a los oscuros intereses económicos de la dictadura", es la respuesta desesperada de Maduro a la exigencia permanente de la Asamblea Nacional que se respete la Constitución Nacional y se evite así el remate irresponsable de los activos del país por parte de la tiranía. Hay que recordar que ha sido la Asamblea Nacional quien ha solicitado que ninguna nación apruebe compromisos ilegales, operaciones financieras o contratos de interés nacional con el gobierno, sin que hayan sido aprobadas por el único órgano constitucional legitimo para autorizarlas, como lo es la precisamente la Asamblea Nacional. Este es el "delito" de "traición" que molesta a Maduro, pues es un obstáculo para sus planes de continuar apropiándose de las riquezas del país, financiar la represión contra el pueblo y la permanencia de la dictadura, a pesar del rechazo mayoritario del país y del mundo.
>
> Las acusaciones y amenazas de llevar a juicio a los parlamentarios de la Asamblea Nacional, no son acciones contra individualidades aisladas, sino que constituye un nuevo y auténtico *apartheid* que busca criminalizar a la oposición venezolana y a la resistencia democrática toda. No es una medida sólo contra líderes políticos, sino contra la institución del Parlamento nacional y contra todo un país que reclama cambio.
>
> Esto forma parte de la estrategia de represión y violencia que desarrolla Maduro a través de su fraudulenta "asamblea constituyente". Para los venezolanos, los traidores a la patria son aquellos que han utilizado el dinero público para enriquecerse sacrificando las necesidades de la gente, y pretenden seguir haciéndolo.
>
> La dolorosa crisis que vive el pueblo venezolano es responsabilidad exclusiva de Maduro. Es él y su gobierno quienes han traicionado a los venezolanos condenándolos a una escasez crónica e insoportable de alimentos y medicinas, entregando al país al hampa y a la delincuencia, imponiendo una política económica de multiplicación de la pobreza, traicionando la soberanía nacional a cambio de la sumisión al régimen cubano, cerrando todos los espacios de solución política a la crisis y violando sin rubor la Constitución Nacional para eternizarse en el poder. Hoy, la Venezuela de Maduro es el país con la mayor inflación del planeta, el decrecimiento económico más severo de la región, la escasez de alimentos y medicinas más aguda de América Latina, la tasa de homicidios más alta del mundo, y la nación más pobre en términos de ingreso de todo el continente, con un escandaloso 82% de familias por debajo de la línea de pobreza, y 53% de su población en situación de pobreza extrema." […]
>
> La dictadura de Maduro no sólo es masivamente empobrecedora sino estructuralmente injusta. Además de cruel máquina de fabricar pobres, es un instrumento de generación acelerada de injusticia y desigualdad. Y la base de esta perversa dinámica está en la posibilidad del alto gobierno de aprovecharse indebidamente de recursos públicos que son de todos los venezolanos, y de hacer negocios con contratos de interés nacional y con el remate sin control de activos y riquezas del país. A ello se opone la Asamblea Nacional, exigiendo se respete la Constitución y alertando al mundo sobre estos delitos, y por ello se le acusa de "traición", con las consabidas amenazas de juicio y privación de libertad."[91]

A lo anterior habría que agregar que, si de "traidores" a la patria se trata, a quienes habría que enjuiciar es a quienes, desde el gobierno, durante los últimos dieciocho años le han entregado el país a Cuba, lo han hipotecado a Rusia y han permitido que China tome posesión de buena parte de la faja petrolífera del Orinoco y su producción futura.

En todo caso, ante la decisión de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente de enjuiciar a los diputados a la Asamblea Nacional por traición a la patria, el Consultor Jurídico de la Asamblea Nacional, profesor Jesús María Casal, expresó que la misma "forma parte de un esquema de persecución en contra de la oposición que, en tal caso, profundiza la ruptura del orden constitucional," explicando que "el procedimiento para allanar la inmunidad parla-

---

[91] Véase el texto del Comunicado en http://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/_la-asamblea-nacional-a-los-parlamentos-y-gobiernos-del-mundo

mentaria a un diputado debería ser a través de un fiscal independiente, que solicite la investigación ante un tribunal autónomo y luego sea remitido a la Asamblea Nacional pero, a su parecer, este no es el caso de la solicitud que aprobó ayer la ANC," considerando que "al dirigirse al Ministerio Público subordinado por el gobierno, ese fiscal va a proceder a hacer lo que ellos le dirigieron sin ninguna autonomía."[92]

Por su parte, el Departamento de Estado del gobierno de los Estados Unidos, mediante Comunicado emitido el 30 de agosto de 2017, condenó "el llamamiento de la ilegítima Asamblea Constituyente de Venezuela para los juicios a la oposición política, incluidos los miembros de la legislatura democráticamente elegida, por cargos de traición y presunta participación en la crisis económica de Venezuela. La situación económica de Venezuela es el resultado de las políticas equivocadas y la corrupción del régimen de Maduro, que es responsable directamente del sufrimiento del pueblo venezolano," agregando que:

> "Esta injusticia es sólo la última de un esfuerzo sostenido del régimen de Maduro para socavar la democracia, reprimir la disidencia política y sembrar el miedo entre sus críticos. Encarna otra ruptura en el orden constitucional de Venezuela y desafía el hecho de que en las democracias, las ideas y opiniones no son delitos."[93]

V. **Por otra parte, debe destacarse que, en su decreto, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, según informó la prensa, había o**rdenado "al Ministerio Público y al Tribunal Supremo de Justicia […] iniciar un "juicio histórico" contra los dirigentes de la oposición que habrían "alentado la adopción de ese tipo de medidas desde Washington," conforme a lo solicitado por "el propio presidente, Nicolás Maduro, a la Constituyente" de "procesar a varios diputados del parlamento de mayoría bajo la presunción de haber cometido el delito de traición a la patria."[94]

Y así fue cómo, aún sin conocerse el texto del Acuerdo, el cual, si bien se anunció como publicado en la *Gaceta Oficial* Nº 41.224 de 29 de agosto de 2017, la misma solo circuló días después, en la página web del Tribunal Supremo de Justicia el día 30 de agosto de 2017 se anunció que quien ejerce como presidente del Tribunal Supremo de Justicia, en forma muy diligente, se había pronunciado

> "sobre la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente de iniciar una investigación contra dirigentes políticos por el delito de Traición a la Patria. Al respecto, indicó que la Asamblea Nacional Constituyente con su carácter supraconstitucional y el Poder Originario que le ha concedido el pueblo venezolano, está facultada para dirigir cualquier tipo de acciones en resguardo de la soberanía, la seguridad y la integridad territorial y económica del país."

---

92 Véase en Ayatola Nuñez: "Es nulo el juicio de la ANC contra diputados y profundiza persecución," El Nacional, 31 de agosto de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/nulo-juicio-anc-contra-diputados-profundiza-persecucion_201373

93 Véase el texto del Comunicado en la reseña de Ayatola Nuñez: "Es nulo el juicio de la ANC contra diputados y profundiza persecución," El Nacional, 31 de agosto de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/nulo-juicio-anc-contra-diputados-profundiza-persecucion_201373. Véase igualmente: "EEUU: rechaza juicios de la "ilegítima Asamblea Constituyente" contra delito de traición a la patria," en Eljojoto, 30 de agosto de 2017, en http://www.eljojoto.net/2017/08/31/eeuu-rechaza-juicios-de-la-ilegitima-asamblea-constituyente-contra-delito-de-traicion-a-la-patria/

94 Véase la reseña "La Constituyente chavista aprueba procesar a dirigentes de la oposición por traición a la patria. La nueva Asamblea ha concentrado su atención en ajustar cuentas con los líderes opositores al régimen," en El País, 30 de agosto de 2017, en https://elpais.com/internacional/2017/08/30/america/1504059277_909903.html

Con esta declaración, el presidente del Tribunal Supremo quien comanda la dictadura judicial al demostrar el grado de sumisión de dicho órgano judicial ante la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, poniéndose a su disposición para iniciar la persecución anunciada contra los dirigentes políticos de oposición, sin tener competencia alguna para ello, prejuzgó, primero, sobre el supuesto carácter de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente como órgano "supraconstitucional;" y segundo, sobre el supuesto "Poder originario que le ha concedido el pueblo venezolano" todo lo cual es falso, es decir, es una mentira.

Primero, conforme se ha argumentado anteriormente,[95] porque en la estructura constitucional del Estado en Venezuela, no hay ni puede haber ningún órgano que pueda ser considerado "supraconstitucional," Es decir, que esté por encima de la Constitución.

La Constitución en Venezuela es la Ley suprema como lo indica el artículo 7 de su propio texto, por lo que ningún órgano regulado en la misma, como es el caso de una Asamblea Nacional Constituyente, aun convocada y electa correctamente, que está prevista en el artículo 347 de la Constitución, puede llegar a tener el carácter de órgano supraconstitucional.[96] Al contrario es un órgano que sólo puede funcionar sometido a la Constitución conforme a la cual debe ser electa.

Segundo, como también se ha argumentado, de acuerdo a la misma norma constitucional del artículo 347 de la Constitución, sólo el pueblo es depositario del poder constituyente originario, el cual, como la soberanía (art. 5) es intransferible, por lo cual ni siquiera cundo una Asamblea Nacional Constituyente es convocada y electa conforme a la Constitución, puede afirmarse que el pueblo le "conceda", transfiera o traslade a la misma su poder constituyente originario.

Según el Comunicado de prensa, el Presidente del Tribunal Supremo agregó que "solo haciendo valer el derecho y las leyes, podemos dar con los responsables de las […] macabras gestiones de algunos actores para bloquear económicamente al país, con el único argumento de querer salir por las vías de facto de los poderes democráticos y soberanos del país," precisando que en el Tribunal Supremo solo se esperaba "que la Asamblea Nacional Constituyente formalice la solicitud ante el Tribunal Supremo de Justicia, como resultado de su decisión soberana," para iniciar las acciones de persecución."[97]

Es decir, con estas declaraciones, para quien ejerce la presidencia del Tribunal Supremo, convertido en una especie de comisario político, el derecho y garantía de la presunción de inocencia y a ser juzgado por un tribunal competente e imparcial previstos en el artículo 49 de la Constitución, quedaron definitivamente enterrados, y los señalados por quien ejerce la Presidencia de la República y por la fraudulenta Asamblea Nacional, puede decirse que ya fueron condenados, sin proceso alguno.

---

95 Véase Brewer-Carías, Allan R. "La Gran Mentira: la Asamblea Nacional Constituyente ni es soberana, ni es depositaria del poder constituyente originario, ni es reconocida globalmente," 8 de agosto de 2017, en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/171.-doc.-La-Gran-mentira.-ANC-no-es-soberana..pdf

96 Sobre esta manipulación ideológica, véase lo que advertí desde el inicio en Brewer-Carías, Allan R. "El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999," en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 31-56

97 Véase "Tribunal Supremo de Justicia se pone a la orden de la ANC para dar con los responsables de los delitos de traición a la patria," 30 de agosto de 2017, en http://www.tsj.gob.ve/-/tribunal-supremo-de-justicia-se-pone-a-la-orden-de-la-anc-para-dar-con-los-responsables-de-los-delitos-de-traicion-a-la-patria

VI. Por su parte, e igualmente sin conocer el propio texto del Decreto adoptado por la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, quien ejerce inconstitucional e ilegalmente de Fiscal General de la República, anunció el día 31 de agosto de 2017 "la designación de dos fiscales para investigar a los "traidores a la patria" que respaldaron las sanciones económicas de Estados Unidos" contra Venezuela, explicando que "la investigación se centrará en quienes hicieron un "escandaloso llamado a intervención militar, no solo a bloqueo económico."[98]

Es decir, el Ministerio Público, renunciando a su función de investigación para preparar, de ser procedente, alguna acusación, ya dijo y resolvió de antemano, y dio por aceptado que ya hay una condena por parte de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, y que lo que faltaría sería solamente "identificar" a los ya declarados culpables; todo en violación abierta a la garantía del debido proceso establecida en el artículo 49 de la Constitución

En definitiva, ante estas actuaciones, estamos en presencia de una condena penal pronunciada contra unos ciudadanos por el delito de traición a la patria, por la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, usurpado la función del Poder Judicial y además, sin juicio ni proceso, sin garantías del debido proceso, quedando los órganos competentes" del Estado solo para cumplir ciegamente lo ya resuelto, "identificando" a los ya condenados.[99]

4/9 de septiembre de 2017

Octava Crónica: LA INCONSTITUCIONAL SUBORDINACIÓN DE LOS GOBERNADORES DE ESTADO ELECTOS A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE*

Durante todo el proceso electoral para la elección de gobernadores desarrollado entre agosto y octubre de 2017, desde la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente y desde la presidencia de la República se formuló reiterada y públicamente la amenaza de que los gobernadores de Estado que pudieran resultar finalmente electos, para poder ejercer sus funciones, debían previamente "reconocer" a la Asamblea Constituyente como poder supremo y originario, o de lo contrario no podrían ejercer sus cargos.[100]

---

98 Véase la reseña: "Ministerio Público venezolano designa fiscales para investigar a 'traidores'," en La Vanguardia, EFE 30 de agosto de 2017, en http://www.lavanguardia.com/politica/20170831/43942561546/ministerio-publico-venezolano-designa-fiscales-para-investigar-a-traidores.html

99 Queda pendiente en todo caso, lo que pueda resolver la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente luego de la gira por países europeos durante la primera semana de septiembre de 2017 del Presidente y vicepresidente de la Asamblea Nacional, donde se reunieron con los jefes de Estado o de gobierno de Francia, España y Alemania, los cuales reconocieron la legitimidad democrática de la Asamblea Nacional y a la vez desconocieron a la Asamblea Nacional Constituyente

* Véase Brewer-Carías, Allan R. "Crónica constitucional de un gran fraude y de una gran burla: las elecciones de gobernadores, el "dilema diabólico" que la oposición no supo resolver unida ni por unanimidad, y la humillante subordinación ante la fraudulenta Asamblea Constituyente," 24 octubre 2017, en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/10/179.-doc.-Brewer.-Cr%C3%B3nica-constitucional-de-Gran-Fraude-y-Gran-Burla.-elecci%C3%B3n-Gobernad.-24-10-2017.pdf

100 Véase la reseña, "Maduro: Gobernadores electos deberán subordinarse ante la ANC. El jefe de Estado amenazó con la destitución a los candidatos a las regionales," en El nacional, 7 de septiembre de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/gobierno/maduro-gobernadores-electos-deberan-subordinarse-ante-anc_202572. Véase igualmente: la reseña de Elio Bolívar," ¡O no ejercerá! Maduro: Todo gobernador electo tiene que subordinarse a la ANC," en www.noticiasvi-deos1, 11 de octubre de 2017, en https://noticiasvideos1.com/no-ejercera-maduro-gobernador-electo-subordinarse-la-anc/

La orden quiso cumplirse de inmediato, de manera que al día siguiente de la realización de las elecciones, la Presidenta de la fraudulenta Asamblea Constituyente anunció que al siguiente día, 17 de octubre de 2017 sería el acto de juramentación ante la Asamblea Constituyente de todos los gobernadores de Estado electos,[101] sin lo cual, se anunció no podrían tomar posesión de sus cargos.

El espectáculo no se realizó el día anunciado, sino al siguiente 18 de octubre de 2017, quedando todo el "espectáculo" materializado en un "decreto" constituyente completamente inconstitucional mediante el cual, por lo que se refiere a los gobernadores que se negaron a acudir a "subordinarse" ante la Asamblea Nacional, se desconoció la voluntad popular de los electores que en cada Estado los había electo.

La Constitución de 1999, en efecto, establece sobre el régimen de los Estados, que es de la "competencia exclusiva" de los mismos "dictar su Constitución para organizar los poderes públicos, de conformidad con lo dispuesto en esta Constitución" (art. 164.1), estableciéndose en consecuencia en todas las Constituciones estadales que los gobernadores, una vez electos, para tomar posesión de sus cargos, deben juramentarse ante el respectivo Consejo Legislativo de los Estados.[102]

Todo ello fue pateado por la Asamblea Constituyente, la cual el 18 de octubre no sólo procedió a juramentar a los 18 gobernadores que habían sido proclamados electos de las filas de los candidatos del gobierno, sino que impuso que aquellos electos de candidatos de la oposición, no podrían ser juramentados ante los Consejos Legislativos de los Estados, y por tanto, a pesar del voto popular que los eligió, no podrían ejercer el mandato que el pueblo les dio, salvo que se subordinaran y sometieran a la Asamblea Constituyente.

Todo ello apareció publicado en la *Gaceta Oficial* Nº 41259 del día 18 de octubre de 2017, la cual, por supuesto solo fue conocida el 19 de octubre, en la cual, la Asamblea Nacional Constituyente resolvió que:

> *Primero*: "se declaran juramentados ante esta soberana Asamblea Nacional Constituyente" los gobernadores de los siguientes 18 Estados Amazonas, Apure, Aragua, Barinas, Bolívar, Carabobo, Cojedes, Delta Amacuro, Falcón, Guárico, Lara, Miranda, Monagas, Portuguesa, Sucre, Trujillo, Vargas, y Yaracuy.
>
> *Segundo*: "Se ordena a los Consejos Legislativos como voceros de la población del estado en cada uno de sus ámbitos político territoriales, proceder a la juramentación de cada gobernadora o gobernador electo antes de ocupar el cargo, de conformidad con la Constitución vigente de cada estado. En dichos actos estarán acompañados por las y los Constituyentes de cada estado.
>
> *Tercero*: Se prohibió a los Consejos Legislativos "juramentar a aquellos gobernadores proclamados que no hayan prestado juramento previo ante esta Asamblea Nacional Constituyente."

Esto último implicó, en consecuencia, que los gobernadores de Estado que fueron electos en los Estados Anzoátegui, Nueva Esparta, Táchira, Mérida y Zulia y que no acudieron a subordinarse ante la Asamblea Constituyente y a regalarle la autonomía que garantiza la Constitución (art. 159), no pudieron tomar posesión de sus cargos, constituyendo el acto "constituyente" de la Asamblea una usurpación y fraude a la voluntad del pueblo expresada en dichos Estados.

---

101 Véase la reseña, "Este martes la ANC cubana juramentará a candidatos electos en regionales", en LaPlatilla.com, 16 de octubre de 2017, en https://www.lapatilla.com/site/2017/10/16/este-martes-la-anc-cubana-juramentara-a-candidatos-electos-en-regionales//

102 Conforme a la orientación que se había establecido en la Ley de Elección y remoción de Gobernadores de Estado de 1989, en Gaceta Oficial, Nº 4086 Extra de 14 de abril de 1989 (art. 12)

En todo caso, como en dichos Estados, a falta de Gobernador electo que pudiera ejercer sus funciones, el gobernador no electo popularmente que sería "aceptado" por la Asamblea Nacional Constituyente sería el que designasen los respectivos Consejos Legislativos de las entidades, que el gobierno controla, en la misma *Gaceta Oficial*, aparecieron publicadas sendas Resoluciones de la misma fecha, emitidas por el "Ministro del Poder Popular del Interior, de Justicia y Paz" quitándole a dichos Estados sus competencias exclusivas en materia de policía (art. 164.6, Constitución), para lo cual se decretó la "intervención" de los Cuerpos de Policía de los mismos, designando una Junta de Intervención para cada Cuerpo de Policía.

Así, en una misma *Gaceta Oficial*, la Asamblea Constituyente de un plumazo vació al pueblo de dichos Estados de su poder exclusivo para elegir gobernadores libremente; y el Poder Ejecutivo vació a los Estados de sus competencias exclusivas en materia de policía.

Antes, incluso, para minar el ejercicio de sus funciones a los gobernadores de oposición que hubieran podido llegar a tomar posesión de sus cargos, el Ejecutivo Nacional amenazó con nombrar funcionarios nacionales en los Estados que asumieran el control de todos los órganos periféricos de las Administraciones de los Estados, como se anunció incluso en el Estado Táchira, lo que llevó a la Conferencia Episcopal de Venezuela a denunciar que:

> "La decisión de crear nuevas autoridades, quitando competencias a los gobernadores electos de aquellos Estados que no favorecieron electoralmente al oficialismo, son un claro desconocimiento y una burla a la voluntad popular en la cual reside la legitimidad de cualquier elección."[103]

En todo caso, para adoptar la decisión antes mencionada exigiendo la sumisión y subordinación de los Gobernadores de Estado ante la Asamblea Constituyente, lo que atenta contra la autonomía de los Estados que garantiza la Constitución, la misma, por supuesto, no tenía competencia alguna.

Sin embargo, en los considerandos del "acto constituyente" se hizo mención a lo siguiente:

Primero, que la Asamblea dictaba la decisión "en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 347, 348 y 349 de la Constitución," que nada indican sobre la misma, y supuestamente basada en el "mandato otorgado el treinta de julio de dos mil diecisiete en elecciones democráticas, libres, universales, directas y secretas por el pueblo venezolano como depositario del poder originario;" cuando ese día el pueblo no otorgó mandato alguno a la Asamblea Constituyente, ni la elección de los constituyentes fue democrática, libre, universal, directa y secreta; y además, lo que supuestamente hizo fue elegir a unos constituyentes conforme a unas "bases comiciales" que el pueblo nunca aprobó mediante referendo.

Segundo, que supuestamente "todos los órganos del Poder Público se encuentran subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente," lo que no es cierto, pues ello solo lo ha dicho y se lo ha auto-atribuido en el Estatuto de Funcionamiento que ella misma se aprobó, no siendo la Asamblea, en forma alguna, como afirmó, "expresión del Poder Originario del Pueblo venezolano," el cual nunca se expresó mediante referendo sobre la misma.

---

103 Véase "Comunicado de la Conferencia Episcopal Venezolana con motivo de las Elecciones regionales," 19 de octubre de 2017, en http://www.cev.org.ve/index.php/noticias/266-comunicado-de-la-conferencia-episcopal-venezolana-con-motivo-de-las-elecciones-regionales

Tercero, "que la Asamblea Nacional Constituyente se encuentra facultada para adoptar medidas sobre las competencias, funcionamiento y organización de los órganos del Poder Público," lo cual es falso pues los Poderes Constituidos solo están sometidos a la Constitución que es la que establece sus competencias y regula su funcionamiento y organización.

En verdad, el "circo" de sumisión de los Gobernadores de Estado ante la Asamblea Constituyente, se realizó, como la Asamblea lo expresó en los "Considerandos" del decreto, porque los "gobernadores" de los 18 Estados juramentados, acudieron sumisos ante la Asamblea a "manifestar su disposición *a subordinarse* a esta soberana Asamblea Nacional Constituyente."

Con ello, de nuevo, la Asamblea no sólo usurpó la "soberanía" que solo la tiene el pueblo, sino que usurpó la voluntad popular al impedir que los gobernadores que no acudieron a "subordinarse" ante la "soberana" Asamblea pudieran ejercer el mandato que el pueblo les dio.[104]

Como lo resumió el 20 de octubre de 2017, el ex alcalde Ramón Muchacho, en definitiva:

> "el régimen no se robó 18 gobernaciones, se las robó todas! Unas por el fraude cometido antes de la elección (la mayoría). Otras por el fraude cometido antes y después de la votación (Bolívar). Y otras por la pretensión de que nuestros gobernadores electos se juramenten ante la "prostituyente" (Zulia, Mérida, Táchira, Anzoátegui y Nueva Esparta). Estos últimos casos son aún más graves que los del fraude electoral, porque se trata de gobernadores legítimamente electos por el pueblo soberano, cuyas victorias fueron reconocidas por el oficialismo y certificadas por el CNE."[105]

Frente a todo lo anterior, por lo pronto, y ante el rechazo de los gobernadores electos como candidatos de la oposición, de subordinarse ante la Asamblea Constituyente, lo que correspondía era que la Asamblea Nacional procediera a "*velar por los intereses y autonomía de los Estados,*" como se lo imponía el artículo 187.16 de la Constitución, procediendo incluso ante la abstención de los Consejos Legislativos a juramentar a los Gobernadores electos. Ante el masivo ataque a la autonomía de los Estados por parte de la Asamblea Constituyente y del Poder Ejecutivo, la Asamblea Nacional debió entonces asumir esta responsabilidad, pudiendo haber sido esa la primera vez en la historia constitucional del país en la cual dicha competencia constitucional de velar por la autonomía de los Estados se ejercería.

Como lo analizó Froilán Barrios Nieves, Secretario General del Movimiento Laborista y Secretario Ejecutivo de la CTV:

> "es partir de nuestra victoria más inmediata como lo fue la elección de la Asamblea Nacional el 6 de diciembre de-2015, que quien tiene según la todavía vigente CRBV en el artículo 187, numeral 16 la atribución de "Velar por los intereses y la autonomía de los Estados," debe ejercer la competencia para proclamar y juramentar los gobernadores, ante la omisión del poder electoral y los consejos legislativos por estar condicionados absolutamente a la dictadura. Se trata de que la Asamblea Nacional asuma por analogía una competencia a la que han renunciado por entreguistas los poderes ya mencionados, esta decisión de la Asamblea Nacional es política, va más allá de lo jurídico.

---

104 Por ello, por ejemplo, el portavoz del gobierno de los Estados Unidos Heather Nauert expresó el 19 de octubre de 2017, que: "Estados Unidos condena la última acción antidemocrática del gobierno venezolano: exigir que los gobernadores recién elegidos se sometan a la ilegítima Asamblea Constituyente para asumir el cargo. El uso de esta institución ilegítima y paralela para tomar el control de autoridades constitucionales del país es alarmante", indicó el Departamento de Estado en un comunicado." Véase en Diario El Comercio, 19 de octubre de 2017, en https://www.elcomercio.com/actualidad/estadosunidos-condena-nicolasmaduro-subordinacion-gobernadores. html

105 Véase en La Ceiba, 20 de octubre de 2017.

> Esta decisión sería un desafío a la dictadura, que se hundiría más en el fango de sus barbaridades, ante el mundo entero y posibilitaría aún más la intervención de la comunidad internacional para restaurar la democracia."[106]

Pero no ocurrió así; la Asamblea no tomó decisión alguna de protección de la autonomía de los Estados, y el fraude posterior, aún más grave, se consumó el 23 de octubre de 2017, cuando los Gobernadores de los Estados Táchira, Mérida, Anzoátegui y Nueva Esparta, electos como candidatos de la oposición, sucumbieron ante las presiones del régimen,[107] y procedieron a juramentarse y subordinarse ante la directiva de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente.[108] Pero por supuesto, no para gobernar, sino para recibir como "premio" el haber sido rebajados a la condición de "incapaces" o "monigotes" sometidos a la "tutela" de unos nuevos funcionarios nombrados unas horas más tarde por el Presidente de la República, denominados "protectores" de los Estados, colocados por supuesto por encima de cada uno de esos gobernadores que se subordinaron ante la Asamblea Constituyente. Los mismos, de entrada, tendrán a su cargo el manejo de la Policía de dichos Estados que fue intervenida, como antes se dijo, así como la conducción de todas las otras agencias, iniciativas y entidades de importancia localizadas en los Estados, para lo cual serán los grandes distribuidores de los recursos que provengan del Poder central que son todos.

No solo se trató de algo inédito en la historia del Estado y la Administración Pública, pues dicho cargo nunca ha existido, sino de una burla a la propia humillación, de tal naturaleza, que los nombramientos de los nuevos protectores recayeron, nada más ni nada menos, que en "los candidatos oficialistas que no resultaron ganadores durante las pasadas elecciones regionales," es decir, como lo reseño la prensa: "Francisco Arias Cárdenas pasa a ser el protector del estado Zulia; Jehyson Guzmán, de Mérida; Carlos Mata Figueroa, en Nueva Esparta; y Aristóbulo Istúriz, de Anzoátegui," para –dijo el Presidente– "seguir atendiendo al pueblo y no dejarlo desamparado."[109] Es decir, los exgobernadores de los Estados que perdieron la elección, seguirán siendo los "gobernadores" efectivos de hecho, por encima de unos gobernadores juramentados de papel

Todo esto, además de significar la consolidación de un Gran Fraude, también se configuró como una Gran Burla tanto a la voluntad popular como a los propios gobernadores que cayeron en la trampa de haber creído que, con su subordinación ante la Asamblea Constituyente, podrían haber sido "gobernadores" de verdad.

---

106 Véase en biendateado.com, 20 de octubre de 2017, http://biendateao.com/froilan-barrios-si-gobernadores-electos-se-subordinan-a-la-anc-entregaran-el-pais-a-la-dictadura/

107 El mismo día de su "juramentación" ante la Asamblea Constituyente, la "gobernadora" del Estado Táchira declaró a la prensa: "Fue una decisión que tomamos con respaldo de sectores sociales de nuestra región, que saben y conocen de qué manera actúa este régimen" […] "Sostuvo que de no hacerlo, la opción era abandonar el país y gobernar desde el exilio y destacó que legalmente no reconoce la Constituyente." "Hice un acto político. Existió una humillación, (la subordinación) no fue mi consentimiento voluntario y por eso, en lo jurídico, no reconozco a la AN." Véase en la reseña: "Laidy Gómez dice que el Gobierno la amenazó con correr la misma suerte de Daniel Ceballos," en NTN24, 24 de octubre de 2017, en http://www.ntn24america.com/noticia/laidy-gomez-dice-que-el-gobierno-la-amenazo-con-correr-la-misma-suerte-de-daniel-ceballos-155963

108 Véase la reseña "Gobernadores electos de AD se juramentaron ante la ANC," en El Nacional, 23 de octubre de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/gobernadores-electos-juramentaron-ante-anc_208966

109 Véase la reseña "Maduro designó protectores en gobernaciones de oposición. Los candidatos del PSUV serán protectores de Zulia, Mérida, Nueva Esparta y Anzoátegui, entidades gobernadas por representantes de la Mesa de la Unidad Democrática," en Primicia, 23 de octubre de 2017, en http://www.primicia.com.ve/maduro-designo-protectores-en-gobernaciones-de-oposicion/

LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS VENEZOLANOS POR EL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL COMETIDAS EN EL MARCO DE LAS ELECCIONES REGIONALES 2017

José Ignacio Hernández G.
Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: *Las elecciones de gobernadores de octubre de 2017 se vieron afectadas por diferentes violaciones de los derechos políticos de los venezolanos, causados por las medidas arbitrarias adoptadas por el Consejo Nacional Electoral. Esas violaciones demostraron la falta de integridad electoral en Venezuela.*

Palabras Clave: *Integridad electoral, Derecho electoral, derechos políticos*.

Abstract: *The governorship elections of October 2017 were affected different violations of political rights, due to the arbitrary measures adopted by the National Electoral Council. Those violations demonstrated the lack of electoral integrity in Venezuela.*

Key words*: Electoral integrity, electoral law, political rights*.

INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con los artículos 160 y 162 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el período de las autoridades regionales (Gobernadores y Diputados a la Asamblea Legislativa) es de cuatro años. Por ello, tales elecciones han debido ser convocadas para el 2016, pues en 2012 se efectuó la última elección de tales autoridades.

2. No obstante, el Consejo Nacional Electoral (CNE) "difirió" la convocatoria de esas elecciones para el 2017. Luego de sucesivas modificaciones, y con la intromisión de la ilegítima y fraudulenta asamblea nacional constituyente (ANC), el CNE convocó las elecciones de Gobernadores para el 15 de octubre de 2017, difiriendo sin embargo las elecciones de los Diputados de la Asamblea Legislativa para diciembre de ese año.

3. Durante ese procedimiento electoral, el CNE incurrió en diversas violaciones a la Constitución y a la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPRE) y su Reglamento, las cuales han lesionado los derechos políticos de los venezolanos, reconocidos no solo en la Constitución sino además en Tratados y Acuerdos Internacionales, como la Carta Democrática Interamericana.

4. El presente artículos resume las principales violaciones en las que ha incurrido el CNE, en el marco del señalado procedimiento electoral.

I. DEL FRAUDULENTO DIFERIMIENTO DE LAS ELECCIONES REGIONALES

5. Los mandatos de las autoridades regionales, como todo mandato popular, son improrrogables. Esto significa que el mandato conferido con el voto popular no puede ser extendido más allá del lapso por el cual tal mandato fue conferido. Por ello, de conformidad con los artículos 160 y 162 de la Constitución, los mandatos de las autoridades regionales electas en 2012 vencían cuatro años después, o sea, en 2016.

6. Aun cuando la LOPRE no precisa el lapso dentro el cual el CNE debe convocar elecciones, tal convocatoria debe efectuarse *antes* del vencimiento del correspondiente mandato, con lo cual, para el caso de las elecciones regionales, tal convocatoria debió efectuarse en algún momento del año 2016.

7. Sin embargo, el CNE no convocó las elecciones regionales en el 2016. Tal omisión pretendió ser justificada con razones vagas, como por ejemplo, la crisis económica[1]. En octubre de 2016 la Presidenta del CNE se limitó a anunciar que tales elecciones serían a finales del primer semestre de 2017[2].

8. La omisión del CNE en convocar las elecciones regionales en 2016 violó los artículos 160 y 162 de la Constitución, pues de *facto* se prorrogaron los mandatos de tales autoridades. Consecuentemente, se violó el derecho al sufragio de los venezolanos –artículo 63 constitucional– al impedírseles elegir autoridades regionales dentro del término dispuesto por la Constitución.

9. La omisión del CNE en convocar las elecciones regionales dentro del término dispuesto en la Constitución, además, violó el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, pues impidió el derecho a *elecciones periódicas*, o sea, elecciones dentro de los períodos o términos fijados en la Constitución.

II. DEL ARBITRARIO DIFERIMIENTO DE LA ELECCIÓN DE LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS

10. En Resolución N° 176015-139 de 15 de junio de 2017, el CNE decidió convocar, para el 10 de diciembre de 2017, las elecciones de gobernadores y de diputados de las asambleas legislativas, Resolución que además aprobó el cronograma electoral.

11. Sin embargo, en septiembre el CNE decidió modificar esa fecha, fijando el día 15 de octubre para la elección de los gobernadores, sin mencionar nada en relación con la elección de las asambleas legislativas, evento que en principio debía celebrarse el 10 de diciembre[3].

12. La "separación" de las elecciones de Gobernadores y de diputados de la Asamblea Legislativa es una decisión arbitraria, pues teniendo ambas autoridades un mismo período, lo racional es que las elecciones se realicen conjuntamente, lo que además permitiría renovar, en una misma oportunidad, todas las autoridades regionales. Además, tal "separación" violó el mandato expreso de la Ley de Regularización de los Períodos Constitucionales y Legales de

---

1 *Efecto Cocuyo,* 5 de octubre de 2016, en: http://efectococuyo.com/politica/ni-revocatorio-ni-regionales-las-elecciones-no-son-prioridad-para-maduro

2 *BBC*, 16 de octubre de 2016: http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37699764

3 Véase la nota de prensa del CNE: http://www.cne.gov.ve/web/sala_prensa/noticia_detallada.php?id=3564

los Poderes Públicos Estadales y Municipales, que obliga a realizar conjuntamente las elecciones de Gobernadores y de diputados de las asambleas legislativas[4].

13. No solo la suspensión de la elección de los diputados de las Asambleas Legislativas socava el derecho al voto –pues los electores no podrán elegir a esas autoridades– sino que, además, genera una distorsión en el funcionamiento de las autoridades regionales, pues los Gobernadores electos coincidirán con los diputados de las Asambleas cuyos períodos ya se encuentran vencidos.

14. Lo anterior, además, viola el mandato del artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, que exige la existencia de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto. Al separar las elecciones de gobernadores de las elecciones de las asambleas legislativas, modificando el cronograma electoral inicialmente aprobado, el CNE obstaculizó el ejercicio del derecho al sufragio y, por ende, el carácter libre que toda elección debe tener.

III. DE LAS ILEGÍTIMAS INHABILITACIONES POLÍTICAS Y DEL ILEGÍTIMO DESCONOCIMIENTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

15. Como parte de la de persecución política desplegada por el régimen de Nicolás Maduro, distintos dirigentes de la oposición democrática venezolana fueron "inhabilitados" para postularse a cargos de elección popular por la Contraloría General de la República, a pesar que, de acuerdo con la Constitución, solo el Poder Judicial puede privar el ejercicio de derechos políticos. Como resultado de ello, diversos políticos venezolanos de oposición se vieron impedidos de participar en las elecciones regionales[5].

16. Además, el CNE, con el apoyo del TSJ, decidió "inhabilitar" a partidos políticos de la oposición democrática, al exigirles cumplir con un arbitrario trámite de renovación de nóminas. Asimismo, la MUD fue impedida de postular candidatos en ciertos estados, de manera arbitraria e inconstitucional. El resultado de ello fue una reducción importante de las organizaciones políticas de oposición que pudieron postular candidatos[6].

17. Estas actuaciones violaron los derechos políticos de los venezolanos, al restringirse indebidamente el número de organizaciones políticas y candidatos que pudieron participar en las elecciones regionales, en contra de los artículos 61 y 62 de la Constitución de 1999.

18. Asimismo, tales actuaciones violaron el artículo 5 de la Carta Democrática Interamericana, conforme al cual "*el fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia*". El CNE, en realidad, ha obrado en sentido contrario, al debilitar a los partidos políticos.

---

4 El artículo 2.1 de la Ley de Regularización de los Períodos Constitucionales y Legales de los Poderes Públicos Estadales y Municipales dispone que "*el Consejo Nacional Electoral convocará los procesos electorales por tipo de cargo y nivel político territorial, de acuerdo al siguiente esquema: 1. Las elecciones de gobernador o gobernadora y legislador o legisladora de los consejos legislativos de los estados, se convocarán y efectuarán conjuntamente"*.

5 *Efecto Cocuyo,* 8 de agosto de 2017: http://efectococuyo.com/politica/inhabilitaciones-impiden-a-varios-dirigentes-opositores-participar-en-regionales-2017

6 *El Universal,* 8 de agosto de 2017: http://www.eluniversal.com/noticias/politica/cne-prohibe-mud-inscribir-candidatos-regionales-estados_664734

IV. DE LA ILEGÍTIMA INTROMISIÓN DE LA ANC EN LAS ELECCIONES REGIONALES

19. Como vimos, el CNE había fijado la fecha de las elecciones regionales para diciembre de 2017. Sin embargo, la fraudulenta ANC "decidió adelantar" la elección de Gobernadores para octubre[7]. Asimismo, el régimen de Nicolás Maduro advirtió que los nuevos gobernadores tendrían que "juramentarse" ante la ANC, a pesar que tal requisito no está previsto en la vigente Constitución[8].

20. Estas actuaciones solo pueden justificarse ante el propósito de introducir un sesgo político adverso a la realización de esas elecciones. Así, mal puede decirse que la ANC "adelantó" la fecha de unas elecciones que han debido realizarse en 2016. Además, la ANC no solo es un órgano ilegítimo y fraudulento, sino que, además, carece de atribuciones en materia electoral, materia que de acuerdo con la vigente Constitución corresponde al Poder Electoral.

21. Por ello, la intromisión de la ANC solo puede entenderse como una estrategia para sesgar políticamente a las elecciones regionales, desestimulando la participación ciudadana. Es por ello, precisamente, que la ilegítima ANC ha señalado que ejercerá controles sobre las autoridades regionales[9].

22. En resumen, la intromisión de la ANC en las elecciones regionales fue una maniobra orientada a desestimular la participación ciudadana, vulnerando el derecho al sufragio –artículo 62– y además afectando la integridad electoral, en contra del artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.

V. DE LA ARBITRARIA FIJACIÓN DEL LAPSO DE POSTULACIONES

23. De acuerdo con el cronograma electoral modificado, el lapso para la presentación de las postulaciones fue de dos días[10]. Si bien es cierto que ni la LOPRE ni su Reglamento predeterminan el lapso de postulación, el CNE no puede fijar arbitrariamente ese lapso, restringiendo el derecho de participación política –artículo 61 constitucional– que incluye el derecho a optar a cargos de elección popular. Una referencia en este sentido es que el CNE cuenta con cinco días para pronunciarse sobre la admisibilidad de las postulaciones (artículo 61, LOPRE). Es irracional que el lapso para postularse sea inferior al lapso para decidir la admisibilidad de las postulaciones.

24. Además, de haber asumido el CNE una posición favorable al derecho al sufragio, pudo haber ejercido la facultad del artículo 46 de la LOPRE que le permite extender el lapso de postulación, precisamente, para favorecer el ejercicio del derecho a optar a cargos de elección popular.

---

7 *El Nacional,* 13 de agosto de 2017: http://www.el-nacional.com/noticias/politica/anc-adelanto-elecciones-regionales-para-octubre_198536

8 *Tal cual Digital,* 11 de octubre de 2017: http://www.talcualdigital.com/Nota/148575/maduro-aseguro-que-los-gobernadores-electos-deberan-subordinarse-y-juramentarse-ante-constituyente

9 *El Nacional,* 10 de agosto de 2017: http://www.el-nacional.com/noticias/gobierno/cabello-candidatos-las-regionales-deberan-tener-carta-buena-conducta_198012

10 Véase: http://www.cne.gov.ve/web/normativa_electoral/elecciones/2017/regionales/documentos/cronograma_regionales_2017.pdf. En el cronograma original, ese lapso era de cinco días.

VI. MODIFICACIÓN DEL CRONOGRAMA ELECTORAL Y REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES PREPARATORIAS AL MARGEN DEL CRONOGRAMA

25. La ambigüedad con la cual el CNE convocó a las elecciones regionales derivó en modificaciones al cronograma electoral, como ya vimos. Así, inicialmente las elecciones regionales fueron convocadas en la Resolución N° 176015-139 de 15 de junio de 2017. Sobrevenidamente, sin embargo, el CNE optó por modificar esa convocatoria, fijando para octubre las elecciones de gobernadores, separadas de las elecciones de diputados regionales, y dictando un nuevo cronograma.

26. La modificación sobrevenida del cronograma electoral, además de violar el artículo 111 del Reglamento de la LOPRE, afectó la seguridad jurídica del proceso[11], condición indispensable para el cabal ejercicio de los derechos políticos de los venezolanos.

27. Además, el CNE realizó diversas actividades preparatorias a las elecciones regionales antes de la modificación del cronograma electoral, lo que evidencia la arbitraria procedencia del Poder Electoral. Esto es consecuencia de la modificación sobrevenida e ilegal del cronograma electoral, originalmente aprobado mediante Resolución N° 176015-139, pero luego modificado con ocasión a la alteración de la fecha de elección de los gobernadores[12].

VII. DE LA OBSTRUCCIÓN ILEGÍTIMA DEL DERECHO A SUSTITUIR CANDIDATOS

28. De acuerdo con el cronograma electoral sobrevenidamente modificado para las elecciones de gobernadores fijadas para el 15 de octubre, el lapso de postulaciones vencía el 15 de agosto, fijándose apenas un día para la sustitución de postulaciones, lapso que consecuentemente venció el 16 de agosto. En el cronograma original, el lapso de sustitución era de 63 días[13].

29. La drástica reducción del lapso de sustitución supuso una abierta violación al derecho de las organizaciones políticas a sustituir candidatos hasta diez días antes de la elección, expresamente reconocido en el artículo 63 de la LOPRE[14].

30. Tal violación pretendió ser justificada por la Sala Electoral, en sentencia de 5 de octubre de 2017, al señalar que al margen de lo dispuesto en esa norma legal, el CNE podía establecer, a su arbitrio, el lapso de sustitución de postulaciones[15]. No obstante, lo cierto es

---

11 De acuerdo con ese artículo 111, "*una vez convocada una elección, el Consejo Nacional Electoral sólo podrá modificar el Cronograma Electoral respecto a etapas, actos y actuaciones en los cuales no se afecten los derechos de las personas, así como tampoco, los lapsos de los procedimientos establecidos en la Ley y en el presente Reglamento".* El CNE dictó un nuevo cronograma electoral que restringió los lapsos para el ejercicio de derechos políticos, como el lapso de postulación, según vimos, y el lapso de sustituciones de las postulaciones, como analizaremos luego.

12 *Runrunes,* 6 de octubre de 2017: http://runrun.es/rr-es-plus/327541/que-leyes-esta-violando-el-cne-para-las-elecciones-regionales.html

13 Punto 35 del cronograma contenido en la Resolución Nº 176015-139 precitada.

14 De acuerdo con el artículo 162 del Reglamento, "*ninguna Junta Electoral tramitará sustitución o modificación de postulaciones bajo la modalidad nominal que se presente diez (10) días continuos antes del proceso de votación".* Esta norma reglamentaria reitera, así, el límite legal que fue obviado por el CNE.

15 La Sala Constitucional se negó a tutelar el derecho a la sustitución de candidatos, pese a ser una directa manifestación del derecho de participación en asuntos políticos. *Últimas Noticias,* 13 de octubre de 2017: http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/politica/tsj-declaro-inadmisible-amparo-cne/

que de acuerdo con el principio de legalidad, referendo en el artículo 1 de la LOPRE, los lapsos de los procedimientos electorales previstos en la Ley no pueden ser modificados por el CNE[16].

31. Con su actuación, el CNE y el TSJ violaron el derecho de las organizaciones políticas de sustituir candidatos, afectando la certeza y seguridad jurídica de los electores. Ello, debido a que candidatos de la oposición democrática que inicialmente se postularon optaron por declinar al no haber sido favorecidos en las primas internas realizadas. Pese a esto, el CNE impidió la sustitución de aquellos candidatos que declinaron sus postulaciones. Ello solo generó confusión en los electores en cuanto a los candidatos efectivamente postulados, en violación a su derecho al sufragio y participación política, como ha sido denunciado por la comunidad internacional[17].

32. La alteración del lapso de sustitución, al punto de desnaturalizarlo, violó el mandato del artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, pues mal puede considerarse como "libres" las elecciones en las cuales el árbitro electoral obstaculiza el ejercicio de derechos políticos, como es el derecho a sustituir candidatos.

VIII. PRESCINDENCIA DE LA TINTA INDELEBLE

33. El CNE decidió suprimir el uso de la llamada tinta indeleble en las elecciones del 15 de octubre de 2017[18]. Esto violó el artículo 14 del Reglamento de la LOPRE, de acuerdo con el cual, en el procedimiento de votación debe incluir el uso de "*un colorante indeleble la última falange del meñique de la mano derecha o, en su defecto, el de la izquierda, en señal de haber ejercido su derecho*".

34. Además de violar tal norma, esta modificación de las reglas electorales afectó la certeza y seguridad jurídica de las elecciones, en desmedro de los derechos políticos de los venezolanos, y en violación al citado artículo 3 de la Carta.

IX. DE LA ILEGÍTIMA EXCLUSIÓN DE ELECTORES

35. De acuerdo con diversas denuncias[19], el CNE excluyó a electores del registro electoral, a pesar de que de acuerdo con el artículo 40 de la LOPRE, en concordancia con el artículo 32 de su Reglamento, el registro electoral depurado y actualizado es el registro definitivo – e inmodificable- con base en el cual se determinará quiénes pueden ejercer su derecho al voto.

36. Además de violar al citado artículo, esta práctica del CNE impidió ilegítimamente el derecho al sufragio de aquellos electores que fueron excluidos del registro, todo lo cual viola el artículo 3 de la Carta.

---

16 En una tardía nota de prensa, el CNE aclaró que había tramitado sustituciones de candidatos. http://www.cne.gov.ve/web/sala_prensa/noticia_detallada.php?id=3585. Lo que se silencia en esa nota es que, violando la Ley, el CNE limitó a un día el lapso de sustitución, vaciando de contenido el derecho a sustituir candidatos.

17 *El Nacional,* 5 de octubre de 2017: http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/canada-exhorto-cne-realizar-sustitucion-candidatos_206533

18 *El Nacional,* 14 de septiembre de 2017: http://www.el-nacional.com/noticias/politica/rondon-cne-usara-tinta-indeleble-las-regionales_203653

19 Véase *El nacional,* 25 de septiembre de 2017: *http://www.el-nacional.com/noticias/politica/cne-cumplido-las-exigencias-mud-para-las-elecciones-regionales_204988*

X. ILEGÍTIMA MODIFICACIÓN DE LOS CENTROS DE VOTACIÓN

37. Para la elección del 15 de octubre el CNE suprimió diversos centros de votación, sin justificación técnica para ello[20]. La reducción de centros de votación es un obstáculo indebido al ejercicio del derecho al sufragio y, además, viola el mandato del artículo 62 constitucional, conforme al cual, el Estado debe facilitar el ejercicio del derecho al sufragio. Es, por tanto, una violación a los principios que debe informar a toda elección de acuerdo con el artículo 3 de la Carta.

38. Además, y faltando apenas unos días para la elección, el CNE decidió suprimir nuevos centros de votación, reubicando a los electores en otros centros –generalmente ubicados en áreas geográficas más lejanas–[21]. Ello violó el artículo 106 de la LOPRE, de acuerdo con el cual los centros de votación deben ser definidos de manera previa, esto es, antes de la elección, sin que puedan por ello modificarse sobrevenidamente. Al violentar esa norma, el CNE se apartó del mandato de promover el ejercicio de los derechos políticos de los venezolanos, en menoscabo a los artículos 62 y 63 de la Constitución y 3 de la Carta.

XI. DE LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN ELECTORAL DURANTE EL PROCEDIMIENTO ELECTORAL

39. El CNE propició y toleró actos abusivos orientados a afectar la integridad de las elecciones regionales, afectando así la voluntad de los electores, en lo que conoce como actos de corrupción electoral.

40. Así, como ya vimos, el CNE toleró que la fraudulenta e ilegítima "ANC" interviniese en las elecciones regionales, afectando de esa manera el entorno institucional que garantiza el principio de libertad de las elecciones, o sea, la ausencia de cualquier tipo de coacción sobre los electores.

41. Además, el régimen de Nicolás Maduro ha designado a candidatos del PSUV en cargos dentro del estado en el cual participaban como candidatos, promoviendo así un claro ventajismo electoral, y además, empleando recursos públicos con fines electorales[22].

42. El régimen de Maduro, además, durante actos oficiales –que en modo alguno pueden emplearse con fines políticos– insistió en que los nuevos gobernadores debían subordinarse a la fraudulenta ANC[23], e incluso, solicitó a ésta investigar tales elecciones[24].

---

20 *El Nacional,* 28 de septiembre de 2017: http://www.el-nacional.com/noticias/politica/denuncian-que-cne-elimino-centros-votacion-estados-distintos_205557

21 Inicialmente se anunció la supresión de 119 centros de votación, ubicados en áreas electorales favorables a la oposición. Véase: *El impulso,* 12 de octubre de 2017: http://www.elimpulso.com/home/cne-confirma-la-reubicacion-119-centros-votacion. Posteriormente, el propio CNE informó que, en total, se suprimieron 274 centros. *Telesur,* 14 de octubre de 2017: https://www.telesurtv.net/news/Venezuela-CNE-culmina-proceso-de-reubicacion-de-centros-de-votacion-20171014-0034.html

22 El candidato del PSUV a la gobernación del estado Carabobo, fue designado autoridad única de la zona comercial de ese estado. *Caraota digital,* 28 de septiembre de 2017: http://www.caraotadigital.net/regionales/rafael-lacava-designado-autoridad-unica-de-la-zona-comercial-de-carabobo/. Esto viola el artículo 13 de la Ley contra la Corrupción, de acuerdo con el cual no puede destinarse "*el uso de los bienes públicos o los recursos que integran el patrimonio público para favorecer a partidos o proyectos políticos, o a intereses económicos particulares"*.

23 http://www.panorama.com.ve/politicayeconomia/Maduro-se-reune-con-gobernadores-y-candidatos-a-las-elecciones-regionales-20170925-0083.html

43. Asimismo, el canal del Estado *Venezolana de Televisión*[25]*,* dio cobertura a actos oficiales en los cuales participaron candidatos del PSUV, en lo que constituye una clara violación a las normas de la campaña electoral, que impiden realizar actos oficiales con fines de campaña[26].

44. El uso de medios de comunicación del Estado para realizar actos de campaña electoral, constituyen un acto de corrupción electoral que afecta el principio de libertad que debe informar a toda elección conforme a los artículos 61 y 62 de la Constitución y 3 de la Carta Democrática Interamericana.

XII. LA INJERENCIA EXTRANJERA EN EL PROCESO ELECTORAL

45. Fue igualmente denunciada la indebida participación de representantes del Gobierno de Nicaragua en las elecciones regionales, en violación a los principios generales que exigen que toda asistencia internacional sea de carácter técnico y objetivo (artículo 471, Reglamento LOPRE)[27].

XIII. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA CORRUPCIÓN ELECTORAL DEL CNE Y LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS VENEZOLANOS

46. Las elecciones regionales del 2017 se realizaron en abierta violación a los derechos políticos reconocidos en la Constitución, desarrollados en la LOPRE y su Reglamento, y promovidos, entre otros instrumentos internacionales, en la Carta Democrática Interamericana.

47. Tales violaciones comenzaron en el 2016, cuando el CNE obvió su deber de convocar a las elecciones regionales en ese año, y continuaron en el 2017, pues la convocatoria y procedimientos adelantados por el CNE, además de violar normas constitucionales y legales desarrollaron en un claro ventajismo a favor del régimen de Maduro y de su ilegítima y fraudulenta ANC.

48. El corolario de esas violaciones fue la arbitraria decisión adoptada por la ANC de exigir a los gobernadores electos la "juramentación" ante esa instancia, lo que derivó en la ilegítima remoción del Gobernador electo del estado Zulia, Juan Pablo Guanipa[28].

---

24 "Delcy Rodríguez pide a CNE rendir cuentas de elecciones regionales ante la ANC", *Tal Cual*, 4 de octubre de 2017: http://runrun.es/nacional/327370/delcy-rodriguez-pide-a-cne-rendir-cuentas-de-elecciones-regionales-ante-la-anc.html

25 http://vtv.gob.ve/movimiento-somos-venezuela-entrego-26-mil-tarjetas-de-hogares-de-la-patria-en-el-estado-bolivar/

26 Artículo 79 de la LOPRE: "*los medios de comunicación social, públicos o privados, y los productores independientes, no podrán efectuar por cuenta propia ningún tipo de difusión de propaganda tendente a apoyar a algún candidato o alguna candidata, ni a estimular o desestimular el voto del elector o electora a favor o en contra de alguna de las candidaturas*".

27 *El Nacional,* 14 de octubre de 2017: http://www.el-nacional.com/noticias/oposicion/mud-denuncio-presencia-expertos-fraude-electoral-nicaragua_207685

28 *Cfr.*: Brewer-Carías, Allan, "Un circo con consecuencias mortales para la democracia: la inconstitucional subordinación de los Gobernadores de estado electos el 15-10-2017 a la asamblea constituyente", 2017. Véase lo que señalamos en Hernández G., José Ignacio, "La ilegítima destitución del gobernador del estado Zulia", *Prodavinci,* 26 de octubre de 2017: http://historico.prodavinci.com/blogs/la-ilegitima-destitucion-del-gobernador-del-estado-zulia-por-jose-ignacio-hernandez/

LA ILEGÍTIMA DESTITUCIÓN DEL GOBERNADOR ELECTO DEL ESTADO ZULIA

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: *La decisión del Consejo Legislativo del estado Zulia de destituir al Gobernador electo, Juan Pablo Guanipa, evidenció el grave deterioro del orden constitucional y democrático en Venezuela, en especial, luego de la ilegítima convocatoria, elección e instalación de la asamblea nacional constitución*.

Palabras Clave: *Elección y remoción de gobernadores, Derecho Electoral, integridad electoral.*

Abstract: *The decision adopted by the Legislative Council of the Zulia state, by which the elected governor Juan Pablo Guanipa was removed from office, demonstrated the severe decline of the constitutional and electoral order in Venezuela, particularly after the fraudulent called, election and installation of the national constituent assembly*.

Key words*: Election and destitution of governors, electoral law, electoral integrity.*

INTRODUCCIÓN

1. En las elecciones de gobernadores realizadas el 15 de octubre de 2017, y a pesar de todas las irregularidades, resultó electo como Gobernador del estado Zulia Juan Pablo Guanipa[1]. Sin embargo, el Consejo Legislativo del Estado Zulia (CLEZ) se negó a tomar juramento al Gobernador electo, a pesar de que éste, insistentemente, solicitó la convocatoria de una sesión especial a tales efectos[2]. No solo el CLEZ se abstuvo de atender a tal solicitud, sino que además, la Guardia Nacional Bolivariana reprimió las manifestaciones pacíficas realizadas para exigir la juramentación del Gobernador electo[3].

2. Cabe advertir que desde su proclamación, el Gobernador electo realizó diversas actuaciones públicas orientadas a coordinar la transición con el Gobernador saliente[4]. Empero, el CLEZ se negó a tomar juramento, al considerar –como luego explicaremos– que era necesario cumplir con la "juramentación" ante la ilegítima y fraudulenta asamblea nacional cons-

---

1 Véase el resultado en la página del Consejo Nacional Electoral: http://www.cne.gob.ve/resultados_regionales2017/index.php

2 Entre otras noticias, véase, por ejemplo, Diario 2001: http://www.2001.com.ve/en-la-agenda/172934/guanipa--estamos-exigiendo-nuestra-juramentacion-por-parte-del-consejo-legislativo-.html y Noticiero Venevisión: http://www.noticierovenevision.net/noticias/politica/juan-pablo-guanipa-exhorta-al-consejo-legislativo-ser-juramentado-como-gobernador-de-zulia

3 Actualidad 1040 AM: http://actualidadradio.com/noticias/gnb-reprime-juramentacion-de-juan-pablo-guanipa-en-el-zulia/

4 Tomadas de: http://www.eluniversal.com/noticias/venezuela/juan-pablo-guanipa-desarrollara-plan-emergencia-100-dias-para-zulia_674240 y http://www.el-nacional.com/noticias/oposicion/gremios-zulianos-apoyan-que-guanipa-juramente-ante-consejo-legislativo_208799.

tituyente (ANC). Con base en este argumento, el CLEZ decidió declarar la falta absoluta del cargo de Gobernador el 26 de octubre de 2017, procediendo a designar como Gobernador encargado al Presidente de tal instancia[5]. Luego de ello, el Consejo Nacional Electoral (CNE), siguiendo instrucciones de la ANC, convocó a una nueva elección de Gobernador[6].

3. La declaratoria de abandono por parte del CLEZ fue un golpe de Estado en contra del Gobernador electo, que refleja el grado de descomposición del sistema electoral en Venezuela, no solo de conformidad con lo establecido en el Derecho venezolano sino, además, tomando en cuenta los estándares internacionales, tal y como explicaremos en el presente trabajo.

I. PRELIMINAR. SOBRE EL REQUISITO DE JURAMENTACIÓN

4. El juramento o juramentación es una condición formal previa el ejercicio de cargos públicos, incluyendo cargos de elección popular. De acuerdo con el artículo 1 de la *Ley de Juramentos*[7]:

> "Ningún empleado podrá entrar en ejercicio de sus funciones sin prestar antes juramento de sostener y defender la Constitución y Leyes de la República y de cumplir fiel y exactamente los deberes de su empleo".

5. El juramento cumple un fin importante: dejar constancia del momento a partir del cual se asume el cargo, a los fines de delimitar las responsabilidades inherentes a éste. Sin embargo, el juramento no puede transformase en una rígida formalidad que impida injustificadamente el ejercicio de cargos de elección popular. Por el contrario, ***debe imperar la interpretación del juramento en el sentido más favorable al derecho al sufragio,*** tanto en su faceta activa –artículo 63 de la Constitución– como en su faceta pasiva –artículo 64– constitucional. Esto quiere decir que la juramentación no puede afectar la voluntad del pueblo, impidiendo el ejercicio del candidato electo y proclamado, ni puede afectar el ejercicio del cargo por parte de aquél que resultó favorecido en la contienda electoral.

6. Además, la juramentación debe ser interpretada en el sentido más favorable a los principios que informan la democracia constitucional, tal y como ésta es definida en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, que constituye un acuerdo en materia de derechos humanos que prevalece sobre el ordenamiento interno, de conformidad con el artículo 23 constitucional. Esto refuerza el principio conforme al cual la juramentación no puede impedir indebidamente el ejercicio de cargos de elección popular.

7. En tal sentido, la juramentación de gobernadores está regulada en dos Leyes. En el ámbito nacional, en la *Ley de Elección y Remoción de Gobernadores*[8], mientras que a nivel estadal es desarrollada en las *Constituciones* de los estados.

8. Como es sabido, las llamadas "Constituciones" de los estados son en realidad Leyes estadales, dictadas dentro de la autonomía constitucionalmente garantizada a los estados.

---

5 Entre muchos otros: http://www.diariolasamericas.com/america-latina/declaran-falta-absoluta-gobernador-opositor-no-jurar-la-constituyente-n4135464; http://www.noticierodigital.com/2017/10/clez-declara-falta-absoluta-de-guanipa-en-el-zulia/ y http://www.el-nacional.com/noticias/politica/consejo-legislativo-dejo-sin-efecto-eleccion-juan-pablo-guanipa_209358

6 En la cual resultó electo el candidato oficialista: http://www.el-nacional.com/noticias/politica/cne-omar-prieto-nuevo-gobernador-del-zulia_214903

7 Gaceta Oficial Nº 21.799 de 30 de agosto de 1945.

8 Gaceta Oficial Nº 4.086 extraordinario de 14 de abril de 1989.

Sin embargo, ello no se opone al cumplimiento de reglas generales previstas en Leyes nacionales, que uniformen el ejercicio del Poder Público estadal, sin inmiscuirse en asuntos propios de su autonomía.

9. Es por ello que las Leyes estadales llamadas "Constituciones", deben respetar los principios generales en torno a la juramentación de los gobernadores previstos en el artículo 12 de la *Ley de Elección y Remoción de Gobernadores:*

> "El Gobernador electo tomará posesión del cargo, previo juramento ante la Asamblea Legislativa. Si por cualquier circunstancia no pudiere hacerlo ante la Asamblea Legislativa, lo hará ante un Juez Superior de la correspondiente Circunscripción Judicial"

10. Esa norma sigue los principios generales del modelo republicano venezolano, conforme al cual, el Jefe del Poder Ejecutivo electo debe prestar juramento ante el Poder Legislativo, como prevé el artículo 231 respecto del Presidente de la República.

11. Por su parte, el artículo 73 de la Constitución del estado Zulia dispone lo siguiente:

> "Artículo 73. El Gobernador del Estado electo tomará posesión del cargo previo Juramento de Ley ante el Consejo Legislativo del Estado, dentro de los diez (10) días siguientes a la instalación de éste, en el primer año del período constitucional. Si no pudiere hacerlo ante el Consejo Legislativo, lo hará ante la máxima autoridad judicial del Estado en lo Contencioso Administrativo".

12. Con toda claridad se estipula que *el* ***Gobernador electo debe prestar juramento ante el Consejo Legislativo***. Como la elección del 15 de diciembre, ilegítimamente, no comprendió la elección de diputados de los Consejos Legislativos, la norma citada debía interpretarse en el sentido que el Gobernador electo ***debía prestar juramento ante el Consejo Legislativo dentro de los diez (10) días siguientes a mi proclamación***, y si ello no fuera posible, el juramento debería ser prestado ante el Poder Judicial.

II. LA ILEGÍTIMA EXIGENCIA DE LA JURAMENTACIÓN ANTE LA ANC

13. No obstante lo anterior, la ilegítima y fraudulenta ANC decidió modificar todo ese régimen, al asumir la competencia para tomar el juramento de los Gobernadores electos el 15 de octubre[9]. Sin embargo, la ANC carece de competencia para tomar el juramento de los Gobernadores electos.

14. En efecto, y, en *primer* lugar, esa asamblea es un órgano ilegítimo, que no responde al ejercicio del poder constituyente del pueblo, conforme al artículo 347 de la Constitución. Por lo tanto, se trata de un órgano *de facto* que está usurpando la soberanía popular, y que, por ende, no puede ejercer ninguna competencia, siquiera, para tomar juramento.

15. En *segundo* lugar, las Leyes venezolanas son claras al disponer que solo los representantes del pueblo estadal, o sea, los Consejos Legislativos, pueden tomar juramento. La ilegítima ANC no puede, así, usurpar la soberanía popular ejercida por esos Consejos[10].

---

[9] Véanse el "Decreto Constituyente" publicado en la Gaceta Oficial Nº 41.259 de 18 de octubre de 2017.

[10] *Cfr*.: Brewer-Carías, Allan, "Un circo con consecuencias mortales para la democracia: la inconstitucional subordinación de los Gobernadores de estado electos el 15-10-2017 a la Asamblea Constituyente", 2017. Véase lo que señalamos en Hernández G., José Ignacio, "La ilegítima destitución del gobernador del estado Zulia", *Prodavinci,* 26 de octubre de 2017: http://historico.prodavinci.com/blogs/la-ilegitima-destitucion-del-gobernador-del-estado-zulia-por-jose-ignacio-hernandez/

16. De esa manera, y, en resumen, el Gobernador electo debía prestar juramento ante el CLEZ y no ante la ilegítima y fraudulenta asamblea nacional constituyente. Esa fue la posición que públicamente manifestó Juan Pablo Guanipa, como Gobernador electo, reiterando en todo momento su intención de juramentarse en el CLEZ y asumir el ejercicio del cargo[11].

III. LA ILEGÍTIMA DECLARATORIA DE FALTA ABSOLUTA

17. Como vimos, ***el 26 de octubre el CLEZ, por la vía de los hechos, decidió declarar que el Gobernador Guanipa había incurrido en una falta absoluta, procediendo de hecho a dejar sin efecto su elección, violando así el mandato del pueblo zuliano***.

18. Así, la declaratoria de falta absoluta declara por los hechos por el CLEZ es una grave violación a la Constitución, a Tratados Internacionales y los derechos del Gobernador electo, por las razones que resumimos a continuación.

19. En *primer* lugar, el CLEZ actuó fuera de su competencia, pues declaró una falta absoluta no prevista en la Constitución del estado Zulia. De conformidad con su artículo 75:

> "Artículo 75.- Son faltas absolutas: 1) La muerte; 2) La renuncia; 3) La interdicción civil; 4) La condena penal mediante sentencia definitivamente firme; 5) El abandono del cargo declarad por el Consejo Legislativo por el voto de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes; y 6) La revocatoria de su mandato por referendo".

20. Las faltas absolutas, al implicar la extinción de un mandato popular, son de interpretación restrictiva. Por ello, solo pueden ser declaradas las faltas expresamente previstas en esta norma, siendo que ninguna de ellas alude –ni podría aludir– a la falta de juramentación ante la ilegítima constituyente. Con lo cual, se declaró una falta absoluta no prevista en la Constitución del estado Zulia. Es más: la falta de juramentación no es una causal de falta absoluta según la norma citada, con lo cual, en el supuesto en que esa falta de juramentación hubiese sido atribuible al Gobernador electo–que no es el caso– el CLEZ no podría haber declarado la falta absoluta.

21. En *segundo* lugar, y en todo caso, el Gobernador electo no incurrió en la falta de abandono del cargo. Primero, pues nunca había asumido el cargo de Gobernador, con lo cual, mal podría abandonar un cargo que no ha asumido. Además, y lo que es más importante, el Gobernador electo insistió en su intención de juramentarse[12]. La falta de juramentación no respondió a causas imputables a su persona sino a la fraudulenta omisión del CLEZ de cumplir con su deber.

22. En *tercer* lugar, y a todo evento, la falta de juramentación dentro de los diez (10) días siguientes, ante el Consejo, no implicaba que la juramentación no se había realizado en tanto el Gobernador electo tenía derecho a juramentarse ante el Poder Judicial. Sin embargo, el CLEZ impidió, incluso, el ejercicio de ese derecho, al crear una "falta absoluta" que en realidad nunca existió.

23. En *cuarto* lugar, la falta absoluta ilegítimamente declarada violó el derecho al sufragio, tanto de los electores –pues se desconoce su voluntad, expresada en la elección, adjudicación y proclamación– como de Juan Pablo Guanipa a ejercer el cargo para el cual fue electo. Con lo cual, se desconocieron los componentes esenciales de la democracia de acuerdo con el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.

---

11 Ver: *BBC Mundo*: http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-41752308

12 Por ejemplo, *El Nacional,* 21 de octubre de 2017: http://www.el-nacional.com/noticias/oposicion/guanipa-reunio-con-varios-sectores-para-escuchar-propuestas-ante-crisis_208780

24. Es importante recordar en este sentido que el derecho al sufragio activo –de los electores del estado Zulia– y pasivo –del Gobernador electo– encuentra pleno reconocimiento, entre otros, en el artículo 21 de la Declaración de Derechos Humanos y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como ha resumido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Informe 2002, al señalar que los derechos políticos:

> "tienen dos aspectos claramente identificables: el derecho al ejercicio directo del poder y el derecho a elegir a quienes deben ejercerlo. Ello supone una concepción amplia acerca de la democracia representativa que, como tal, descansa en la soberanía del pueblo y en la cual las funciones a través de las cuales se ejerce el poder son desempeñadas por personas escogidas en elecciones libres y auténticas".

25. El derecho al sufragio, en estas dos vertientes, implica el deber del Estado de garantizar su ejercicio, y en especial, el deber de garantizar que aquel que ha sido electo pueda ejercer efectivamente el cargo. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la decisión de 6 de agosto de 2008, caso *Castañeda:*

> "El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término "oportunidades". Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación".

26. Estos principios fueron violados, pues al declarar, por vías de hecho, la falta absoluta del Gobernador electo, el CLEZ impidió ejercer el cargo para el cual fue electo, restando todo valor a la decisión libre de los electores. Más grave todavía, esta írrita decisión responde a un claro caso de ***persecución política,*** pues el CLEZ actuó de manera ilegítima y discriminatoria en contra de Juan Pablo Guanipa, por haber expresado libremente su decisión de no reconocer a la ilegítima y fraudulenta "ANC".

27. Además, y, en *quinto* lugar, se violó el derecho al debido proceso y a la defensa –artículo 49 constitucional– pues la falta absoluta fue declarada sin previo procedimiento y sin permitir el ejercicio del derecho a la defensa, obviamente, con el propósito de impedir la presencia física del Gobernador electo en el Consejo, impidiendo así su juramentación.

28. En *sexto* lugar, esta declaratoria de falta absoluta violó el principio de descentralización, como componente esencial de la democracia constitucional (artículo 158 constitucional) pues la falta absoluta se basó en la intención de la ilegítima constituyente de desconocer la autonomía constitucionalmente garantizada a los estados, al asumir *de facto* todos los poderes del Estado.

29. Finalmente y en *séptimo* lugar, la decisión del CLEZ vulneró el derecho del Gobernador electo a la libertad de opinión y de conciencia, pues "*nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones*" (art. 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). El hecho de que, como líder político, el Gobernador electo se haya pronunciado públicamente en contra la legitimidad de la ANC, en el marco del debate democrático, no podía ser utilizado para forzarle a declinar de tal posición de principio a través de la exigencia de la supuesta juramentación ante la ANC como condición previa a la juramentación ante el CLEZ.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL SEGUNDO SEMESTRE DE 2017

Recopilación y selección
por Gabriel Sira Santana
Abogado

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Poder Ejecutivo. a. Vicepresidencias sectoriales. b. Ministerios. c. Comisiones presidenciales. d. Empresas del Estado. e. Procuraduría General de la República. f. Otros órganos y entes. B. Poder Ciudadano. a. Defensoría del Pueblo. b. Contraloría General de la República. C. Poder Electoral. D. Poder Judicial.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema funcionarial*. A. Servidores públicos. B. Remuneraciones. 2. *Bienes públicos.*

III. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

1. *Decretos de estado de excepción*. 2. *Honores del Panteón Nacional*.

IV. "ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE"

1. "*Leyes constitucionales*". 2. "*Decretos constituyentes*". 3. *Otras publicaciones*.

V. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones internacionales*. A. Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional. B. Cuerpos diplomáticos. 2. *Seguridad y defensa*. A. Zonas especiales. B. Función policial y de investigación científica. C. Protección civil. D. Operativos y planes de seguridad ciudadana. E. Porte de armas. 3. *Migración y extranjería*.

VI. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Tributos*. 2. *Cono monetario*. 3. *Régimen cambiario*. 4. *Instituciones financieras*. 5. *Actividad aseguradora*. 6. *Cajas de ahorro*. 7. *Telecomunicaciones*. 8. *Agricultura y pesca*. 9. *Energía y minas*. 10. *Servicios e industrias.*

VII. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación*. A. Educación básica y media. B. Educación superior. 2. *Régimen laboral*. 3. *Cultura*. 4. *Premios y condecoraciones*. 5. *Salud*. 6. *Vivienda y hábitat*. 7. *Programas sociales*. 8. *Cooperativas*.

VIII. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Transporte y tránsito*. A. Sistema de transporte terrestre. B. Sistema de transporte acuático y aéreo.

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*

A. *Poder Ejecutivo*

a. *Vicepresidencias sectoriales*

Decreto N° 3.153, mediante el cual se crea la Vicepresidencia Sectorial de Comunicación y Cultura. *G.O*. N° 41.274 del 08-11-2017.

b. *Ministerios*

Resolución Nº DM/0034 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se reforma parcialmente el Reglamento Interno, de este Ministerio. *G.O*. N° 41.239 del 19-09-2017.

c. *Comisiones presidenciales*

Decreto Nº 2.971, mediante el cual se crea la "Comisión Presidencial para Homenajear a Argimiro Enrique de La Santísima Trinidad Gabaldón Márquez", con el fin de realizar los preparativos de los actos históricos del día 15 de julio de 2017, en conmemoración del natalicio de Argimiro Enrique de La Santísima Trinidad Gabaldón Márquez; igualmente para la exhumación y traslado de sus restos al Panteón Nacional; dicha Comisión estará integrada por las ciudadanas y ciudadanos que en ella se mencionan. *G.O*. N° 41.185 del 03-07-2017.

Decreto N° 3.170, mediante el cual se crea la Comisión Presidencial para la revisión del marco normativo vigente que rige el Sistema de Justicia Penal Venezolano, como órgano coordinador y unificador de criterios, multidisciplinario e interinstitucional de alto nivel, que tendrá como finalidad revisar la legislación penal, así como elaborar propuestas para su transformación. *G.O*. N° 41.282 del 20-11-2017.

d. *Empresas del Estado*

Decreto N° 3.022, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa del Estado bajo la forma de Sociedad Anónima, que se denominará Corporación Ecosocialista Ezequiel Zamora, S.A. (CORPOEZ), la cual estará bajo la adscripción y control accionario del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo y Aguas. *G.O*. N° 41.210 del 09-08-2017.

Decreto N° 3.038, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa Mixta entre la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. y Stichting Administratiekantoor Inversiones Petroleras Iberoamericanas, bajo la forma de sociedad anónima, denominada PETROSUR, S.A., la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular de Petróleo. *G.O*. N° 41.219 del 22-08-2017.

Decreto N° 3.212, mediante el cual se ordena la supresión y liquidación de las sociedades mercantiles Venezolana de Alimentos La Casa, S.A., Venalcasa S.A. (VENALCASA); Empresa Nacional de Almacenes, C.A. (ENACA), adscritas a la "Corporación Única de Servicios Productivos y Alimentarios, C.A. (CUSPAL)", mediante Decreto N° 2.325, de fecha 19 de mayo de 2016, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.907, de esa misma fecha; y las Empresa Mixta Socialista Arroz del Alba, S.A. y Empresa Mixta Socialista Leguminosa del Alba, S.A., adscritas a la Corporación Venezolana de Alimentos, S.A. (CVAL, S.A.), según se desprende en los numerales 3 y 4 del Artículo 2° del Decreto N° 1.764, de fecha 13 de mayo de 2015, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.659, de esa misma fecha. *G.O*. N° 41.303 del 19-12-2017, reimpreso en N° 41.304 del 20-12-2017.

e. *Procuraduría General de la República*

Resolución Nº 028/2017 de la Procuraduría General de la República, mediante la cual se Reforma el Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones del Personal de la Procuraduría General de la República. *G.O*. N° 41.277 del 13-11-2017.

Resolución Nº 031/2017 de la Procuraduría General de la República, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de la Procuraduría General de la República. *G.O.* N° 41.301 del 15-12-2017.

f. *Otros órganos y entes*

Resolución Nº 113.17 de la SUDEBAN, mediante la cual se dicta el Código de Ética de los Trabajadores y Trabajadoras de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario. *G.O*. N° 41.294 del 06-12-2017.

Decreto N° 3.196, mediante el cual se autoriza la creación de la Superintendencia de los Criptoactivos y actividades conexas Venezolana. *G.O*. Nº 6.346 Extraordinario del 08-12-2017.

Resolución Nº 349 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se constituye un Equipo Técnico Especializado, para dirigir, organizar, acompañar, orientar y revisar el marco normativo que rige el sistema de justicia penal venezolano, así como elaborar propuestas para su transformación, el cual estará integrado por las funcionarias y funcionarios de las dependencias que en ella se indican. *G.O*. N° 41.299 del 13-12-2017.

B. *Poder Ciudadano*

a. *Defensoría del Pueblo*

Resolución Nº DdP-2017-001 de la Defensoría del Pueblo, mediante la cual se hace del conocimiento a todos los Órganos y Entes que conforman los Poderes Públicos Nacionales, Estadales y Municipales, la activación del mecanismo legal previsto en el numeral 4º del Artículo 33 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, a partir del día cinco (5) de agosto de 2017, hasta tanto sea nombrado el o la titular de la Defensoría del Pueblo. *G.O*. N° 41.212 del 11-08-2017.

Resolución Nº DdP-2017-047 de la Defensoría del Pueblo, mediante la cual se Reforma Parcialmente el Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Defensoría del Pueblo. *G.O*. N° 41.260 del 19-10-2017.

b. *Contraloría General de la República*

Resolución Nº 01-00-000497 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se dicta la Reforma Parcial del Estatuto de Personal de la Contraloría General de la República. *G.O*. N° 41.256 del 13-10-2017.

C. *Poder Electoral*

Resolución N° 171221-386 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se resuelve, entre otros, ordenar la incorporación del dato de pueblo y comunidades indígenas, en las Actas de Nacimiento de los miembros de pueblos y comunidades indígenas, asentadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Registro Civil, mediante el estampado de dicho dato en la sección correspondiente a las Circunstancias Especiales del Acto u Observaciones en los Libros de Registro Civil donde fueron registradas. *G.O*. N° 41.306 del 22-12-2017.

D. *Poder Judicial*

Acuerdo Nº 1 del Tribunal Disciplinario Judicial, mediante el cual se dictan las Reglas para la Expedición de Copias Simples en Formato Digital de los Expedientes que cursen en el Archivo del Tribunal Disciplinario Judicial y su Oficina de Sustanciación. *G.O*. N° 41.203 del 31-07-2017.

Resolución Nº 2017-0017 de la Sala Plena, mediante la cual se establece que ningún Tribunal despachará desde el 15 de agosto hasta el 15 de septiembre de 2017, ambas fechas inclusive. Durante ese período permanecerán en suspenso las causas y no correrán los lapsos procesales. Ello no impide que se practiquen las actuaciones que fueren necesarias para el aseguramiento de los derechos de alguna de las partes, de conformidad con la Ley. Los órganos jurisdiccionales tomarán las debidas previsiones para que no sea suspendido el servicio público de administración de justicia. Al efecto se acordará su habilitación para que se proceda al despacho de los asuntos urgentes. *G.O*. N° 41.211 del 10-08-2017.

Resolución Nº 2017-0010 de la Sala Plena del TSJ, mediante la cual se crea la Coordinación Nacional del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, para desarrollar y diseñar políticas judiciales destinadas a mejorar y optimizar el sistema de administración de justicia sobre la materia, la cual estará adscrita a la Sala de Casación Penal, de este Organismo. *G.O.* N° 41.286 del 24-11-2017.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema funcionarial*

A. *Servidores públicos*

Decreto N° 3.215, mediante el cual se establece para los órganos y entes de la Administración Pública, un horario especial laboral navideño desde las 8:00 a.m. hasta la 1:00 p.m., a partir del 20 de diciembre de 2017 hasta el 8 de enero de 2018. Este horario se aplicará sólo a las trabajadoras y los trabajadores que presten servicios en el sector público. *G.O*. N° 6.350 Extraordinario del 19-12-2017.

B. *Remuneraciones*

Decreto Nº 2.968, mediante el cual se establece la Escala General de Sueldos para Funcionarias y Funcionarios Públicos de Carrera de la Administración Pública Nacional. *G.O*. N° 6.313 Extraordinario del 02-07-2017.

Decreto Nº 2.969, mediante el cual se establece el Tabulador General Salarial para las Obreras y los Obreros que participan en el proceso social de trabajo en la Administración Pública Nacional. *G.O*. N° 6.313 Extraordinario del 02-07-2017.

Providencia Nº 005 del IVSS, mediante la cual se implementa el Sistema de Pago de Indemnización Diaria a través de Orden de Pago, a los empleadores y empleadoras del sector público con el objeto de que éstas sean acreditadas a la Orden de Pago generada por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), debiendo el empleador cancelarlas al asegurado. *G.O*. N° 41.195 del 18-07-2017.

Providencia Nº 091 de la Superintendencia de Bienes Públicos, mediante la cual se fijan las tarifas en Unidades Tributarias (U.T.), para el cobro por horas académicas, a los órganos y entes del Sector Público, así como a las personas naturales y jurídicas en razón de la prestación de sus servicios en materia de capacitación, en los términos que en ella se menciona. *G.O*. N° 41.205 del 02-08-2017.

Decreto N° 3.070, mediante el cual se regula y establece el Tabulador General Salarial para las Obreras y los Obreros que participan en el proceso social de trabajo en la Administración Pública Nacional. *G.O*. N° 41.231 del 07-09-2017.

Decreto N° 3.071, mediante el cual se regula y establece la Escala General de Sueldos para Funcionarias y Funcionarios Públicos de Carrera de la Administración Pública Nacional. *G.O*. N° 41.231 del 07-09-2017.

Decreto N° 3.140, mediante el cual se regula y establece el Tabulador General Salarial para las Obreras y los Obreros que participan en el proceso social de trabajo en la Administración Pública Nacional. *G.O*. N° 41.269 del 01-11-2017.

Decreto N° 3.141, mediante el cual se regula y se establece la Escala General de Sueldos para Funcionarias y Funcionarios Públicos de Carrera, de la Administración Pública Nacional. *G.O*. N° 41.269 del 01-11-2017.

Decreto N° 3.234, mediante el cual se regula y establece la Escala General de Sueldos para Funcionarias y Funcionarios Públicos de Carrera de la Administración Pública Nacional. *G.O*. N° 6.354 Extraordinario del 31-12-2017.

Decreto N° 3.235, mediante el cual se regula y establece el Tabulador General Salarial para las Obreras y los Obreros que participan en el proceso social de trabajo en la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 6.354 Extraordinario del 31-12-2017.

2. *Bienes públicos*

Resolución Nº 213/17 del Ministerio del Poder Popular para la Juventud y el Deporte, mediante la cual se asume la administración y mantenimiento de las instalaciones deportivas de uso público de su propiedad que en ella se indican, y se faculta y encarga a la Oficina de Consultoría Jurídica de este Ministerio a la realización de las gestiones a que hubiere lugar para la ejecución de ese Acto. *G.O*. N° 41.261 del 20-10-2017.

Resolución Nº 214/17 del Ministerio del Poder Popular para la Juventud y el Deporte, mediante la cual se establece que el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Juventud y el Deporte, acepta las Instalaciones Deportivas y demás bienes, cuya propiedad es transferida por la Gobernación del estado Bolivariano de Mérida a este Ministerio, y se crea la Comisión de Transferencia integrada por las ciudadanas y ciudadanos que en ella se señalan. *G.O*. N° 41.261 del 20-10-2017.

III. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN[1]

1. *Decretos de estado de excepción*

Decreto N° 2.987, mediante el cual se prorroga, por sesenta (60) días, el plazo establecido en el Decreto N° 2.849, de fecha 13 de mayo de 2017, en el cual se declara Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político que afectan el Orden Constitu-

[1] Para conocer a profundidad los decretos publicados con ocasión de los primeros tres estados de excepción nacional, así como la implementación del régimen de excepción en la frontera durante el segundo semestre de 2015, véase Gabriel Sira Santana: *El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana y CIDEP. Caracas, 2017. Los balances de los decretos dictados durante el cuarto, quinto y sexto estado de excepción nacional y sus prórrogas pueden consultarse en http://cidep.com.ve/reportes.html.

cional, la paz social, la seguridad de la Nación, las Instituciones Públicas y a las ciudadanas y ciudadanos habitantes de la República. *G.O*. N° 41.192 del 13-07-2017[2].

Decreto N° 3.074, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de 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 las ciudadanas y los ciudadanos 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° 41.233 del 11-09-2017, reimpreso en N° 41.237 del 15-09-2017[3].

Decreto N° 3.157, mediante el cual se prorroga por sesenta (60) días, el plazo establecido en el Decreto N° 3.074, de fecha 11 de septiembre de 2017, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de 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 las ciudadanas y los ciudadanos 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° 41.276 del 10-11-2017[4].

2. *Honores del Panteón Nacional*

Decreto N° 2.980, mediante el cual se ordena conferir los Honores del Panteón Nacional a Argimiro Enrique de La Santísima Trinidad Gabaldón Márquez. *G.O*. N° 41.188 del 07-07-2017.

IV. "ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE"

1. *"Leyes constitucionales"*

Ley Constitucional de la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública. *G.O.* N° 6.323 Extraordinario del 08-08-2017.

Ley Constituyente que crea el conglomerado "Agrosur". *G.O*. N° 41.272 del 06-11-2017.

Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia. *G.O*. N° 41.274 del 08-11-2017, reimpresa en N° 41.276 del 10-11-2017.

Ley Constitucional de Precios Acordados. *G.O*. N° 6.342 Extraordinario del 22-11-2017.

---

[2] Véase fallo Nº 547 del 25-07-2017 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto. Disponible en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/201452-547-25717-2017-17-0536.HTML y publicado en la *G.O.* Nº- 41.199 del 25-07-2017.

[3] Véase fallo Nº 727 del 25-09-2017 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto. Disponible en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/203324-727-25917-2017-17-0953.HTML y publicado en la *G.O.* Nº- 41.244 del 26-09-2017.

[4] Véase fallo Nº 959 del 22-11-2017 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto. Disponible en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/205517-959-221117-2017-17-0953.HTML y publicado en la *G.O.* Nº- 41.284 del 22-11-2017.

Ley Constitucional sobre la creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria. *G.O.* N° 41.305 del 21-12-2017.

Ley Constitucional del Régimen Tributario para el Desarrollo Soberano del Arco Minero. *G.O.* N° 41.310 del 29-12-2017.

Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva. *G.O*. N° 41.310 del 29-12-2017.

2. *"Decretos constituyentes"*

Decreto Constituyente sobre la Emergencia y Reestructuración del Ministerio Público. *G.O*. Nº 6.322 Extraordinario del 05-08-2017.

Decreto Constituyente mediante el cual se dictan las Normas para garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los Poderes Públicos constituidos. *G.O*. N° 6.323 Extraordinario del 08-08-2017.

Decreto Constituyente mediante el cual se reprograma para el mes de octubre del 2017, el proceso electoral para la escogencia de gobernadoras y gobernadores de estados, en el marco del cronograma electoral ya anunciado por el Poder Electoral, en ejercicio de sus funciones constitucionales. *G.O*. N° 6.327 Extraordinario del 12-08-2017.

Decreto Constituyente de convocatoria y programación de las elecciones de Alcaldesas y Alcaldes, para el mes de diciembre del año 2017. *G.O*. N° 41.265 del 26-10-2017.

Decreto Constituyente de convocatoria y programación de la elección de la Gobernadora o Gobernador del estado Zulia, para el mes de diciembre de 2017. *G.O*. N° 41.265 del 26-10-2017.

Decreto Constituyente mediante el cual se aprueba la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2018, la Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero 2018, y el Plan Operativo Anual del año 2018. *G.O*. N° 41.293 del 05-12-2017[5].

Decreto Constituyente para la participación en Procesos Electorales. *G.O*. N° 41.308 del 27-12-2017.

Decreto Constituyente mediante el cual se suprime y ordena la liquidación de la Alcaldía Metropolitana, el Cabildo Metropolitano y la Contraloría Metropolitana, todas éstas del Área Metropolitana de Caracas y del Distrito del Alto Apure, sus órganos y entes adscritos, a partir de la publicación del presente Decreto Constituyente en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O*. N° 41.308 del 27-12-2017.

3. *Otras publicaciones*

Decreto N° 2.986, mediante el cual se convoca un proceso de consulta con todos los sectores de la sociedad, incluyendo especialmente a las víctimas de los distintos episodios de violencia política acaecidos en el país a partir del año 1999. *G.O*. N° 41.192 del 13-07-2017.

Resolución N° 01/2017 de la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública. *G.O*. N° 6.338 Extraordinario del 03-11-2017.

---

[5] La "Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2018" se publicó en *G.O*. Nº 6.347 Extraordinario del 15-12-2017 y la "Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero 2018" en *G.O*. Nº 6.348 Extraordinario del 15-12-2017.

Resolución Nº 004-17, mediante la cual se dicta el Reglamento de Modificaciones Presupuestarias de la Asamblea Nacional Constituyente. *G.O*. N° 41.308 del 27-12-2017.

V. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones internacionales*

A. *Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional*

Resolución Nº DM/143 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe el Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Turquía, en materia de Cooperación en el Área Agrícola. *G.O*. N° 41.306 del 22-12-2017.

Resolución Nº DM/144 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe el Acuerdo de Cooperación en materia de Seguridad entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Turquía. *G.O*. N° 41.306 del 22-12-2017.

Resolución Nº DM/145 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe el Acuerdo de Comercio y Cooperación Económica entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Turquía. *G.O*. N° 41.306 del 22-12-2017.

Resolución Nº DM/146 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe el Acuerdo de Donación de Medicamentos e Insumos Médicos por parte del Estado de Palestina a la República Bolivariana de Venezuela. *G.O*. N° 41.306 del 22-12-2017.

Resolución Nº DM/147 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe el Protocolo Modificatorio al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Ecuador, para Profundizar los Lazos de Comercio y Desarrollo. *G.O*. N° 41.306 del 22-12-2017.

B. *Cuerpos diplomáticos*

Resolución Nº DM/010 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se otorga el consentimiento para el establecimiento de un Consulado Honorario de la República de Corea en la ciudad de El Consejo, estado Aragua, con circunscripción consular en los estados Aragua, Anzoátegui y Zulia. *G.O*. N° 41.202 del 28-07-2017.

Resoluciones N° DM/085 y DM/087 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante las cuales se otorga el consentimiento para el establecimiento de los Consulados Honorarios de los países que en ellas se mencionan, en las ciudades que en ellas se especifican, con Circunscripción Consular en los estados que en ellas se señalan. *G.O*. N° 41.249 del 03-10-2017.

Resolución Nº DM/093 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se cierra el Consulado Honorario de la República Bolivariana de Venezuela en la ciudad de Munich, República Federal de Alemania, con Circunscripción en la Provincia de Bayern (Baviera). *G.O*. N° 41.257 del 16-10-2017.

Resolución Nº DM-152 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se otorga el consentimiento para el establecimiento de un Consulado Honorario de la República Libanesa en la ciudad de Puerto Ordaz, con circunscripción consular en el estado Bolívar. *G.O*. N° 41.306 del 22-12-2017.

2. *Seguridad y defensa*

A. *Zonas especiales*

Decreto N° 2.992, mediante el cual se declaran Zonas de Protección Especial Temporal para la Garantía del Libre Ejercicio del Derecho al Voto, con ocasión de los comicios a efectuarse el día domingo 30 de julio de 2017, para la elección de las representantes y los representantes a la Asamblea Nacional Constituyente, las instalaciones afectas al servicio electoral que en ella se mencionan. *G.O*. N° 6.317 Extraordinario del 19-07-2017.

Decreto N° 3.099, mediante el cual se declaran Zonas de Seguridad para la Protección y Garantía del Libre Ejercicio del Derecho al Sufragio, con carácter temporal, con ocasión de los comicios a efectuarse el día domingo 15 de octubre de 2017, para la elección de las Gobernadoras y Gobernadores de estados, las instalaciones involucradas y sus áreas adyacentes, al proceso electoral que en él se mencionan. *G.O.* N° 6.334 Extraordinario del 08-10-2017.

Decreto N° 3.148, mediante el cual se crea la Ciudadela Comercial y de Servicios de la zona Económica Especial de Paraguaná, con condiciones especiales de comercio, aduana, fiscales, cambiarias y de exportación. *G.O*. N° 41.272 del 06-11-2017, reimpreso en N° 41.273 del 07-11-2011.

Decreto N° 3 194, mediante el cual se declaran Zonas de Seguridad para la Protección y Garantía del Libre Ejercicio del Derecho al Sufragio, con carácter temporal, con ocasión de los comicios a efectuarse el día domingo 10 de diciembre de 2017, para la elección de los Alcaldes en los 335 municipios, las instalaciones involucradas y sus áreas adyacentes, al proceso electoral que en él se mencionan. *G.O*. Nº 6.345 Extraordinario del 07-12-2017.

B. *Función policial y de investigación científica*

Resolución Nº 166 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se constituye un Equipo Técnico Transitorio de Revisión de los Procedimientos (*sic*) de Homologación, Reclasificación (*sic*) y Asignación de Rangos Policiales, de carácter provisional, encargado de orientar, revisar y supervisar los procedimientos ejecutados en el marco de la homologación, reclasificación y asignación de rangos de los funcionarios y funcionarias policiales en los distintos ámbitos político territoriales; estará integrado por los y las titulares de las dependencias que en ella se indican. *G.O*. N° 41.206 del 03-08-2017.

Decreto N° 3.030, mediante el cual se establece la Escala Especial de Sueldos Aplicable a los funcionarios y las funcionarias del Cuerpo Policía Nacional Bolivariana. *G.O*. N° 41.219 del 22-08-2017.

Decreto N° 3.031, mediante el cual se establece la Escala Especial de Sueldos Aplicable a los funcionarios y las funcionarias del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas. *G.O.* N° 41.219 del 22-08-2017.

Decreto N° 3.032, mediante el cual se establece la Escala Especial de Sueldos Aplicable a los funcionarios y las funcionarias Policiales de los Cuerpos de Policía Estadales y Municipales. *G.O*. N° 41.219 del 22-08-2017.

Resoluciones N° 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215 y 216 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante las cuales se habilitan los Cuerpos de Policías de los estados que en ellas se mencionan, para ejercer las atribuciones y competencias en materia de investigación penal, en los delitos cuya pena máxima no exceda de ocho (8) años, según lo tipificado en el Código Penal y demás leyes especiales, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal. *G.O*. N° 41.238 del 18-09-2017.

Resolución Conjunta N° 221 y 766 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y Ministerio Público, mediante la cual se dicta el Manual Único de Cadena de Custodia de Evidencias Físicas. *G.O*. N° 41.247 del 29-09-2017.

Resolución Nº 328 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se reforma parcialmente la Resolución N° 260, de fecha 30 de julio de 2013, contentiva de las Normas Sobre el Concurso de Buenas Prácticas Policiales. *G.O*. N° 41.274 del 08-11-2017.

Resoluciones N° 327, 333, 334 y 335 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante las cuales se habilita a los Cuerpos de Policía de los estados que ellas se mencionan, para ejercer las atribuciones y competencias en materia de investigación penal, en los delitos cuya pena máxima no exceda de ocho (8) años. *G.O*. N° 41.275 del 09-11-2017.

C. *Protección civil*

Decreto N° 3.102, mediante el cual se regula y establece el Sistema de Remuneraciones Aplicables a las Funcionarias y Funcionarios de Protección Civil y Administración de Desastres en todo el País. *G.O*. N° 41.254 del 10-10-2017.

Decreto N° 3.103, mediante el cual se regula y establece el Sistema de Remuneraciones Aplicables a los Bomberos y Bomberas de los Cuerpos de Bomberos y Bomberas y Administración de Emergencia de Carácter Civil en sus diversas especialidades y ámbitos territoriales en todo el País. *G.O*. N° 41.254 del 10-10-2017.

D. *Operativos y planes de seguridad ciudadana*

Resolución Conjunta Nº 020168 y Nº 141 de los Ministerios del Poder Popular para la Defensa y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se ordena al Comando Estratégico Operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (CEOFANB), que gire instrucciones pertinentes a los Comandantes de las Regiones Estratégicas de Defensa Integral, para establecer estricto control del desplazamiento fronterizo de personas, tanto por vía terrestre, aérea y marítima, así como el paso de vehículos; se mantiene la suspensión del porte de armas de fuego y armas blancas señalado en la Resolución Conjunta de los Ministerios que en ella se mencionan, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela que en ella se indica; se prohíbe el expendio y distribución de bebidas alcohólicas en todo el territorio nacional; se prohíbe en todo el territorio nacional las reuniones y manifestaciones públicas, concentraciones de personas y cualquier otro acto similar que pueda perturbar o afectar el normal desarrollo del proceso electoral; se prohíbe el traslado, desplazamiento, transporte, empleo u operación de maquinarias pesadas en todo el territorio nacional; y se mantiene la prohibición de la distribución y comercialización al mayor y detal de artificios pirotécnicos y de artefactos de elevación por combustible sólido en todo el territorio nacional, desde las doce horas y un minuto antes meridiem (12:01 am) del viernes 28 de julio de 2017, hasta las once horas con cincuenta y nueve minutos post meridiem (11:59 pm) del martes 01 de agosto de 2017, con el objeto de resguardar la inviolabilidad de las fronteras y prevenir actividades de personas que pudiesen representar amenazas a la seguridad de la República Bolivariana de Venezuela con motivo de las elecciones a la Asamblea Nacional Constituyente 2017. *G.O*. N° 41.201 del 27-07-2017.

Resolución Conjunta Nº 020232 y 143 de los Ministerios del Poder Popular para la Defensa y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se establece una prohibición de carácter temporal para la comercialización al mayor y detal, almacenamiento, transporte, uso de artificios pirotécnicos y artefactos de elevación por combustible sólido, así

como los lineamientos generales que servirán de referencia para garantizar las medidas de seguridad necesarias a través de la Dirección General de Armas y Explosivos (DAEX), dependencia del Ministerio del Poder Popular para la Defensa. *G.O*. N° 41.201 del 27-07-2017.

Resolución Conjunta Nº 021347 y 279 de los Ministerios del Poder Popular para la Defensa y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se ordena al Comando Estratégico Operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (CEOFANB), que gire instrucciones pertinentes a los Comandantes de la Regiones Estratégicas de Defensa Integral, para establecer estricto control del desplazamiento fronterizo de personas, tanto por vía terrestre, aérea y marítima, así como el paso de vehículos; se mantiene la suspensión del porte de armas de fuego y armas blancas señalado en la Resolución Conjunta que en ella se menciona, de los Ministerios que en ella se indican; se prohíbe el expendió y distribución de bebidas alcohólicas en todo el territorio nacional; se prohíbe las reuniones y manifestaciones públicas, concentraciones de personas y cualquier otro acto similar que pueda perturbar o afectar el normal desarrollo del proceso electoral; se prohíbe el traslado, desplazamiento, transporte, empleo u operación de maquinarias pesadas en todo el territorio nacional; y se mantiene la prohibición de la distribución y comercialización al mayor y detal de artificios pirotécnicos y de artefactos de elevación por combustible sólido en todo el territorio nacional, estrictamente con motivo del proceso electoral, desde las doce horas y un minuto antes meridiem (12:01 a.m.) del viernes 13 de octubre de 2017, hasta las once horas con cincuenta y nueve minutos post meridiem (11:59 p.m.) del lunes 16 de octubre de 2017. *G.O*. N° 41.254 del 10-10-2017.

Resolución Conjunta Nº DM/022108 y DM/347 de los Ministerios del Poder Popular para la Defensa y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se ordena al Comando Estratégico Operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (CEOFANB), que gire instrucciones pertinentes a los Comandantes de la Regiones Estratégicas de Defensa Integral, para establecer estricto control del desplazamiento fronterizo de personas, tanto por vía terrestre, aérea y marítima, así como el paso de vehículos; se mantiene la suspensión del porte de armas de fuego y armas blancas señalado en la Resolución Conjunta que en ella se menciona, de los Ministerios que en ella se indican; se prohíbe el expendió y distribución de bebidas alcohólicas en todo el territorio nacional; se prohíbe las reuniones y manifestaciones públicas, concentraciones de personas y cualquier otro acto similar que pueda perturbar o afectar el normal desarrollo del proceso electoral; se prohíbe el traslado, desplazamiento, transporte, empleo u operación de maquinarias pesadas en todo el territorio nacional; y se prohíbe la distribución y comercialización al mayor y detal de artificios pirotécnicos y de artefactos de elevación por combustible sólido en todo el territorio nacional, estrictamente con motivo del proceso electoral, desde las doce horas y un minuto antes meridiem (12:01 a.m.) del viernes 8 de diciembre de 2017, hasta las once horas con cincuenta y nueve minutos post meridiem (11:59 p.m.) del lunes 11 de diciembre de 2017. *G.O*. N° 41.295 del 07-12-2017.

Resolución Conjunta Nº DM/022270 y DM/354 de los Ministerios del Poder Popular para la Defensa y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se dictan las Normas relativas a la instalación, supervisión, evaluación y seguimiento de los puntos de control de los órganos de Seguridad Ciudadana y la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. *G.O*. N° 41.304 del 20-12-2017.

E. *Porte de armas*

Resolución Conjunta Nº 021706 y 302 de los Ministerios del Poder Popular para la Defensa y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se prorroga la Resolución Conjunta dictada en fecha 01 de mayo de 2017, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.141, de fecha 02 de mayo de 2017, por el lapso de ciento ochenta (180) días continuos, contados a

partir del 29 de octubre de 2017, con la cual se suspende el Permiso de Porte y Tenencia de Armas de Fuego, así como la autorización para ingresar y transitar Armas Blancas en todo el Territorio Nacional, a fin de garantizar la seguridad ciudadana, la paz, el orden interno y el resguardo de la integridad física de las personas dentro del Estado Venezolano. *G.O.* N° 41.269 del 01-11-2017.

3. *Migración y extranjería*

Decreto N° 3.090, mediante el cual se establece el cobro en moneda extranjera de todos los actos o documentos vinculados a migración y extranjería, aplicable a todos los extranjeros y extranjeras que se encuentran en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela en condición de no migrantes o de transeúntes que perciban ingresos comprobables en divisas, de conformidad con las disposiciones previstas en la normativa legal que rige en materia de migración y extranjería. *G.O.* N° 41.242 del 22-09-2017.

Decreto N° 3.097, mediante el cual se establece que el Pasaporte venezolano podrá ser prorrogado por un período de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su respectiva revalidación, en los términos establecidos en el presente Decreto. *G.O.* N° 6.333 Extraordinario del 08-10-2017.

Resolución Conjunta Nº DM/089 y DM/270 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Exteriores y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se dictan los lineamientos para la prórroga del Pasaporte Venezolano, dada la situación sobrevenida que ha dificultado la expedición y entrega del pasaporte en las Secciones Consulares de las Misiones Diplomáticas, Oficinas Consulares y en las Oficinas SAIME. *G.O.* N° 41.255 del 11-10-2017.

Resolución Conjunta Nº DM/090 y Nº DM/281 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Exteriores y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se excluye a la República de Panamá del listado de países beneficiados con la Supresión de Visas de No Migrantes (Turistas) en Pasaportes Ordinarios, contenida en la Resolución que en ella se menciona. *G.O.* N° 41.257 del 16-10-2017.

VI. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Tributos*

Decreto N° 2.976, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado, de los Impuestos 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 la distribución en el Territorio Nacional que en él se indican. *G.O.* N° 41.186 del 04-07-2017.

Decreto N° 3.007, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto sobre la Renta, en los términos y condiciones previstos en este Decreto, a los enriquecimientos obtenidos por los tenedores, personas jurídicas, provenientes de los Bonos emitidos por el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES). *G.O.* N° 41.204 del 01-08-2017.

Providencia Nº SNAT/2017/0033 del SENIAT, mediante la cual se establecen los términos y condiciones para la presentación de la relación mensual de las operaciones exoneradas concedidas mediante Decreto N° 2.885, de fecha 30 de mayo de 2017. *G.O.* N° 41.205 del 02-08-2017.

Aviso Oficial de la Vicepresidencia de la República, mediante el cual se corrige por error material el Decreto N° 2.448, de fecha 02 de septiembre de 2016, 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 que en él se especifican. *G.O*. N° 41.211 del 10-08-2017.

Providencia Nº SNAT/2017/0041 del SENIAT, mediante la cual se legaliza la Emisión y Circulación de Bandas de Garantía para Licores. *G.O*. N° 41.228 del 04-09-2017.

Providencia Nº SNAT/2017/0048 del SENIAT, mediante la cual se desincorpora del Inventario de Especies Fiscales de la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Capital - Sector de Tributos Internos La Guaira, las Bandas de Garantía para Licores que en ella se señalan. *G.O*. N° 41.237 del 15-09-2017.

Decreto N° 3.085, mediante el cual se establece una rebaja a la alícuota impositiva general de Impuesto al Valor Agregado (IVA) aplicable a las operaciones pagadas a través de medios electrónicos. *G.O*. N° 41.239 del 19-09-2017.

Providencia Nº SNAT/2017/0048 del SENIAT, mediante la cual se establecen las formalidades para la emisión de facturas, declaración y pago por las ventas de bienes muebles y prestaciones de servicios efectuados a personas naturales y jurídicas, que gozan de la rebaja del tres o cinco por ciento (3 o 5%) de la Alícuota Impositiva General del Impuesto al Valor Agregado. *G.O*. N° 41.244 del 26-09-2017.

Decreto N° 3.134, 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 que en él se indican, realizada por los Órganos o Entes de la Administración Pública Nacional destinados a la modernización y mantenimiento de apoyo general del Sistema Blindado AMX-30V. *G.O*. N° 41.269 del 01-11-2017.

Decreto N° 3.135, 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 que en él se indican, realizada por los Órganos o Entes de la Administración Pública Nacional destinados exclusivamente a la ejecución del Proyecto Aplicación del Sistema de Protección Popular para la Paz "SP3". *G.O*. N° 41.269 del 01-11-2017.

Decreto N° 3.136, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado y la Tasa por Determinación del Régimen Aduanero, a las importaciones de bienes muebles corporales que en él se indican, que realicen los Órganos o Entes de la Administración Pública Nacional destinados exclusivamente para la continuidad, confiabilidad y eficiencia de la prestación de los servicios, generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. *G.O*. N° 41.269 del 01-11-2017.

Providencia Nº SNAT/2017/0053 del SENIAT, mediante la cual se establece el Calendario de Sujetos Pasivos Especiales y Agentes de Retención para aquellas obligaciones que deben cumplirse para el año 2018. *G.O*. N° 41.287 del 27-11-2017, reimpresa en N° 41.288 del 28-11-2017.

Providencia Nº SNAT/2017/0054 del SENIAT, mediante la cual se establece el Calendario de Sujetos Pasivos no calificados como Especiales para actividades de Juegos de Envite o Azar a cumplirse en el año 2018. *G.O*. N° 41.287 del 27-11-2017.

Decreto N° 3.185, 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 treinta y dos mil unidades tributarias (32.000 U.T.). *G.O*. N° 41.293 del 05-12-2017.

Aviso Oficial Nº SNAT/2017/0052 del SENIAT, mediante el cual se corrige por error material la Providencia Administrativa N° SNAT/2017/0041, de fecha 09 de agosto de 2017, donde se legaliza la emisión y circulación de Bandas de Garantía para Licores, por las cantidades que en ella se indican. *G.O*. N° 41.293 del 05-12-2017.

2. *Cono monetario*

Decreto N° 2.993, mediante el cual se prorroga hasta el 20 de septiembre 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° 41.196 del 19-07-2017.

Decreto N° 3.086, mediante el cual se prorroga hasta el 20 de noviembre 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° 41.240 del 20-09-2017.

Decreto N° 3.169, mediante el cual se prorroga hasta el 20 de enero del año 2018, 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° 41.282 del 20-11-2017.

3. *Régimen cambiario*

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa al Público en General la aplicación del régimen dispuesto en el Artículo 1 del Convenio Cambiario N° 34, del 26 de enero de 2017, a las personas naturales y jurídicas privadas que en el marco de la normativa aplicable presten servicios a la salud, a personas naturales no residentes en la República Bolivariana de Venezuela, que se configuren como exportación de servicios médicos. *G.O.* N° 41.188 del 07-07-2017.

Aviso Oficial del Banco Central Venezuela, mediante el cual se informa a las administraciones con competencias tributarias, así como al público en general, que el tipo de cambio de referencia para la determinación de la base imponible de las obligaciones tributarias que se deriven de las contrataciones realizadas entre Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), sus empresas filiales, así como las empresas mixtas creadas de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Hidrocarburos con proveedores exclusivos en el territorio nacional de insumos especializados, que estén directamente vinculadas a las actividades de hidrocarburos líquidos y gaseosos, y cuyo pago haya sido convenido en moneda extranjera, será el previsto en el Artículo 1 del Convenio Cambiario N° 35 del 9 de marzo de 2016. *G.O*. N° 41.263 del 24-10-2017.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa al público en general, la suspensión de manera definitiva del proceso de liquidación de divisas adjudicadas en la Subasta N° CS-SO-015-17 del 31 de agosto de 2017, por el Comité de Subastas de Divisas de este Instituto, en el marco de lo dispuesto en el Convenio Cambiario N° 38, del 19 de mayo de 2017. *G.O.* N° 41.283 del 21-11-2017.

4. *Instituciones financieras*

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa al público en general el límite máximo de la tarifa que las instituciones bancarias podrán cobrar con ocasión del reembolso que hayan pactado con los negocios afiliados sobre los costos generados por la infraestructura tecnológica e insumos necesarios para la prestación del servicio de adquirencia de las operaciones de pago recibidas a través de puntos de venta. *G.O*. N° 41.218 del 21-08-2017.

Resolución Nº 17-09-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se reforma parcialmente la Resolución N° 11-11-05, contentiva del Reglamento del Sistema de Cámara de Compensación Electrónica. *G.O*. N° 41.244 del 26-09-2017.

Resolución Nº 17-09-02 del Banco Central de Venezuela, mediante la 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 2018", emitidos por el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES) durante el año 2017 para el otorgamiento de créditos al sector agrícola nacional, se hará conforme a lo previsto en el Artículo 2° de la Resolución N° 14-03-02, dictada por este Instituto el 13 de marzo de 2014, sin perjuicio de lo dispuesto en las Resoluciones que en ella se indican. *G.O*. N° 41.244 del 26-09-2017.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa al público en general los límites máximos de las tarifas que las instituciones bancarias podrán cobrar con ocasión al servicio de Pago Móvil Interbancario que en él se mencionan. *G.O*. N° 41.247 del 29-09-2017.

Resolución Nº 101.17 de la SUDEBAN, mediante la cual se dictan las Normas Relativas a la Aplicación de la Segunda Fase de Revaluación de Activos en las Instituciones Bancarias. *G.O*. N° 41.261 del 20-10-2017.

Resolución Conjunta Nº DM/120 y Nº DM/064 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y de Economía y Finanzas, mediante la cual se dictan las Normas Relativas a la Supervisión de las Personas Jurídicas que prestan Servicios de Traslado y Custodia de Valores a las Instituciones del Sector Bancario. *G.O*. N° 41.266 del 27-10-2017.

5. *Actividad aseguradora*

Resolución Nº 497/2017 del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas, mediante la cual se fija la contribución especial destinada a financiar el funcionamiento de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, en dos coma cinco por ciento (2,5%) el monto del aporte que deberán enterar los sujetos regulados al patrimonio. *G.O.* N° 41.205 del 02-08-2017.

Resolución Nº 498/2017 del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas, mediante la cual se fija en tres por ciento (3%) del monto de las primas de las Pólizas de Seguro de Salud, de las cuotas de los planes de salud y al monto del ingreso obtenido como remuneración por los contratos de administración de riesgo, correspondientes al Ejercicio Económico del año 2017. *G.O*. N° 41.205 del 02-08-2017.

6. *Cajas de ahorro*

Providencia Nº SCA-DETYP-0516-DL-0015 de la Superintendencia de Cajas de Ahorro, mediante la cual se establece que las Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro similares diversifiquen la cartera de inversiones, se les participa a los Consejos de

Administración y de Vigilancia que el límite máximo a ser invertido se sustituye el diez por ciento (10%) por treinta y cinco por ciento (35%) del Capital de la Asociación (entendiéndose por Capital los aportes del empleador y de los asociados). *G.O*. N° 41.258 del 17-10-2017.

7. *Telecomunicaciones*

Providencia Nº 094 de la CONATEL, mediante la cual se ordena la publicación de los modelos de equipos aprobados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, y que han sido objeto de modificación respecto a sus marcas originales durante el año 2016. *G.O*. N° 41.186 del 04-07-2017.

Aviso Oficial Nº 01 de la CONATEL, mediante el cual se reimprime por error material la Providencia Administrativa N° 096, de fecha 27 de julio de 2016, donde se Reforma Parcialmente el Plan Nacional de Numeración para Telefonía y Radiocomunicaciones Móviles Terrestres. *G.O*. N° 41.193 del 14-07-2017, reimpreso en N° 41.194 del 17-07-2017.

Providencia Nº 171 de la CONATEL, mediante la cual se dictan las normas relativas a la recopilación o captación de datos personales de los solicitantes de los servicios de telefonía móvil y telefonía fija, a través de redes inalámbricas o números no geográficos con servicios de voz nómada. *G.O.* N° 41.265 del 26-10-2017.

8. *Agricultura y pesca*

Resolución Nº DM/037/2017 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se prohíbe en todo el Territorio Nacional, las restricciones al libre tránsito de los rubros estratégicos e insumos para la Producción Agrícola Nacional. *G.O.* N° 41.199 del 25-07-2017.

Resolución Nº DM/038/2017 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se suspende la importación de animales y sus productos susceptibles de transmitir o vehiculizar el Virus de la Fiebre Aftosa procedentes de la República de Colombia. *G.O*. N° 41.199 del 25-07-2017.

Providencia Nº INSAI-045 del Instituto Nacional de Salud Agrícola Integral, mediante la cual se prorrogan los lapsos, condiciones y términos establecidos en la Providencia Administrativa INSAI que en ella se especifica, en la cual se regula el procedimiento y establecen los requisitos para el otorgamiento de los registros de productos que en ella se mencionan, en sustitución de los Registros emitidos por el extinto Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (SASA). *G.O*. N° 41.248 del 02-10-2017.

Providencia Nº INSAI-46 del Instituto Nacional de Salud Agrícola Integral, mediante la cual se establecen las Medidas y los Procedimientos Fitosanitarios para la Prevención, Control y Contención de la Enfermedad denominada Huanglongbing (HLB). *G.O*. N° 41.248 del 02-10-2017.

Resolución Nº DM/036 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se dictan las Normas sobre la Vigilancia, Prevención, Control y Erradicación de la Brucelosis Bovina. *G.O*. N° 41.249 del 03-10-2017.

Resolución Nº DM/047/2017 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se regula el Registro Único Obligatorio Permanente de Productores y Productoras Agrícolas (RUNOPPA). *G.O*. N° 41.259 del 18-10-2017.

Resolución Nº DM/052/2017 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se prohíbe la movilización de animales bovinos (vacunos y bufalinos) en pie, desde cualquier parte del país hacia las regiones fronterizas. *G.O*. N° 41.267 del 30-10-2017.

Resolución Nº DM/052/2017 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se establecen las medidas y los procedimientos fitosanitarios para la certificación del embalaje de madera fabricado de madera en bruto para la exportación e importación. *G.O.* N° 41.278 del 14-11-2017.

Resolución Nº DM/049/2017 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se declara el Grupo Genético Bovino Criollo Limonero como "Raza Criollo Limonero". *G.O*. N° 41.293 del 05-12-2017.

Resolución Nº DM/043-17 del Ministerio del Poder Popular de Pesca y Acuicultura, mediante la cual se Regula el Aprovechamiento, Comercialización, Procesamiento y Almacenamiento del Recurso Hidrobiológico Sardina (Sardinella Aurita) en la República Bolivariana de Venezuela. *G.O*. N° 41.295 del 07-12-2017.

9. *Energía y minas*

Resolución Nº 075 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se resuelve extender el ajuste de la producción de petróleo crudo, por un periodo de nueve (9) meses a partir del 1º de julio de 2017, conforme a los parámetros que disponga este Ministerio. G.O. N° 41.212 del 11-08-2017.

Decreto N° 3.188, mediante el cual se declara para uso minero ecosocialista las áreas que en él se mencionan, que se encuentran dentro de la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional "Arco Minero del Orinoco", así como establece los criterios para el desarrollo y el control de las actividades mineras, bajo los principios de coexistencia de usos, conservación de los recursos naturales y el ambiente, ética socialista, resguardo y defensa de la soberanía nacional, protección y respeto de los pueblos y comunidades indígenas, adaptabilidad, solidaridad, corresponsabilidad, racionalidad, confiabilidad, celeridad, eficiencia, calidad, transparencia, sustentabilidad, equidad, control social y participación del Poder Popular. *G.O*. N° 41.294 del 06-12-2017.

Resolución Nº 164 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se establece un Régimen de Revisión y Validación de Contratos Nacionales y/o Internacionales suscritos por PDVSA, sus Filiales y Empresas Mixtas, donde PDVSA detente acciones. *G.O*. N° 41.294 del 06-12-2017.

Resolución del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se establecen las condiciones generales de la licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados en los campos Patao y Mejillones. *G.O*. N° 41.302 del 18-12-2017.

Resolución Conjunta Nº DM/022274/2017, DM/355/2017 y DM/441/2017 de los Ministerios para el Poder Popular para la Defensa, para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para la Energía Eléctrica, mediante la cual se establece los lineamientos y directrices generales para definir, coordinar y supervisar las acciones públicas necesarias para garantizar el resguardo inmediato del Sistema Eléctrico Nacional, a fin de prevenir e impedir actos de sabotaje, terrorismo o cualquier otro daño contra los bienes públicos que pueda afectar la prestación del servicio eléctrico. *G.O.* N° 41.303 del 19-12-2017.

Decreto N° 3.228, mediante el cual se establece que a los fines del fortalecimiento del sistema económico nacional a través del aporte de la pequeña minería y mientras se conforman las alianzas estratégicas y/o cooperativas a que se contraen los Artículos 22, 23, 24 y Disposición Transitoria Novena 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, se autoriza a las personas, sociedades o formas de asociación que desempeñen actividades de minería a pequeña escala en áreas destinadas a las actividades mineras en el territorio nacional, a continuar efectuando la venta al Banco Central de Venezuela o a la entidad que éste designe, de los minerales estratégicos que provengan de las actividades primarias por ellas realizadas, de conformidad con lo previsto en el Artículo 31 del citado Decreto-Ley, durante el Ejercicio Fiscal 2018. Esta autorización podrá ser prorrogada para ejercicios sucesivos si las condiciones así lo ameritan. *G.O*. N° 41.309 del 28-12-2017.

Resolución Nº 0017 del Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico, mediante la cual se establece que de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Séptima del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y Demás Minerales Estratégicos, se prorroga por un (1) año la vigencia de la referida Disposición Transitoria, a partir del 31 de diciembre de 2017. *G.O*. N° 41.309 del 28-12-2017.

10. *Servicios e industrias*

Providencia N° 007/2017 de la Corporación Venezolana del Café, S.A., mediante la cual se prohíbe a los Productores de Caficultores Asociados (PACCAS), Asociaciones de Productores y Productoras en General, certificados por la Corporación Venezolana del Café, S.A., la tramitación de la autorización para la movilización y comercialización de café cereza, café pergamino y café verde, relacionada con intermediación. *G.O*. N° 41.240 del 20-09-2017.

Providencia Nº MJD-DS-674/2017 de la Superintendencia Nacional de Actividades Hípicas, mediante la cual se establecen las tarifas que se deben pagar por los Certificados emitidos por el Registro Genealógico de Equinos de la República Bolivariana de Venezuela que en ella se indican. *G.O*. N° 41.246 del 28-09-2017.

Resolución N° DM/518 del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas, mediante la cual se define la metodología de medición del material mínimo originario, los cuales serán calculados por categoría. Así como, la definición de origen de las autopartes, su clasificación nacional y las características mínimas generales de los vehículos y motocicletas asignados al Plan de Reimpulso del Sector Automotriz "Venezuela en Movimiento". *G.O*. N° 41.253 del 09-10-2017.

VII. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación*

A. *Educación básica y media*

Resolución Nº DM/0033 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se dicta el Plan de Estudio para la Educación Media General. *G.O*. N° 41.221 del 24-08-2017.

Resolución Nº DM/035 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se dictan las Normas que Direccionalizan los Elementos Centrales de la Conceptualización y Política para la Atención Educativa Integral de las Personas con Necesidades Educativas Especiales y/o con Discapacidad. *G.O*. N° 41.221 del 24-08-2017.

B. *Educación superior*

Resoluciones del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante las cuales se dictan los Reglamentos de Organización y Funcionamiento de las Universidades Politécnicas Territoriales que en ellas se indican. *G.O*. N° 6.321 Extraordinario de 04-08-2017.

Resolución Nº 059 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se dicta el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Universidad Politécnica Territorial del Oeste de Sucre "Clodosbaldo Russián". *G.O*. N° 41.214 del 15-08-2017.

2. *Régimen laboral*

Decreto Nº 2.966, 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 1º de julio de 2017, estableciéndose la cantidad que en él se menciona. *G.O.* N° 6.313 Extraordinario del 02-07-2017.

Decreto Nº 2.967, 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 público y privado, a diecisiete Unidades Tributarias (17 U.T.) por día, a razón de treinta (30) días por mes. *G.O*. N° 6.313 Extraordinario del 02-07-2017.

Decreto N° 3.068, mediante el cual se incrementa en cuarenta por ciento (40%) 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 2º de este Decreto, a partir del 1º de septiembre de 2017, estableciéndose en la cantidad de ciento treinta y seis mil quinientos cuarenta y cuatro Bolívares con dieciocho céntimos (Bs. 136.544,18) mensuales. *G.O*. N° 41.231 del 07-09-2017.

Decreto N° 3.069, 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 público y privado, a veintiún Unidades Tributarias (21 U.T.) por día, a razón de treinta (30) días por mes. Debiendo cada trabajador percibir mensualmente por este concepto el equivalente, en Bolívares, a seiscientas treinta Unidades Tributarias (630 U.T.), sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 7º del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Cestaticket Socialista para los Trabajadores y Trabajadoras. *G.O*. N° 41.231 del 07-09-2017.

Resolución Nº 608 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se convoca a una Reunión Normativa Laboral para la rama de la actividad del Sector Salud Pública de Alcance Nacional. *G.O*. N° 41.246 del 28-09-2017.

Resolución Nº 609 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se homologa la Reunión Normativa Laboral para la rama de la actividad de la Industria de la Confección Textil, que opera a escala Regional para el Distrito Capital y estado Miranda. *G.O*. N° 41.246 del 28-09-2017.

Decreto N° 3.138, mediante el cual se incrementa en un treinta por ciento (30%) el salario mínimo nacional mensual obligatorio en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, para las trabajadoras y los trabajadores que presten servicios en los sectores públicos y privados, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 2° de este Decreto, a partir del 01 de noviembre de 2017, estableciéndose la cantidad de ciento setenta y siete mil quinientos siete bolívares con cuarenta y cuatro céntimos (Bs. 177.507,44) mensuales. *G.O*. N° 41.269 del 01-11-2017.

Decreto N° 3.139, mediante el cual se ajusta la base de cálculo para el pago del Cestaticket Socialista para las trabajadoras y los trabajadores que presten servicios en los sectores públicos y privados, a treinta y un unidades tributarias (31 U.T.) por día, a razón de treinta (30) días por mes, pudiendo percibir hasta un máximo del equivalente a Novecientas Treinta Unidades Tributarias (930 U.T.) al mes, 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° 41.269 del 01-11-2017.

Decreto N° 3.143, mediante el cual se ordena el pago de tres (3) meses a las pensionadas y los pensionados del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, calculados con base al monto de la pensión que se le hubiere asignado al 01 de noviembre de 2017. A tales efectos, la base de cálculo estipulada en este Artículo se corresponde con el salario mínimo nacional mensual más el Bono Especial de Guerra Económica. *G.O*. N° 41.270 del 02-11-2017.

Decreto N° 3.232, mediante el cual se incrementa en un cuarenta por ciento (40%), el salario mínimo 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, quedando fijado en la cantidad de doscientos cuarenta y ocho mil quinientos diez bolívares con cuarenta y un céntimos (Bs. 248.510,41) mensuales, a partir del 01 de enero de 2018. *G.O*. N° 6.354 Extraordinario del 31-12-2017.

Decreto N° 3.233, 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 público y privado, a sesenta y un Unidades Tributarias (61 U.T.) por día, a razón de treinta (30) días por mes, pudiendo percibir hasta un máximo del equivalente a mil ochocientos treinta Unidades Tributarias (1.830 U.T.) al mes, 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° 6.354 Extraordinario del 31-12-2017.

3. *Cultura*

Providencia Nº 016/2017 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural la Agrupación Musical El Trabuco Venezolano y la Vida y Obra de Jorge Alberto Naranjo, iconos de la música popular venezolana. *G.O*. N° 41.241 del 21-09-2017.

Decreto N° 3.130, mediante el cual se asigna la edificación patrimonial conocida como Cuartel San Carlos como sede del Museo de la Memoria Histórica de las luchas populares del pueblo venezolano. *G.O.* N° 41.266 del 27-10-2017.

Providencia Nº 017/17 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural al Sistema Normativo del Pueblo Wayúu de Venezuela Aplicado por el Putchipü'u (Portador de la Palabra). *G.O*. N° 41.274 del 08-11-2017.

Resolución Nº 340 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se establece que la Bandera Nacional deberá ser enarbolada a toda asta, en todo el territorio nacional, en las edificaciones del Poder Público Nacional, dependencias militares, naves venezolanas; en las principales vías de transporte terrestre, puertos, aeropuertos y sistemas ferroviarios; establecimientos comerciales y casas o edificaciones particulares, el día 20 de noviembre de 2017, desde las seis de la mañana (06:00 a.m.) hasta las seis de la tarde (06:00 p.m.), hora en la que deberá ser arriada, con motivo de la celebración del bicentenario de la publicación del Decreto del Libertador y Padre de la Patria "Simón Bolívar" mediante el cual se incorpora la Octava Estrella en la Bandera Nacional. *G.O*. N° 41.280 del 16-11-2017.

Resolución Nº 351 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se establece que la Bandera Nacional, deberá ser enarbolada en todo el territorio nacional, a media asta, en las edificaciones del Poder Público Nacional Estadal y Municipal; dependencias militares; naves venezolanas; en las principales vías de transporte del territorio, puertos, aeropuertos y sistemas ferroviarios; establecimientos comerciales, casas o edificaciones particulares y en todas las plazas Bolívar del país, el día 17 de diciembre de 2017, en el horario que en ella se indica. *G.O*. N° 41.300 del 14-12-2017.

4. *Premios y condecoraciones*

Decreto N° 2.979, mediante el cual se crea el Premio Nacional de Historia, el cual será entregado cada año con el propósito de reconocer la dilatada trayectoria de las personas que se han dedicado a la investigación, el estudio, la divulgación o la docencia de la Historia, contribuyendo a la formación y reafirmación de la conciencia histórica del pueblo venezolano. *G.O*. N° 41.187 del 06-07-2017.

Resolución Nº 040/17 del Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno, mediante la cual se dictan las Normas que regulan la Creación E Imposición de Reconocimientos Barra "Honor al Mérito", Botón de "Honor", Diploma de "Reconocimiento", Botón de "Antigüedad" y Condecoración "Estrella del Centro Estratégico de Seguridad y Protección de la Patria". *G.O*. N° 41.255 del 11-10-2017.

Resolución Nº 052-2017 del Ministerio del Poder Popular para Industrias Básicas Estratégicas y Socialistas, mediante la cual se crea el "Premio al Heroísmo Obrero", como estímulo para reconocer y honrar el trabajo, convicción, compromiso, esfuerzo, solidaridad, patriotismo y gestión de trabajadores de la industria nacional. *G.O*. N° 41.308 del 27-12-2017.

5. *Salud*

Resolución Nº 612 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se declaran como enfermedades y/o eventos de interés de salud pública que deben ser notificadas al Centro Nacional de Enlace del Reglamento Sanitario Internacional 2005 (CNERSI - 2005) de la República Bolivariana de Venezuela, las que en ella se señalan. *G.O*. N° 41.283 del 21-11-2017.

Resolución Nº 613 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se crea la Oficina Sanitaria Internacional con la denominación OSI, como requisito fundamental dentro de la implementación del Reglamento Sanitario Internacional 2005, siendo este Ministerio el ente rector en la materia. *G.O*. N° 41.283 del 21-11-2017.

6. *Vivienda y hábitat*

Resolución Nº 110 del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, mediante la cual se establecen las condiciones de financiamiento que regirán el otorgamiento de créditos para la adquisición, autoconstrucción, ampliación y mejoras de vivienda principal con

recursos provenientes de los fondos regulados por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, con recursos provenientes de los fondos que al efecto cree, administre o especifique el Órgano Superior del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat. *G.O*. N° 41.267 del 30-10-2017.

Resolución Nº 122 del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, mediante la cual se exhorta a todas las personas naturales y jurídicas, nacionales y/o extranjeras, entes u organismos públicos o privados que se encuentren ejecutando obras de interés social, produciendo o comercializando materiales y componentes productivos, o prestando servicio dentro del marco de la Gran Misión Vivienda Venezuela, continuar ininterrumpidamente con las actividades involucradas durante el mes de diciembre de 2017, salvo los días feriados establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. *G.O*. N° 41.279 del 15-11-2017.

7. *Programas sociales*

Decreto N° 3.077, mediante el cual se crea el "Fondo Nacional para la Consolidación y Expansión de los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (FONCLAP)", como Servicio Desconcentrado sin personalidad jurídica, administrado, supervisado e integrado al Ministerio del Poder Popular de Agricultura Urbana. *G.O*. N° 41.234 del 12-09-2017.

8. *Cooperativas*

Providencia Nº 033-17 de la SUNACOOP, mediante la cual se dictan las Condiciones y Requisitos para el otorgamiento de la Certificación de Cumplimiento a las Asociaciones Cooperativas. *G.O*. N° 41.192 del 13-07-2017.

Providencia Nº 038-17 de la SUNACOOP, mediante la cual se dictan los Deberes Formales de Cumplimiento de las Asociaciones Cooperativas y Organismos de Integración con la Superintendencia Nacional de Cooperativas. *G.O*. N° 41.192 del 13-07-2017.

VIII. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Transporte y tránsito*

Decreto N° 3.014, mediante el cual se declara en Emergencia el Sistema Integrado y Multimodal de Transporte, la infraestructura, equipamiento, funcionabilidad del sistema de movimiento, instalaciones y servicios afines del transporte nacional terrestre, acuático y aéreo y sus servicios conexos competencia del Ministerio del Poder Popular para el Transporte. *G.O*. N° 6.319 Extraordinario del 01-08-2017.

A. *Sistema de transporte terrestre*

Exhorto Oficial del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante el cual se exhorta a los Alcaldes a nivel nacional quienes tienen la competencia en materia de tarifa de transporte urbano, a los gremios de transportistas y a las autoridades competentes a respetar y mantener las tarifas en sus áreas de competencia por debajo de la cantidad de doscientos ochenta Bolívares (Bs. 280,00). *G.O*. N° 6.329 del 25-08-2017.

Resolución Nº 001 del Órgano Superior de la Misión Transporte, mediante la cual se establecen las condiciones para garantizar el suministro a precios justos de cauchos, materias primas, subproductos y componentes asociados al neumático para el servicio público de transporte de pasajeros y de carga, a través de mecanismos idóneos, líneas estratégicas para el seguimiento y control de políticas públicas inherentes a la Misión Transporte. *G.O*. N° 41.310 del 29-12-2017.

B. *Sistema de transporte acuático y aéreo*

Providencia Nº PRE-CJU-GDA-1085-17 del INAC, mediante la cual se dicta las Condiciones en las cuales se regulan las Operaciones de Aeronaves de Aviación General con Matrícula Extranjera hacia y en el Territorio Nacional. *G.O*. N° 41.185 del 03-07-2017[6].

Resolución Nº 066 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se aprueba la actualización e implementación del sistema de tarifas e incentivos para los trámites, derechos aeronáuticos y servicios, prestados por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC), por el Instituto Aeropuerto Internacional de Maiquetía (IAIM), así como en los aeropuertos administrados por la Empresa del Estado Bolivariana de Aeropuertos S.A. (BAER), entes adscritos a este Ministerio. *G.O*. N° 41.223 del 28-08-2017[7].

Providencia Nº PRE-CJU-GDA-865-17 del INAC, mediante la cual se dictan las directrices que establecen los requisitos técnicos para la operación de aeronaves de aviación general y comercial, hacia los aeródromos en condiciones especiales de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O*. N° 41.225 del 30-08-2017[8].

Resolución Conjunta Nº 065 y S/N de los Ministerios del Poder Popular para el Transporte y de Economía y Finanzas, mediante la cual se establecen y regulan las tarifas a las cuales estarán sujetos los servicios portuarios proporcionados a personas naturales o jurídicas, en los puertos públicos de uso público de carácter comercial administrados por el Poder Ejecutivo Nacional. *G.O.* N° 41.227 del 01-09-2017.

Resolución Conjunta Nº 067 y S/N de los Ministerios del Poder Popular para el Transporte y de Economía y Finanzas, mediante la cual se reduce temporalmente las tarifas a ser pagadas por la Sociedad Anónima "Corporación Venezolana de Navegación S.A., VENAVEGA", adscrita a este Ministerio, por los servicios de pilotaje, remolcadores y lanchaje prestados por el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA). *G.O*. N° 41.227 del 01-09-2017.

Resoluciones N° 085 y 086 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante las cuales se declara la reversión inmediata al Poder Ejecutivo Nacional, por Órgano de este Ministerio, de la administración, así como de la infraestructura aeronáutica civil, con las respectivas competencias para la conservación, dirección y aprovechamiento del conjunto de sus instalaciones, bienes y servicios que sobre los mismos se ejercen, en los aeropuertos que en ellas se mencionan. *G.O*. N° 41.260 del 19-10-2017[9].

---

6 Transcripción disponible en Antonio Silva Aranguren y Gabriel Sira Santana: *Boletín de Derecho Aeronáutico*. Nº 7 (julio-septiembre 2017). Centro para la Integración y el Derecho Público. Caracas, 2017. En http://cidep.com.ve/files/bda/BDA07.pdf

7 *Ídem*.

8 *Ídem*.

9 Transcripción disponible en Antonio Silva Aranguren y Gabriel Sira Santana: *Boletín de Derecho Aeronáutico*. Nº 8 (octubre-diciembre 2017). Centro para la Integración y el Derecho Público. Caracas, 2017. En http://cidep.com.ve/files/bda/BDA08.pdf

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Semestre de 2017

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
Abogada
Secretaria de Redacción de la Revista

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Estados de excepción y emergencia económica*. 2. *Ley*. *Irretroactividad*. 3. *Leyes. Aprobación. Consulta Pública. Participación Ciudadana.*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*. A. Garantía de igualdad y no discriminación. 2. Derechos individuales. A. Derecho de petición y oportuna respuesta. B. Derecho a la tutela judicial efectiva. C. Derecho a la libertad de expresión. Limitaciones. 3. *Derechos Políticos*. A. Derecho a la participación política. B. Derechos de las organizaciones políticas. Postulación de candidatos. C. Democracia representativa. Derecho pasivo al sufragio. Edad para integrar juntas parroquiales. 4. *Derechos sociales y de la familia.* A. Derecho de los niños y adolescentes: Autorización para viajar. B. Alimentación complementaria. Lactancia materna.

III. ORDENAMIENTO ORGÁNICO

1. *La administración pública*. A. La administración descentralizada: Empresas del estado privilegios y prerrogativas. 2. *El Poder Judicial*. A. Tribunal Supremo de Justicia: Período de los Magistrados. Faltas Absolutas. Nuevas designaciones. B. Tribunal Supremo de Justicia. a. Competencias de la Sala Plena: Antejuicio de merito. Naturaleza. 3. *El Poder Público Estadal*. A. Organización territorial del Estado. Régimen de las unidades locales a nivel municipal. Creación por Ley de nuevas unidades locales: Comunas, juntas parroquiales etc. 4. *Poder Municipal*. A. Autonomía Municipal. Transferencia de competencias a entes comunales. Descentralización. B. Autonomía Municipal. Sometimiento del Municipio a un sistema de planificación centralizada.

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso administrativo especial*. A. Recurso contencioso electoral conjuntamente con solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos. B. Procedimiento: Terceros adhesivos.

V. PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN

1. *Expropiación*. A. Procedimiento judicial. Ocupación previa

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de inconstitucionalidad. Competencia*. 2. *Revisión constitucional.* 3. *Amparo contra Sentencias. Admisibilidad*. 4. *Sentencia*. A. Aclaratoria. B. Vicios. Motivación. C. Improcedencia de fundamenta la impugnación de una Ley en que regula aspectos de una reforma constitucional realizada por el pueblo.

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Estados de excepción y emergencia económica*

TSJ-SC (727) **25-9-2017**

PONENCIA CONJUNTA

Caso: Constitucionalidad Decreto N°3.074 del 11 septiembre de 2017 mediante el cual se declara el Estado de excepción y de la emergencia económica.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desarrolla varios extremos fundamentales de estos estados de excepción y determina los controles a los cuales deben sujetarse los decretos mediante los cuales se declaran tales circunstancias extraordinarias (artículos 236, numeral 7, 337, 338 y 339).

De otra parte, el desarrollo legislativo de esta figura jurídica extraordinaria de orden constitucional, está regulado como antes se apuntó en la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción, los cuales han sido definidos como circunstancias extraordinarias dotadas de la característica de la irresistibilidad de los fenómenos y la lesividad de sus efectos, que se plantean en un régimen constitucional, afectando o amenazando con hacerlo a sus instituciones fundamentales, impidiendo el normal desarrollo de la vida ciudadana y alterando la organización y funcionamiento de los poderes públicos (Rondón de Sansó, Hildegard. *El Régimen de los estados de excepción en la Constitución de 1999, en Cuatro Temas Álgidos de la Constitución Venezolana de 1999,* Caracas 2004).

En tal sentido, puede afirmarse que los estados de excepción son circunstancias de variada índole, que pueden afectar la seguridad de la Nación, de las instituciones o de los ciudadanos, para cuya atención no serían totalmente suficientes ni adecuadas a los fines del restablecimiento de la normalidad, las facultades de que dispone ordinariamente el Poder Público, y ante las cuales el ciudadano Presidente de la República, en Consejo de Ministros, está investido de potestades plenas para declarar tal estado, decretarlo o aumentar el número de garantías constitucionales restringidas con miras a proteger el bien común, y disponer de tales medidas en los términos que contemple en el Decreto respectivo, en el marco constitucional, para garantizar la seguridad y defensa de la República, y de su soberanía en todos sus atributos y aspectos; en fin, para proteger el propio orden constitucional.

En este orden de ideas, debe indicarse que tanto los estados de excepción como sus prórrogas solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios de que dispone el Estado para afrontarlos. De allí que uno de los extremos que han de ponderarse se refiere a la proporcionalidad de las medidas decretadas respecto de la *ratio* o las situaciones de hecho acontecidas.

Al respecto, como antes se indicó, el Decreto sometido al control de esta Sala plantea desde su primer artículo, que el mismo tiene como objeto decretar el Estado de Excepción, en el que el Ejecutivo, hace uso de dicha facultad, para disponer de la atribución para adoptar 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, aumentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida, dadas las situaciones fácticas y jurídicas bajo las cuales es adoptado y los efectos que debe surtir con la inmediatez que impone la gravedad o entidad de las circunstancias vulneradoras que el Poder Público, con facultades extraordinarias temporales derivadas del propio Decreto, pues el Presidente de la República como Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional está en la obligación de atender

para restaurar la normalidad en el funcionamiento del sistema socio-económico, para ponderar y garantizar de forma cabal e inaplazable los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y ciudadanas.

Por ello, se observa que se trata de un límite y ponderación legítima respecto del ejercicio de algunos derechos y garantías constitucionales, fundado en razones excepcionales, cuyo único propósito es establecer un orden alternativo, temporal y proporcional dirigido a salvaguardar la eficacia del Texto Constitucional y, por ende, la eficacia de los derechos y garantías, en situaciones de anormalidad de tal entidad que comprometan la seguridad de la Nación, de sus habitantes, la armonía social, la vida económica de la Nación, de sus ciudadanos o ciudadanas, así como el normal funcionamiento de los Poderes Públicos y de la comunidad en general.

Observa esta Sala Constitucional que el Decreto N° 3.074 del 11 de septiembre de 2017, mediante el cual se decreta el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, atiende de forma prioritaria aspectos de seguridad económica, que encuentran razón, además, en el contexto económico latinoamericano y global actual, y resulta proporcional, pertinente, útil y necesario para el ejercicio y desarrollo integral del derecho constitucional a la protección social por parte del Estado, ineludibles para la construcción de una sociedad justa y amante de la paz y para la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, conforme a lo previsto en el artículo 3 Constitucional.

De allí que se estime ajustado al orden constitucional y por ende procedente, que el Ejecutivo Nacional, constatadas las circunstancias suscitadas y que se mantienen en el espacio geográfico de la República, emplee las medidas amparadas por el decreto bajo estudio, en cumplimiento del deber irrenunciable e ineludible del Estado Venezolano de garantizar el acceso oportuno de la población a bienes y servicios básicos y de primera necesidad, así como el disfrute de sus derechos en un ambiente pleno de tranquilidad y estabilidad, asegurando el derecho a la vida de todos los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela.

En fin, estima esta Sala que el Decreto sometido a control de constitucionalidad 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.

Finalmente, esta Sala reitera una vez más que el órgano legislativo nacional se encuentra en flagrante desacato al Poder Judicial, específicamente, a las decisiones dictadas por esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; razón por la cual, cualquier acto mediante el cual se pretenda desaprobar o inobservar el decreto antes indicado es nulo, inexistente, ineficaz y carente de validez. Así se declara.

Igual sentido: TSJ-SC (547) 25-7-2018 y (959) 22-11-2018

2. *Ley. Irretroactividad*

TSJ-SPA (1186) **2-11-2017**

Magistrada Ponente: Bárbara Gabriela César Siero

Caso: (C.A.N.T.V), así como integrantes del Comité Ejecutivo de la Federación de Trabajadores de las Telecomunicaciones (FETRATEL).

La Sala reiteró que el principio de irretroactividad de la ley es uno de los principios informadores del ordenamiento jurídico, el cual está estrechamente vinculado con el de seguridad jurídica y el de legalidad.

(…)

3. "*Violación al principio de irretroactividad*".

Denunciaron que el numeral 3 del artículo 4 del "Anexo C", de la mencionada Convención Colectiva "*viola los artículos 24 y 89 Constitucionales, porque se aplica retroactivamente y se desmejora el derecho de los jubilados contraviniendo los principios de irretroactividad de la ley y la progresividad de los derechos laborales*".

En este orden de consideraciones, conviene precisar lo establecido en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone lo siguiente:

"**Artículo 24.** *Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o a la rea conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea*".

El artículo antes transcrito, prohíbe la aplicación de una normativa nueva a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia, de forma que la disposición novedosa resulta ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado, "…*permitiéndose la retroactividad de la norma sólo en casos excepcionales*." Dichas situaciones de excepción han sido delineadas vía jurisprudencial, mediante el análisis de diversos contextos que pudieran dar lugar a una aplicación retroactiva de la ley. (*Vid.* Sentencia de esta Sala Nº 00729 publicada el 19 de junio de 2008).

A su vez, la jurisprudencia de esta Sala ha determinado que dicho principio está referido a la prohibición de aplicar una normativa nueva a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia, de forma que la disposición novedosa resulta ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado, permitiéndose la retroactividad de la norma sólo como defensa o garantía de la libertad del ciudadano. Esta concepción permite conectar el aludido principio con otros de similar jerarquía, como el de la seguridad jurídica, entendida como la confianza y predictibilidad que los administrados pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación del Ordenamiento Jurídico vigente; de modo tal que la previsión del principio de irretroactividad de la ley se traduce, al final, en la interdicción de la arbitrariedad en que pudieran incurrir los entes u órganos encargados de la aplicación de aquella. (*Vid.* Sentencia Nº 0505 del 9 de mayo de 2017).

Ahora bien, en el presente caso considera la Sala que la Administración no incurrió en la violación del principio de irretroactividad de la ley, por cuanto no se aplicaron nuevas normas a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia, en el caso especifico, el derecho a obtener la jubilación, siendo que verificó la Sala que tanto en la Convención Colectiva 2007-2009 y la del año 2009-2011, fueron redactados de manera idéntica los supuestos de procedencia para que los trabajadores obtuvieran el referido beneficio respecto a los años de servicio según la fecha de su ingreso, por lo cual no habría lugar a establecer que se infringieron los artículos 24 y 89 de la Constitución. Así se declara.

3. *Leyes. Aprobación. Consulta Pública. Participación Ciudadana*

TSJ-SC (355) 16-5-2017

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

La Sala interpreta el artículo 211 de la Constitución sobre el sentido de la consulta popular a las leyes que puede ser realizada en forma distinta a la prescrita en la norma.

La disposición constitucional invocada como vulnerada por la Sindicatura del Municipio Chacao del Estado Miranda, es la siguiente:

> **"Artículo 211**.- La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión u aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre las mismas. Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes los Ministros o Ministras en representación del Poder Ejecutivo; el Magistrado o Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el o la representante del Poder Ciudadano designado o designada por el Consejo Moral Republicano; los o las integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un o una representante designado o designada por el Consejo Legislativo y los o las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el Reglamento de la Asamblea Nacional".

Tal como se indicó en el escrito de demanda presentado, la representación de esa entidad municipal denuncia la falta de cumplimiento de la referida disposición constitucional. A tal efecto, indicó la accionante que los lapsos en que se llevó a cabo la reforma de la ley impedían a todo evento la realización de la consulta pública, lo que permitiría evidenciar que el procedimiento de formación no reparó en otorgar un período para la participación de la colectividad y de los entes involucrados.

Al respecto, la Procuraduría General de la República aseveró que sí se otorgó dicha consulta mediante la publicación de un anuncio emplazando a la participación de las partes interesadas. Como fundamento de ese señalamiento, presentaron, con el carácter de prueba, la dirección electrónica donde se permitiría constatar el otorgamiento de los plazos para la participación de la colectividad.

En ese sentido, esta Sala Constitucional, mediante Oficio n.° 13-0813 requirió al Presidente de la Asamblea Nacional que informara sobre la realización de la consulta pública efectuada sobre el entonces Proyecto de la actual Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Dicho funcionario a tal efecto envió copia del Informe que a su vez remitió a la Presidencia de la Asamblea Nacional el diputado Julio Rafael Chávez, con el carácter de Presidente de la Comisión Permanente del Poder Popular y Medios de Comunicación, en el cual indica el procedimiento llevado a cabo para la consulta pública en cuestión. En dicho oficio, se lee:

> "La realización del proceso de consulta sobre los proyectos del denominado Bloque de Leyes del Poder Popular: Ley Orgánica del Poder Popular, Ley Orgánica Planificación (sic) Pública y Popular, Ley Orgánica de las Comunas, Ley Orgánica de Contraloría Social y Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, **trajo un agregado de propuestas surgidas en el desarrollo de las jornadas del proceso de consulta planificadas por la Comisión Permanente de Participación Ciudadana, Descentralización y Desarrollo Regional de la Asamblea Nacional**.

> De acuerdo con el Informe de Gestión de la instancia legislativa antes mencionada, previo a la aprobación de las Leyes del Poder Popular en diciembre de 2010, se llevó a cabo un conjunto de consultas entre el 21 de julio de 2010 y el 12 de septiembre de 2010.
>
> (…) que en el transcurrir de la mencionada consulta pública con las comunidades, organizaciones sociales e instituciones del Estado, se determinó la necesidad de reformar otras leyes profundamente vinculadas con el desarrollo de los 'medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía', para concatenarlas y armonizarlas con las Leyes del Poder Popular (todas de rango orgánico y especiales en materia de participación ciudadana).
>
> (…) es así como en el 2006, en el marco de la reforma a la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, donde se pensaba incluir un Capítulo para determinar la organización y funcionamiento de los Consejos Comunales, fue el pueblo el que en dichas jornadas de consulta determinó que lo conveniente era hacer una ley específica para los consejos comunales, en el año 2010 y en el marco del tema en discusión, surgió del pueblo la propuesta de reformar parcialmente la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM), con fundamento en lo siguiente:
>
> 1. La LOPPM, no puede quedar exceptuada de su contribución jurídica a la conformación, implementación y consolidación de la institucionalidad del Poder Popular.
>
> 2. Las juntas parroquiales, cuya definición y organización están definidas en la LOPPM, forman parte al igual que el alcalde y los concejales, del Sistema Nacional de Planificación participativa y Protagónica (sic), establecido en la Ley Orgánica de Planificación Publica (sic) y Popular.
>
> 3. Imprescindible es establecer un marco de relación directa entre las juntas parroquiales y los consejos comunales, para una labor de gestión pública coordinada entre estas instituciones, las comunas y las municipalidades.
>
> 4. Todo lo anterior conlleva a establecer dicha reforma para hacer de las juntas parroquiales entidades vinculadas plenamente con las facultades que se atribuyen al pueblo en las leyes del Poder Popular".

El mencionado Informe alude a que la propuesta de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, se originó a partir de la consulta popular del bloque de Leyes del Poder Popular. En este caso, si bien el objeto de la consulta no fue directamente la Ley reformada, el propósito de este acto político complementario del actuar legislativo se cumplió, al provenir la propuesta directamente de la sociedad organizada, dentro del marco del llamado bloque de Leyes del Poder Popular.

En efecto, resulta necesario revisar la estructura del artículo 211 constitucional, cuyo contenido estipula dentro de su configuración normativa dos elementos, traducidos en los verbos que hacen de sí el núcleo del precepto en cuestión: (i) "…***consultarán a****…";* (ii) *"… para* ***oír*** *su opinión…"*. El elemento esencial de la disposición determina un mandato de optimización que debe ser cumplido, por cuanto de manera taxativa exige al cuerpo legislativo que lleve a cabo de la mejor manera la solicitud de opiniones a los posibles interesados en la conformación de la norma y escuchar las opiniones que, al respecto, puedan presentar sobre determinados puntos, sean consideraciones de índole jurídica, política, cultural, económica o social.

La noción de las palabras fundamentales amerita su definición en los términos más esenciales. Así, la Real Academia Española entiende por ***consultar*** lo siguiente: *"1. Examinar, tratar un asunto con una o varias personas. 2. Buscar documentación o datos sobre algún asunto o materia. 3. Pedir parecer, dictamen o consejo. 4. Dicho de un consejo, un tribunal o de otros cuerpos antiguos: Dar, al rey su autoridad, dictamen por escrito sobre un asunto, o proponerle sujetos para un empleo"*. Por su parte, la Academia define por ***oír***: *"1.*

Percibir con el oído los sonidos. 2. Dicho de una persona: Atender los ruegos, súplicas o avisos de alguien, o a alguien. 3. Hacerse cargo, o darse por enterado, de aquello de que le hablan. 4. Asistir a la explicación que el maestro hace de una facultad para aprenderla. 5. Dicho de la autoridad: Tomar en consideración las alegaciones de las partes antes de resolver la cuestión debatida".

Las acepciones literales de los elementos que circundan la disposición permiten entender que el artículo 211 constitucional procura la divulgación del contenido legislativo para politizar a los colectivos sociales acerca del contenido y objetivo de la norma que desde la instancia legislativa se proyecta. Esto es, que la sociedad conozca y se apropie tanto del fin como de los mecanismos para alcanzarlo que desde la norma se definen para lograr la mejor configuración del cuerpo social. Siendo así, es necesario entonces aceptar que también se cumple con este extremo constitucional cuando el proceso de apropiación del fin y de los medios normativos para alcanzarlo, opera en una fase previa a la instancia legislativa, esto es, cuando como manifestación de su consciencia política, son los colectivos sociales los que diagnostican la necesidad de reformar artículos de leyes ya existentes para la coherencia en la mejor configuración del cuerpo social, que fue precisamente lo que ocurrió en el caso de autos, dando fundamento a la desestimación de la denuncia planteada en este aspecto, aun cuando la consulta, desde la perspectiva jurídica –ya no política- sea un mecanismo auxiliar de consulta conexo al proceso legislativo, pero que no se mimetiza con la función legislativa.

Por tanto, analizado los fundamentos expuestos, así como el Informe que remitió a la Presidencia de la Asamblea Nacional el diputado Julio Rafael Chávez, en el cual indica el procedimiento llevado a cabo para la consulta pública en cuestión, cuyo contenido y alcance no fue objetado por la parte recurrente en la presente causa, se aprecia que la sociedad tuvo oportunidad de participar en la elaboración y corrección del proyecto de ley correspondiente, por lo que esta Sala estima improcedente la denuncia formulada por los recurrentes respecto a la inconstitucionalidad del procedimiento de formación de la Ley. Así se decide.*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*

A. *Garantía de igualdad y no discriminación*

TSJ-SC (884) **3-11-2017**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchan

Caso: Eglims Peñuela Lovera e Irama Rosal

(..) Como parte de la garantía a la dignidad humana se ha avanzado en el reconocimiento de los derechos de la mujer, los cuales vienen siendo objeto de regulación a lo largo de la historia en diversos instrumentos legales, producto de la misma lucha que las mujeres desde todos los ámbitos han desarrollado para tal fin.

---

* Véase sobre la sentencia Nº 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza "Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario" y de José Ignacio Hernández "Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas", publicados en la revista Nº 149-150, primer semestre 2017.

En este sentido, se aprecia la participación que hace la República Bolivariana de Venezuela a nivel internacional, originariamente cuando entró en vigor como Tratado Internacional el 3 de septiembre de 1981 y ratificada el 2 de mayo de 1983 la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, mejor conocido por sus siglas en inglés CEDAW. En dicha Convención se le da importancia a la incorporación de los derechos de la mujer en la esfera de los derechos humanos en sus distintas manifestaciones.

Este último, es un tratado de derechos humanos que de manera especial realza los derechos reproductivos de las mujeres, como elemento influyente que determina los roles de género y las relaciones familiares, por lo que pudiéramos considerar que es el instrumento fundamental para los derechos de la mujer y el compromiso mundial de acabar con todas las formas de discriminación.

Al efecto, la CEDAW está regida por tres principios básicos: 1) Igualdad de condiciones; 2) No discriminación; y 3) Responsabilidad estatal.

En su artículo 18, numeral 1° establece que:

> "*Los Estados Partes se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención y sobre los progresos realizados en este sentido* (…)".

Esta Sala estima que ha sido fundamental la posición que ha fijado el CEDAW, en cuanto al manejo del uso de la imagen de la mujer, a los fines de evitar su trato denigrante, discriminatorio y codificador ante la sociedad. La violencia social y la violencia familiar evidencian graves violaciones a los derechos de las mujeres implicando cosificación, siendo las mujeres tratadas como objetos de pertenencia de quienes se pueden abusar, a quienes se pueden violentar.

El Estado tiene encomendado acatar las recomendaciones internacionales en materia de derechos de las mujeres, especialmente en lo relativo a su salud sexual y reproductiva, prohibiendo, entre otros, el manejo indebido de la figura femenina en los medios publicitarios. (…)

En este sentido, la República Bolivariana de Venezuela ha efectuado avances fundamentales para proteger a las mujeres, tomando en consideración precisamente el compromiso que tiene como República y como Estado Parte en los distintos pactos y tratados internacionales, de cara a la obligatoriedad en proteger a la mujer en su integridad. Así se ha podido avanzar para solventar las posibles desigualdades, eliminar las barreras institucionales, sociales, económicas, entre otras, que puedan enfrentar las mujeres.

Estos avances feministas se evidencian particularmente en el aspecto de la obtención de acceso a la justicia, así como la protección de las mujeres víctimas de discriminación por motivos de sexo y /o género. El Poder Judicial venezolano ha facilitado su acceso a la asistencia jurídica de forma gratuita, a través de la figura de los defensores públicos en la materia que sea necesaria.

En el aspecto institucional, se han promovido organismos para velar por los derechos de las mujeres; tal es el caso del Ministerio del Poder Popular para la Mujer y la Igualdad de Género.

De igual modo, existe una tendencia clara y manifiesta con relación a los estereotipos, las diferentes campañas efectuadas en los medios de comunicación social para neutralizar posibles discriminaciones, así como velar para que todas las autoridades y funcionarios públicos estén sensibilizados en esta materia.

Con relación a la participación de las mujeres en el ámbito público, se ha establecido una paridad en la participación de las mujeres sin considerar ningún tipo de discriminación por el género, llegando inclusive a ocupar cargos relevantes de responsabilidad y liderazgo.

Así también, merece resaltarse el avance jurisprudencial que se ha venido materializando en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, específicamente en esta Sala Constitucional, cuando se ha pronunciado en torno a las mujeres víctimas de la violencia de género, la cual es vista a nivel mundial como un asunto de *salud pública*, cuyas raíces se encuentran en la cultura patriarcal de nuestra sociedad, caracterizada por la subordinación y discriminación hacia la mujer; impidiendo así el goce efectivo de sus derechos, entre ellos el de la *igualdad ante la ley* (*Vid*. Sentencia de la Sala Constitucional Nº 695-2015, Nulidad de oficio: se anula parcialmente el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal por reedición del derogado 395 y se interpreta constitucionalmente el indicado artículo 393).

Asimismo, estima esta Sala referir que cuando el numeral 2 del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace referencia a la adopción de medidas positivas a favor de personas discriminadas, marginadas o vulnerables y que se encuentren en situación de debilidad frente a los abusos o maltratos, visualiza un grupo poblacional tradicionalmente vulnerable como son las mujeres (*Vid*. sentencia de la Sala Constitucional N° 229 de fecha 14/02/2007, en la que se declara el carácter orgánico de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia). [Véase *Revista de Derecho Público* Nº 109 de 2007 p. 86 y ss.]

De todo ello se colige que la protección y fomento de una vida libre de violencia para las mujeres es una política de Estado en Venezuela, por lo que viene muy al caso destacar que en sentencia Nº 486/2010, la Sala Constitucional ha advertido que "…los jueces y operadores jurídicos en general, en materia de género, deben abandonar los tradicionales esquemas del sistema social patriarcal y androcéntrico imperante, de las creencias, comportamientos, roles, expectativas y atribuciones que sustentan a dicho sistema, así como la discriminación y violencia contra las mujeres en general, y adoptar fielmente el régimen especial de protección a favor de las mujeres, en pro de la justicia social, pues de lo contrario se estaría vulnerando la integridad física y moral de quien demanda esa protección especial…" (*Vid*. sentencia de la Sala Constitucional N° 486 de fecha 24/05/2010, caso: Emérito Playonero Caidedo).

En este orden de ideas, esta Sala observa de las publicaciones efectuadas por el Semanario "El Heraldo" y traídas a los autos, suficientemente identificadas, suponen una flagrante violación a los derechos de la mujer, pues son demostraciones claras de la cosificación, materialización de imágenes de mujeres usadas como objeto sexual, pues el empleo de la pornografía supone ignorar las capacidades intelectuales de las cuales gozan las mujeres y su reducción a simples instrumentos de placer para los hombres, dejando de reconocer y enaltecer su inteligencia y potencialidades.

TSJ-SPA (1186) 2-11-2017

Magistrada Ponente: Bárbara Gabriela César Siero

Caso: (C.A.N.T.V), así como integrantes del Comité Ejecutivo de la Federación de Trabajadores de las Telecomunicaciones (FETRATEL).

3. "*Violación al principio de igualdad*".

Alegaron la violación del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y señalaron que "*también el literal B del numeral 1 del Artículo 15* (…) *incurre en discriminación de sexo-género* [toda vez que] *en el caso de fallecimiento del jubilado varón*

no casado, la concubina se asimilará a la esposa (…) *sin embargo, este supuesto no se da en caso de que la fallecida fuera* [una] *mujer y a su concubino entonces se le niega este derecho de forma absurda en razón de su género*". (Agregados de la Sala).

Asimismo, adujeron que el artículo 13 del "Anexo C" "*del contrato colectivo también violenta la Carta Magna*" al incurrir en discriminación por cuanto "*se le niega* [el] *derecho de forma absurda en razón de su género* [al concubino]". (Agregados de la Sala).

Respecto a esta denuncia, resulta oportuno citar el fallo de esta Sala Nº 00048 del 19 de enero de 2011, que ocasión a un proceso judicial planteado contra la misma actuación administrativa, precisó lo siguiente:

> *"Indicó la asociación recurrente que el artículo* ***13 del Anexo C*** *resulta discriminatorio, toda vez que otorga el beneficio de la pensión de jubilación por sobrevivencia a la concubina del causante, mas no al concubino, en el supuesto de que la fallecida sea mujer, generando con ello "una horrible segregación con base en el sexo género". En efecto, la disposición establece:*
>
> ***"ARTÍCULO N° 13:***
>
> *La pensión de sobrevivientes se causará por el fallecimiento del beneficiario de una pensión de jubilación o de un trabajador que a la fecha de su muerte llenare los requisitos para tener derecho a la jubilación normal. Tendrán derecho por partes iguales a la pensión de sobrevivientes, los hijos y el cónyuge del causante, que a la fecha de la muerte de éste cumplan las condiciones que a continuación se especifican:*
>
> *1. Los hijos de edad inferior a catorce (14) años en todo caso, o inferior a dieciocho (18) años si cursaren estudios regulares o de cualquier edad si se encuentran totalmente incapacitados.*
>
> 2. *El cónyuge cualquiera que sea su edad.*
>
> *Iguales derechos y obligaciones tendrán la concubina del causante*". (Destacado de la Sala)
>
> *Asimismo, adujo que el literal b del numeral 1 del artículo 15 (Anexo C) incurre en discriminación de sexo-género, en los siguientes términos:*
>
> *'B) En los casos de jubilados varones que no estuvieren casados, la concubina se asimilará a la esposa cuando se den las siguientes condiciones:*
>
> *a) Que haya convivido con el jubilado en los dos (2) años anteriores al fallecimiento de éste; y*
>
> *b) Que la mujer no sea casada'.*
>
> *De la mencionada norma se desprende, como lo indicó la parte recurrente que, ciertamente no se incorporó dentro del beneficio al concubino de la causante. Ahora bien, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, cuya consagración como derecho fundamental se encuentra en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.*
>
> *Constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley, en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley, esto es, con relación a su contenido.*
>
> *En efecto, el principio de igualdad implica un trato de igual para quienes se encuentren en situación de igualdad, igualdad como equiparación, y un trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad, igualdad como diferenciación. En este último supues-*

to, para lograr justificar el divergente tratamiento que pretende aplicarse, el establecimiento de las diferencias debe llevarse a cabo con base en ***motivos objetivos, razonables y congruentes****; de allí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. (Ver sentencias de la Sala Constitucional 898 del 13 de mayo de 2002 y 1.457 del 27 de julio de 2006)*

Así pues, pueden introducirse diferencias de trato las cuales no resultarían discriminatorias, siempre que se hallen justificadas en la objetividad, racionalidad y la proporcionalidad. En este orden de ideas, la Sala Constitucional en decisión N° 1.709 del 07 de agosto de 2007, dictaminó que:

(...)

En el caso concreto, se observa que la parte accionante denunció el trato desigual que se otorga al concubino respecto a la concubina del trabajador fallecido, al cual no se le confiere la posibilidad de obtener la pensión de sobrevivencia del trabajador que se ha hecho acreedor del beneficio de jubilación, constituyendo esto una vulneración de los principios de no discriminación y progresividad de los derechos.

En este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 77 protege a la institución del matrimonio entre un hombre y una mujer, garantizándoles la igualdad absoluta de los derechos y deberes, y asimismo equipara sus efectos a las uniones estables de hecho que cumplan los requisitos establecidos en la ley.

De igual manera, el Estado protege a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas (Artículo 75 del Texto Constitucional), garantizando la protección tanto de la madre, como del padre o de quienes ejerzan la jefatura de la familia. Asimismo, en su artículo 76 eiusdem dispone que la maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre.

En consonancia con lo anterior, puede concluirse que el Estado protege a las familias en su pluralidad, sin discriminación alguna de los y las integrantes que la conforman. De allí que el hombre y la mujer que integran una unión estable de hecho gozan de los mismos derechos y tienen entre sí los mismos deberes, ello en procura de la protección integral de la familia y de los hijos.

De la lectura de la estipulación bajo análisis, se desprende que al enumerarse los parientes del trabajador que se constituyen en beneficiarios de la pensión cuando ocurre su muerte, lo que se pretendió fue proteger a aquellos que dependían económicamente del trabajador fallecido, en aras de la protección del seno familiar, a saber: los hijos de edad inferior a catorce (14) años o inferior a dieciocho (18) años si cursaren estudios regulares o de cualquier edad si se encuentran totalmente incapacitados, el cónyuge cualquiera que sea su edad y la concubina del causante.

Ahora bien, al realizarse una interpretación acorde con las normas constitucionales protectoras de la familia y de los derechos humanos, específicamente el derecho a la igualdad, se entiende, que la no incorporación del concubino en la obtención de la referida contraprestación económica, en caso de fallecimiento de la trabajadora, supone no sólo una violación del principio de equidad de género que transversaliza y define las nuevas relaciones en la sociedad actual, sino también una afectación del grupo familiar al producirse un desajuste dentro de sus ingresos con los cuales se contribuye en el pago de los gastos básicos y necesarios, teniendo igualmente el concubino el derecho de obtener el beneficio, al ser corresponsable de manera compartida e igualitaria en la satisfacción de las necesidades básicas de los suyos.

Por tanto, encuentra esta Sala que la omisión de la figura del concubino dentro de la disposición analizada supone un trato desigual que en principio no obedece a un motivo objetivo y razonable, por lo que su no incorporación comporta una discriminación fundada en el sexo que resulta a todas luces violatoria del principio de progresividad de los derechos humanos, del derecho a la igualdad ante la ley, y a la no discriminación.

En consecuencia, se considera ajustado a Derecho el alegato invocado, de allí que deba entenderse que la pensión de sobrevivencia tendrá derecho a obtenerla en igualdad de condiciones tanto la concubina como el concubino del trabajador(a) fallecido(a), sólo respecto a los recurrentes en el marco del presente caso, hasta que se decida el recurso de nulidad de autos. Por tanto, se declara procedente la solicitud de amparo sobre el aludido aspecto del contrato colectivo. Así se decide.

Conforme al criterio expuesto, en relación al artículo 13 del "Anexo C" al que aluden los demandantes, considera esta Sala que el contenido del mismo resulta discriminatorio al no otorgar al concubino de la mujer trabajadora la igualdad de derechos y beneficios que se encuentran previstos para la concubina causante respecto a la pensión de sobreviviente cuando se trate del fallecimiento del trabajador varón, en ese sentido la omisión de incorporación por razones de sexo, respecto al concubino causa violación a la igualdad consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por lo cual esta Máxima Instancia ratifica que dicha disposición al ser violatoria del principio de igualdad, debe entenderse entonces que el derecho a la pensión de sobreviviente a la que hace alusión el artículo 13 de la Convención Colectiva 2009-2011, involucra tanto a la concubina del trabajador fallecido como al concubino de la trabajadora fallecida, tal y como fue señalado en el fallo anterior. Así se declara.

En ese sentido, declara esta Sala con lugar la denuncia formulada respecto a la violación de los principios de igualdad y no discriminación. Así se determina.

2. *Derechos individuales*

A. *Derecho de petición y oportuna respuesta*

TSJ-SE (214) **7-12-2017**

Magistrada Ponente: Indira Alfonzo Izaguirre

Caso: Asociación Civil Transparencia Venezuela vs. la Comisión de Participación Política y Financiamiento del Consejo Nacional Electoral.

Respecto del alegado derecho de petición, el cual se encuentra establecido en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se observa que es del tenor siguiente:

Artículo 51. Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta.

Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 745 de fecha 15 de julio de 2010 ha interpretado que el derecho de petición y oportuna respuesta respecto de los funcionarios y entes de la Administración Pública supone que, ante la petición de un particular, la Administración se encuentra en la obligación de dar respuesta específica a la solicitud; o en todo caso, indicar las razones por las cuales no resuelve respecto de lo que se le hubiere solicitado (*vid*. sent. 2031/2003 caso: *Miguel Antonio Albornoz Rodríguez y Rosalba Marcano de Albornoz)*, sin que sea obligatorio dar una respuesta favorable a la petición del administrado (…)

En este sentido, la Sala Electoral habiendo constatado que no existe obligación legal de la Administración Electoral que exija el cumplimiento de emitir un acto de contenido particu-

lar respecto de las denuncias formuladas, ya que al recapitular el contenido de las disposiciones de la Ley Orgánica de Procesos Electorales y su Reglamento General, se observa que el inicio de la averiguación administrativa sobre publicidad y propaganda electoral constituye una potestad de la Administración Electoral que puede ser impulsada de oficio, o a instancia de parte mediante denuncia del interesado, con la previa verificación del cumplimiento de los requisitos que debe contener el escrito de denuncia, y solo en caso de encontrar indicios suficientes. Así, en caso que sea iniciada la averiguación, mediante acto de apertura se formará y sustanciará el expediente respectivo. En caso contrario, es decir, de no cumplir la denuncia las condiciones exigidas para su debida tramitación, o de ausencia de indicios suficientes para iniciar la averiguación, se desestimará la denuncia y se ordenará su archivo.

Ahondando más en la concepción de la denuncia, se puede afirmar que esta no es un modo de inicio *per se* del procedimiento de averiguación administrativa, sino que a través de ella el denunciante actúa como colaborador de la Administración, ya que pone en su conocimiento la ocurrencia de un hecho, que, de encontrarse indicios suficientes, puede dar lugar al inicio de la averiguación administrativa.

En este sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en decisión N° 1899 del 26 de octubre de 2004, con relación a la figura de la denuncia apreció que "(…) *sólo determinará el inicio formal del procedimiento cuando el órgano administrativo la valore y considere que los hechos en ella denunciados pueden ser subsumidos en alguno de los supuestos prohibidos por la Ley*".

Sobre el particular, esa misma Sala en decisión N° 1705 del 25 de noviembre de 2009, señaló que:

> (…) debe esta Sala reiterar que la denuncia constituye un acto preliminar a través del cual la Administración Pública llega a tener conocimiento de unos hechos, que podrán ser considerados por el órgano competente como suficientes para comenzar el procedimiento sancionatorio respectivo, o bien ser desestimados por no constituir falta alguna o por infundados. De allí, que la "*legitimidad*" de un denunciante no es un presupuesto necesario para que la Administración Pública realice una averiguación sancionatoria, toda vez que, en definitiva, es el órgano competente quien, si lo estima procedente, inicia dicho procedimiento con ocasión a los hechos descritos por quien formula la denuncia. (*Vid*. Sentencia N° 2119 del 31 de octubre de 2000).

En este orden de ideas, visto que de acuerdo a los artículos 66 numeral 5 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, 85 y siguientes de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, y 224 del Reglamento General es potestad de la Administración Electoral ordenar el inicio de la averiguación administrativa por hechos relacionados con la supuesta infracción de normas relativas a publicidad y propaganda electoral, no podría ser condenada a una obligación de hacer, con fundamento en la violación del derecho constitucional de petición, en virtud de no haber dado una pretendida respuesta al particular sobre el inicio de dicho procedimiento, ya que es necesario que exista obligación legal de actuación, conforme al principio de legalidad.

B. *Derecho a la tutela judicial efectiva*

TSJ-SC (831) **27-10-2017**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Los requisitos y formas exigidos legalmente para la tramitación de los recursos, serán manifiestamente violatorias del derecho a la tutela judicial efectiva (en sus vertientes del derecho de acceso a la justicia y del derecho al recurso), cuando impongan limitaciones en

el acceso a los recursos, que carezcan de toda justificación razonable, es decir, cuando se rompa la proporcionalidad exigible entre la finalidad del requisito y las consecuencias para el derecho a la tutela judicial efectiva.

A fin de delimitar el objeto del presente asunto, esta Sala observa que mediante su sentencia Nº 95 del 15 de marzo de 2017, la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia emitió los siguientes pronunciamientos: *i*) la desaplicación parcial por control difuso del contenido normativo previsto en el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que dicha norma es contraria a los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; *ii*) casa de oficio la sentencia dictada, el 26 de febrero de 2016, por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; y *iii*) decreta la nulidad del fallo y ordenó al tribunal superior que resulte competente dicte nueva sentencia corrigiendo el quebrantamiento apreciado, todo ello con ocasión del juicio por cumplimiento de contrato de opción de compraventa de un bien inmueble destinado a vivienda seguido por Francisca Alicia Venavente Piñate contra Iván Pérez.

Al respecto, esta Sala debe reiterar que el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela atribuye a todos los Jueces de la República la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, siempre dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en el mismo Texto Fundamental, lo que se traduce en el deber de ejercer, aun de oficio, el denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas, a fin de garantizar la supremacía constitucional y resolver por esta vía los conflictos o colisiones que puedan presentarse en cualquier causa, entre aquellas y una o varias disposiciones constitucionales, en cuyo caso deben aplicar preferentemente estas últimas (*vid*. sentencia SC Nº 1.483/2014).

Asimismo, debe reiterarse que el examen de las sentencias en las que se ha ejercido el control difuso de la constitucionalidad, remitidas por los Tribunales de la República, redunda en una mayor protección del Texto Constitucional e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales –o bien la desaplicación de normas ajustadas a la Carta Magna– en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional (*vid.* sentencia SC Nº 1.483/2014).

Bajo estos supuestos, en el presente caso, tal como anteriormente se señaló, la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia desaplicó –parcialmente– el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, al considerar que esta disposición legal adjetiva es contraria a los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dicha desaplicación se realizó en los mismos términos explanados en la sentencia N° 916 de fecha 15 de diciembre de 2016, cuando estableció lo siguiente:

> "(…)*[e]**sta Máxima Jurisdicción Civil, reconoce la obsolescencia contenida en la citada norma contenida en el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, el cual se encuentra en franco desafuero (sic) con nuestra novísima Constitución, y en atención al caso sub examine, acuerda, la desaplicación parcial de [la] referida norma procesal, la cual tendrá efectos ex nunc a la presente decisión, y en atención a la nueva doctrina que acoge esta Máxima Instancia Civil, en lo adelante para proceder a realizar cualquier acto procesal ante esta Sala de Casación Civil, no se requerirá otro requisito adicional distinto al de ser profesional del derecho, optando las Magistradas y Magistrados integrantes de esta Sala por asegurar con preferencia la efectividad supremacía de nuestra Carta Política*.

Igualmente, señaló lo siguiente:

"*…de conformidad con lo precedentemente expuesto**, esta Sala de Casación Civil, en la cual impera la resolución de las controversias entre los derechos de particulares como hecho trascendente sobre el que descansa la seguridad jurídica y la paz social, actuando en acatamiento del deber Constitucional con el fin de garantizar su Supremacía**, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en obediencia con (sic) lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 334 de la Carta Política vigente, **procedemos a través de la presente sentencia, a desaplicar parcialmente el contenido normativo previsto en el artículo 324 de la ley adjetiva civil**, por lo que en adelante, **no se requerirá para actuar ante esta Sala de Casación Civil a los profesionales del derecho**, los siguientes requisitos 1.- **un mínimo de cinco (5) años de graduado, 2.- ni la condición de la titularidad de doctor en alguna rama del derecho, judicatura o docencia, así como tampoco, 3.- la acreditación expedida por el Colegio de Abogados que los habilite para actuar ante esta sede casacional**; ello, por colidir con las normas contenidas en los artículos 26 y 257 de la Carta Política de la República Bolivariana de Venezuela, en sintonía con los vigentes criterios doctrinarios de este Alto Tribunal, **siendo el único requisito que subsista además de ostentar debidamente su condición de abogado, la inscripción en el registro de profesionales del derecho que lleva esta Máxima Instancia Civil***."

Ahora bien, a fin de determinar la conformidad a derecho de la precitada desaplicación, se estima oportuno efectuar las siguientes consideraciones:

Esta Sala Constitucional ha señalado de forma pacífica y reiterada, que la sentencia constituye el punto culminante del proceso judicial, siendo el acto judicial por excelencia, mediante el cual el órgano jurisdiccional construye la solución jurídica al conflicto social que originó la instauración de aquél (sentencia Nº 1.661/2008, del 31 de octubre).

En este sentido, la sentencia ostenta una gran relevancia dentro de la relación jurídico-procesal, por ser el acto del cual dimanan los efectos jurídicos de mayor importancia y, por ende, la misma debe estar sometida a revisión o control, lo cual se materializa a través del ejercicio, por parte de los sujetos procesales, de los mecanismos impugnativos de decisiones judiciales, a saber, los recursos.

Así las cosas, el ejercicio de los recursos puede ser visto desde dos puntos de vista: en primer lugar, como una facultad que se integra en el contenido propio del ***derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable***, el cual se ve plasmado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en el contenido del derecho a la defensa, consagrado este último en el artículo 49.1 *eiusdem* y, en segundo lugar, como una forma a través de la cual el Estado y la sociedad demuestran su interés en que el Derecho sea aplicado de forma uniforme o equitativa, es decir, el interés en normalizar la aplicación del Derecho.

En efecto, el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone lo siguiente:

"*Artículo 49.* *El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:*

1. *La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso.* ***Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley".*** (Negrillas de la Sala)

De la norma *supra* transcrita, resulta incuestionable que, en las actuaciones judiciales y administrativas, las partes que resulten disconformes con cualquier resolución adversa a sus derechos e intereses, pueden ejercer los respectivos medios de impugnación, a fin de enervar

los efectos jurídicos de tal decisión. Aceptar lo contrario, además de representar una ilegítima restricción del contenido esencial del debido proceso y del derecho a la tutela judicial efectiva, constituiría un quiebre insalvable del principio procesal de igualdad de las partes.

Esta facultad de activar los medios impugnativos en cualquier proceso judicial, se deriva del derecho a la ***tutela judicial efectiva***, el cual se encuentra consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

> "***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.*
>
> *El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas,* ***sin formalismoso*** *reposiciones inútiles*" (Resaltado del presente fallo).

Ahora bien, esta disposición constitucional, debe necesariamente interpretarse sistemáticamente con el artículo 257 del Texto Constitucional, que dispone lo siguiente:

> "***Artículo 257.*** ***El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia****. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público.* ***No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales***" (Resaltado del presente fallo).

En efecto, esta Sala Constitucional, en su sentencia Nº 4.370 del 12 de diciembre de 2005, señaló que el derecho a la tutela judicial –o tutela jurisdiccional–, implica la facultad de toda persona a que se le haga justicia; es decir, que cuando un justiciable pretenda algo de otra persona, tal pretensión debe ser atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas, pues en caso de ausencia de aquellas ocasionaría la pérdida de autenticidad del juicio, y la configuración de una confrontación que atentaría contra la justicia como *desiderátum* y como valor consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Es el caso, que, del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se desprenden dos facultades fundamentales e íntimamente vinculadas, que cobran especial trascendencia de cara a la presente desaplicación, a saber: *a)* El derecho de acceso a la justicia y *b)* El derecho al recurso.

En cuanto al derecho de ***acceso a la justicia*** o de ***acceso a la jurisdicción***, debe afirmarse que este último se traduce en **la facultad de todo ciudadano de exigir la prestación jurisdiccional**, es decir, de **provocar y mantener la actividad jurisdiccional, a fin de obtener, a través de un proceso, una sentencia determinada**.

Luego, el ***derecho al recurso*** consiste en la **facultad de los sujetos procesales de refutar, por medio de los mecanismos expresamente previstos en la ley (dentro de los cuales se encuentra el recurso de casación), las resoluciones judiciales contrarias a sus derechos e intereses.**

No obstante lo anterior, debe reiterar esta Sala, que los derechos de acceso a la justicia y al recurso, lejos de consistir en el derecho a acceder a los tribunales en el tiempo, forma y modo que se le antoje al ciudadano, y al margen de las pretensiones legales, se trata muy por el contrario, de unos derechos de configuración legal; de allí que deban observarse los requisitos establecidos en la ley para su acceso, sin que estos requisitos puedan ser tildados de formalidades no esenciales (sentencias 403/2005, del 5 de abril; 1.386/2008, del 13 de agosto y 1.661/2008, del 31 de octubre).

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el que garantiza la libertad de acceso de todos los ciudadanos a los tribunales de justicia, de conformidad con lo pautado en la ley, que a su vez ofrece distintas vías procesales. Estas normas de procedimiento que regulan esas vías, son preceptos que establecen los medios de impugnación a través de los cuales tal derecho ha de ejercerse.

Así, los preceptos legales que regulan el ejercicio de los recursos, son necesarios, tomando en cuenta la naturaleza y finalidad del proceso, debiendo respetarse algunas formas procesales donde se determine que ciertas consecuencias no se tendrán por producidas, cuando no se observen los requisitos de admisibilidad o procedibilidad, todo esto en aras de la certeza y la seguridad jurídica.

Tales exigencias formales, que cumplen por lo general una misión trascendente en la organización del proceso, sólo deben causar la grave consecuencia de inadmisión del recurso cuando no son perfectamente observadas por el recurrente, a fin de que éstas no se conviertan en un obstáculo insalvable que no permita la continuación del proceso.

En este orden de ideas, debe afirmarse que algunas de esas formas procesales cuyo cumplimiento es necesario para la tramitación de los recursos en el proceso, están referidas a lo que en la teoría general de los recursos se denominan ***presupuestos de la impugnación***, siendo éstos los siguientes:

a) El agravio o gravamen (presupuesto subjetivo);

b) La legitimación del recurrente (presupuesto subjetivo);

c) Que se trate de un acto impugnable (presupuesto objetivo); y

d) El plazo, es decir, que el recurso haya sido interpuesto en la oportunidad fijada por la ley (presupuesto objetivo).

Ahora bien, esta Sala debe recalcar con especial énfasis, que las formas y requisitos procesales antes descritos, no son incompatibles con los derechos de acceso a la justicia y al recurso, **siempre y cuando su previsión legal no constituya una exigencia desproporcionada o irrazonable**.

En este sentido, aquéllos no pueden ser, en modo alguno, obstáculos encaminados a obstruir lo que constituye la razón misma de ser de la jurisdicción y el objetivo esencial cristalizado en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que no es otro que la **realización de la Justicia**.

De modo tal, que los requisitos y formas exigidos legalmente para la tramitación de los recursos, serán manifiestamente violatorias del derecho a la tutela judicial efectiva (en sus vertientes del derecho de acceso a la justicia y del derecho al recurso), **cuando impongan limitaciones en el acceso a los recursos, que carezcan de toda justificación razonable, es decir, cuando se rompa la proporcionalidad exigible entre la finalidad del requisito y las consecuencias para el derecho a la tutela judicial efectiva.**

Desde la perspectiva antes reseñada -fundamentada en el principio *pro actione-,*resultan manifiestamente contrarias al contenido de los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las interpretaciones judiciales, e inclusive, las normas legales adjetivas, atinentes a los requisitos de admisibilidad de los recursos, cuyos contenidos sean puramente formalistas, en la medida en que se desvinculen de su finalidad propia, reduciéndose a unas formas vacías de sentido.

Esta visión del proceso judicial a través del prisma del derecho a la tutela judicial efectiva, permite conjurar el *formalismo*, siendo este último, en criterio de esta Sala, la perversión o depravación de la *forma procesal* como garantía.

A ello hace referencia el artículo 26 de la Constitución, cuando establece que *"El Estado garantizará una justicia (...)* ***sin formalismos*** *o reposiciones inútiles;* así como la parte *in fine* del artículo 257 *eiusdem*, según el cual *"No se sacrificará la justicia por la omisión de* ***formalidades no esenciales****"*.

Voto salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en virtud de la potestad que le confiere el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 53 del Reglamento de Reuniones de este Alto Tribunal, respetuosamente salva su voto por las razones que se explanan a continuación:

La mayoría sentenciadora declaró:

"1.- **CONFORME A DERECHO** la desaplicación -parcial- por control difuso de la constitucionalidad del artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, efectuada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, a través de la sentencia Nº 95, dictada el 15 de marzo de 2017.

2.- Se **ORDENA** a la Secretaría de la Sala Constitucional la apertura del expediente, a los fines de que esta instancia jurisdiccional, en ejercicio de la competencia contenida en el artículo 336, cardinal 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 25, cardinal 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y de conformidad con lo previsto en el artículo 34 *eiusdem* conozca de oficio la nulidad del artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990, en lo que respecta a exigir a los abogados que se dispongan a actuar ante este Tribunal Supremo de Justicia, que posean el título de doctor en alguna rama del Derecho, o un ejercicio profesional de la abogacía, o de la judicatura, o de la docencia universitaria en Venezuela, no menor de cinco (5) años continuos; así como a la obligación de acreditar tales.

3.- Se **ORDENA** notificar al Fiscal General de la República, al Procurador General de la República y al Defensor del Pueblo, respectivamente.

4.- Se **ORDENA** el emplazamiento de los interesados mediante cartel, publicado en uno de los diarios de circulación nacional, para que concurran dentro del lapso de diez días de despacho siguientes a que conste en autos su publicación".

En criterio de la mayoría sentenciadora, "luego de un análisis comparativo del contenido del artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, a la luz del contenido de los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se observa, con meridiana claridad, que exigir, en el caso de autos, poseer el título de doctor en alguna rama del Derecho, o un ejercicio profesional de la abogacía, o de la judicatura, o de la docencia universitaria en Venezuela, no menor de cinco (5) años continuos y acreditar ante el respectivo Colegio de Abogados que reúnen las anteriores condiciones, a los efectos de realizar las actuaciones descritas en el párrafo anterior, constituyen ilegítimas limitaciones en el acceso al recurso de casación, que carecen de toda justificación razonable de cara a la realización de la Justicia (sic), puesto que su exigencia implica un quiebre manifiesto de la proporcionalidad exigible entre la finalidad de dichos requisitos, respecto de las consecuencias negativas que ello acarrea para el derecho a la tutela judicial efectiva, en sus manifestaciones específicas del derecho de acceso a la justicia y del derecho al recurso".

En este orden de ideas, sostiene la mayoría que "dichos requisitos son susceptibles de ser catalogados como **formalismos inútiles,** en el sentido de que **carecen de una finalidad legítima y plausible, respecto de la validez del recurso de casación propuesto y de las actuaciones subsiguientes,** reduciéndose, de este modo, a unas exigencias formales vacías de sentido, que se traducen en un sacrificio insalvable de la Justicia (*sic*)".

Siendo así, para la mayoría sentenciadora las exigencias formales antes descritas, "*resultan reprochables a la luz de los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que representan, de modo manifiesto y grosero, un atentado contra los derechos de acceso a la justicia y al recurso, en los términos señalados supra, como bien lo estableció la Sala de Casación Civil, en la sentencia objeto de la presente revisión*".

Por tales razones, la mayoría de los Magistrados compartió "*el resultado decisorio plasmado en la decisión del 15 de marzo de 2017, dictada por la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia, así como también los razonamientos empleados para articular la justificación de dicho fallo*…".

Ahora bien, quien aquí salva su voto, no comparte dicho razonamiento, por cuanto contradice el criterio vinculante sentado por esta misma Sala Constitucional en **sentencia N° 369/2003, caso: *Bruno Zulli Kravos***, según el cual, *"el recurso de casación es una* ***petición extraordinaria de impugnación cuya formalización exige el cumplimiento de ciertos requisitos formales, tanto desde el punto de vista del abogado que lo redacta (ex artículo 324 del Código de Procedimiento Civil) como de la técnica necesaria para el examen de las denuncias que en él se hacen****"*, de allí que el perfil del abogado que participe en su formalización, contestación, réplica y contrarréplica, no pueda ser el de un recién titulado sin experiencia.

La exigencia del legislador no puede entenderse como discrecional, ni inconstitucional, por el contrario, está concebida en defensa de los justiciables, quienes tienen derecho a un patrocinio calificado y revestido de toda eficiencia e idoneidad profesional., más aún, cuando doctrinariamente se plantea como criterio básico de distinción de los recursos, la agrupación de todos en dos categorías fundamentales, constituidas por los llamados recursos ordinarios y recursos extraordinarios, siendo este último un medio impugnador del derecho aplicado a la sentencia, y no juzgador de los hechos controvertidos.

Así, los recursos ordinarios son aquellos que, como indica su nombre, se conceden con cierto carácter de normalidad dentro del ordenamiento procesal, de lo que deriva la mayor facilidad con que el recurso es interpuesto y admitido, así como el que no requiera motivos específicos ni mayores niveles de tecnicidad en su formalización o fundamentación.

Los recursos extraordinarios, en cambio, se configuran de un modo mucho más particular y limitado, de allí que para su interposición y fundamentación, se exijan motivos determinados y concretos, y donde el órgano jurisdiccional no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos sectores limitados de la misma que la índole del recurso establezca particularmente, de allí que se justifique la especial capacidad de postulación a que se refiere el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, por parte del abogado formalizante.

Así lo señaló esta Sala Constitucional en el fallo N° 1803/2004, cuando indicó que:

> "Al respecto, cabe destacar que la casación tiene la naturaleza jurídica de un recurso extraordinario y, por tanto, el mismo debe estar fundado en motivos o causales taxativamente determinados por la ley; el juzgador no examinará y decidirá *ex novo* la controversia, sino que únicamente se pronunciará acerca de la validez o nulidad de la sentencia recurrida, con base en los vicios denunciados, salvo que la ley lo autorice a obrar de oficio, como sucede en la

casación de oficio, prevista en el cuarto aparte del artículo 320 de la ley procesal civil. Con relación a lo anterior, la doctrina patria sostiene que:

'Mientras que el recurso de apelación abre el camino al conocimiento pleno de la causa en el segundo grado de la jerarquía judicial, reiterando la instancia en hecho y en derecho, el de casación, por el contrario, no constituye un tercer grado de jurisdicción, y, en tal sentido, no es una tercera instancia, siendo sólo un remedio excepcional de impugnación directa del fallo en cuanto a su no conformidad al derecho solamente. Su objeto, pues, es sólo la *revisio in iure* de la sentencia, no de la causa (*res quae in iudicio est*)" (*Cf.* L. Loreto, *Ensayos Jurídicos*, 2ª edición, Fundación Roberto Goldschmidt, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1987, p. 462).

Igualmente, la doctrina extranjera señala que la naturaleza extraordinaria de los recursos supone que "1) proceden sólo contra resoluciones determinadas, no contra cualesquiera (*sic*) de ellas, debiendo siempre esas resoluciones haber sido dictadas por un tribunal que haya conocido del recurso de apelación (salvo los excepcionales casos en que el ordenamiento admite la casación *per saltum*), y 2) existe limitación en los motivos que pueden ser alegados por las partes, los cuales condicionan el ámbito objetivo de lo que puede ser conocido por el tribunal competente para el recurso" (*Cf.* J. Montero Aroca, y otros *Derecho a la Jurisdicción*, Tomo II, 10ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 437).

Tales caracteres de la casación explican que el formalizante tenga la carga procesal de fundamentar el recurso interpuesto, pues será en ese escrito donde exprese las razones que lo sustentan, esto es, los vicios *in procedendo* o *in iudicando* de los cuales –en su criterio– adolezca la sentencia impugnada.

En este sentido, considera la Magistrada disidente que las exigencias contenidas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil en modo alguno constituyen simples ***"formalismos inútiles"***, carentes de finalidad legítima y plausible, por el contrario, se trata de requerimientos lógicos y razonables dentro del ámbito de configuración del recurso extraordinario de casación en el proceso civil.

En efecto, es criterio de quien aquí disiente que el legislador estableció tales exigencias en función de la naturaleza extraordinaria de dicho recurso cuya existencia tiene como fines esenciales el proteger el derecho de los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley y a la seguridad jurídica (nomofilaquia y uniformidad de la jurisprudencia), a diferencia del recurso ordinario de apelación, con el que se persigue un reexamen ***ex novo*** de la controversia (más orientado a la consecución de la justicia del caso en concreto), de forma que la supresión de tales requisitos implica desconocer la esencia misma de dicho recurso y convierte a la institución de la casación civil venezolana en una especie de ***tercera instancia***, lo cual resulta contrario a su propia estructura, tal como fue concebida en el vigente Código de Procedimiento Civil, aspecto éste que sólo podría ser modificado por la vía de la reforma a dicho texto adjetivo.

En criterio de la Magistrada disidente, sin menoscabo de la prohibición de sacrificar la justicia por el cumplimiento de formalidades no esenciales, se está confundiendo formalidad con formalismos, obviándose qué es el recurso de casación. Así, procurando mantenernos dentro del esquema procesal tradicional venezolano de la doble instancia, el recurso de casación no es más que una demanda de nulidad contra la sentencia recurrida. Se trata de un recurso extraordinario que, si no está sometido a requisitos de años de formación y de experiencia por parte de los abogados formalizantes, así como de los que intervienen en los actos de contestación, réplica y contra réplica se convertiría, como en efecto se hace con esta nueva decisión, en una tercera instancia.

El hecho es que el recurso de casación por su naturaleza, objeto y consecuencia requiere estar sometido a la satisfacción de un mínimo de requisitos que permitan cotejar de forma objetiva las supuestas ilegalidades del fallo con el resto de las actas procesales teniendo como

referencia las argumentaciones contenidas en la formalización. En otras palabras, siendo que el objeto de la técnica casacional es que la formalización contenga las especificaciones y los razonamientos lógicos necesarios para la comprensión de las denuncias; aquella encuadra perfectamente dentro de la expresión "*escrito razonado*" a la que alude el artículo 317 del Código de Procedimiento Civil y ello exige de un profesional que cumpla con las exigencias del artículo 324 *eiusdem*.

Por ello, así como sostuve quien disiente en el Voto Salvado al fallo 1163/2010 en cuanto a que "la exigencia de una técnica de formalización de un recurso extraordinario no puede considerarse que atenta contra el Texto Fundamental, pues, a diferencia de los tribunales de instancia, los de casación son, en un primer orden, tribunales de derecho", en esta oportunidad considera quien aquí disiente los requisitos relativos a la especial capacidad de postulación establecidos en el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil no son irracionales, desproporcionados ni inconstitucionales.

Por tales razones, considera quien aquí disiente que ha debido declararse no conforme a derecho la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad sometida a revisión de la Sala por parte de la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 95/2017.

Queda en estos términos expuesto el criterio de la Magistrada disidente, fecha *ut supra.*

C. *Derecho a la libertad de expresión. Limitaciones*

TSJ-SC (884) **3-11-2017**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchan

Caso: Eglims Peñuela Lovera e Irama Rosal

El Derecho a la Libertad de Expresión y sus limitaciones

Debe destacar la Sala la importancia que tiene el derecho constitucional a la libertad de expresión; sin embargo, ese derecho fundamental no es absoluto y se encuentra delimitado por el derecho de los niños, niñas y adolescentes de ser protegidos integralmente por parte del Estado, lo cual se encuentra también previsto en nuestro texto fundamental, entre otros; por lo que aunque todos los derechos constitucionales son fundamentales y de igual jerarquía jurídica, a través de esa ponderación, adquiere preponderancia la protección y especial atención al débil jurídico que, en este caso, son los niños, niñas y adolescentes.

En efecto, los artículos que versan sobre el derecho a la libertad de expresión indican:

*"**Artículo 57.** Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.*

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades."

***"Artículo 58.** La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral."*

Al respecto, tomando en consideración las disposiciones constitucionales, es importante considerar al momento de emitir una idea u opinión a través de un medio publicitario, la consideración del modo, lugar y tiempo que debe imponer el Estado, para que dicha expresión se haga de manera legítima y sin afectar el interés general, asumiendo la responsabilidad debida. Adicionalmente, se asume plena responsabilidad tanto del sujeto, la idea y el medio utilizado, en iguales condiciones de responsabilidad.

En este sentido, es oportuno traer a colación la sentencia Nº 1.092 del 13 de julio de 2011, caso: *Corporación Industrias Class Light, C.A. y Class Light Publicidad, C.A.* que estableció, con ocasión de la libertad de expresión, la utilización de mecanismos idóneos para hacer efectiva la transmisión. A continuación, se transcribe parcialmente lo siguiente:

(...) Tal como se desprende de la norma transcrita, (artículo 57 de la Constitución) el constituyente de 1999 reconoce en el marco del principio de libertad y de autonomía de la voluntad, el derecho a la libertad de expresión como una de las facultades personales a través de las cuales una persona puede exteriorizar sus procesos intelectuales de acuerdo a sus aspiraciones y capacidades. En otras palabras, la posibilidad que tiene un sujeto de comunicar y compartir libremente sus temores y esperanzas (Duchacek citado por De Esteban J. González-Trevijano P. (1993). Curso de Derecho Constitucional Español II. Madrid, p. 136).

*De esta forma, el derecho in commento les otorga dimensión social y política a los pensamientos (Torres del Moral. 1996. **Introducción al Derecho Constitucional**. Madrid: Universidad Complutense) y, a su vez, les permite a los sujetos expresar sus puntos de vista de manera omnicomprensiva, es decir, a través de cualquier vía y, por ende, en su concepción más extensa.*

De allí que, la libertad de expresión no se circunscriba a la exteriorización del pensamiento, la idea o la opinión que tiene una persona en un momento determinado, sino que se extienda a la utilización de los mecanismos idóneos para hacerla conocer, lo cual, determina lo que Bronfman. A. et al., (1998) Manual de Derecho Constitucional. Universidad Europea de Madrid-Cees. Madrid, p. 81), concibe como la doble concepción del derecho a la libertad de expresión, esto es, que el derecho in commento se encuentra integrado por varios elementos que lo componen y que pueden ser observados de manera individual.

Por una parte, encontramos el acto de exteriorización de lo que la persona ha desarrollado intelectualmente y, por otra parte, el derecho a comunicarlo a través de cualquier mecanismo en ejercicio de lo que se conoce como el derecho a la pluralidad de fuente. Precisamente, una de las fuentes que ha adquirido mayor importancia como parte del derecho a la libertad de expresión, es el fenómeno publicitario que en los últimos dos siglos ha demostrado ser una de las manifestaciones más trascendentales en lo económico, político y cultural.

Así, igualmente lo afirma López Á., (et al. 1998. Manual de Derecho Constitucional. Universidad Europea de Madrid-Cees. Madrid, p. 90), al señalar que la actividad publicitaria, en cuanto a manifestación del derecho a la libertad de expresión, presenta una especificidad que exige la adopción de medidas destinadas a la protección de la moral pública, la juventud y la infancia, frente a expresiones de contenido sexual, violento o incluso ante mensajes que pudieran ser lesivos de la salud y la seguridad ciudadana.

La citada doctrina deja claro que una cosa es la libre posibilidad de exteriorizar un pensamiento, una idea o una opinión de contenido publicitario y, otra cosa, son las condiciones de modo, lugar y tiempo que debe imponer el Estado, en el marco de su poder regulatorio, para que la expresión publicitaria se desarrolle de manera legítima sin afectar el interés general.

Entonces, corresponde analizar si en Venezuela tiene cabida la tesis expuesta de limitación a la libre expresión publicitaria, para aquellos casos distintos a los que taxativamente prohíbe el citado artículo 57 del Texto Fundamental, según el cual, los únicos límites del referido derecho son la proscripción de mensajes anónimos, los que hagan propaganda de guerra, los discriminatorios o los que promuevan la intolerancia religiosa.

La respuesta está en la doctrina que esta Sala ha desarrollado sobre el principio de interpretación constitucional (Vid. sentencia N° 23, del 22 de enero de 2003, caso:Harry Gutiérrez Benavides y otro), en la cual, se estableció que la actividad interpretativa del derecho debe realizarse de un modo sistemático, donde las normas deben ser analizadas a la luz de todo el ordenamiento jurídico, cuyo significado no resulta aislado de éste, ni tampoco del caso planteado a partir del cual debe afirmarse la interpretación para atender al significado de la norma y del caso.

En la referida sentencia, se recoge tanto el principio de unidad o integridad del Texto Fundamental, como el principio de concordancia práctica según el cual, la estructura constitucional (preámbulo, parte orgánica y parte dogmática), no puede observarse como si se tratase de disposiciones autónomas y descoordinadas, sino como el andamiaje jurídico-político que tiene carácter preceptivo en su totalidad.

Así lo ratificó la Sala el 12 de julio de 2005, en la decisión N° 1581 (caso: Ángel Rafael Ávila y otros), en la cual reconoció que un Texto Fundamental, "...es un conjunto sistemático de valores, principios y normas racionalmente entrelazados, informados por una filosofía política determinada, según la cual se organizan los Poderes Públicos, se atribuyen competencias a los órganos del Estado y se fijan las metas de su actuación. Por ello, ninguno de sus preceptos debe considerarse de manera aislada, ni independiente de los demás, ya que su sentido y alcance se encuentra conectado con los restantes preceptos constitucionales. De este modo, la interpretación intrasistemática de la Constitución obliga a entender sus normas en armonía, sin magnificar el sentido de algunos preceptos, ni minimizar el de otros, con el propósito de compatibilizarlos positivamente para garantizar su homogeneidad, cohesión y coherencia".

Significa entonces, que las disposiciones constitucionales deben ser armonizadas como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unas de otras y, de allí, que el operador jurídico no deba limitarse a contemplar la norma aislada y aséptica, sino en el contexto general de la Constitución.

Ello así, la libertad de expresión en materia publicitaria no se limita a la mera exteriorización de una idea o pensamiento, sino que constituye una verdadera manifestación del ejercicio a la libertad económica, en cuanto que la expresión publicitaria es, de ordinario y salvo la publicidad oficial, una actividad mercantil que, como tal, se encuentra sujeta a las restricciones que el artículo 112 de la Carta Magna impone a los derechos económicos.

*Efectivamente, la libertad de expresión publicitaria se concretiza en un hecho comercial que como se estableció supra, está sometido a las limitaciones que el legislador puede imponer legítimamente por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, de acuerdo a lo establecido en el anteriormente analizado artículo 112 de la Carta Magna. (...)" (*negrillas del fallo).

El criterio anteriormente transcrito se sustentó en la exteriorización que se haga del pensamiento, idea u opinión, el cual debe apoyarse en mecanismos efectivos que puedan hacerlo conocer, que es lo que el autor *Bronfman*, *Manual de Derecho Constitucional*. Universidad Europea de Madrid-Cees. Madrid. p. 81, 1998, concibe como la doble concepción del derecho a la libertad de expresión, esto es, que el derecho *in commento* se encuentra integrado por varios elementos que lo componen y que pueden ser observados de manera individual. En este sentido, a través de este mecanismo, logramos obtener el convencimiento para que otra persona lo adquiera o utilice; no obstante, es necesario que dicho procedimiento esté regulado a los fines de evitar posibles lesiones al bien común.

Así se ha pronunciado esta Sala, en decisión Nº 359 de fecha 6 de mayo de 2014, caso: *Gilberto Rúa*, en los siguientes términos:

(...) En efecto, los derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la libre empresa se encuentran delimitados por -entre otros, el derecho de niñas, niños y adolescentes de ser protegidos integralmente por parte del Estado, también previsto en nuestro texto fundamental, siendo todos ellos de igual jerarquía jurídica, debiendo por tanto la Sala hacer una ponderación de la situación concreta, de modo de garantizar la mayor efectividad del texto constitucional sin sacrificar el contenido esencial de ninguno de ninguno de los derechos constitucionales antes mencionados.

En este sentido, los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecen, dentro del elenco de los derechos civiles consagrados en la Carta Fundamental, los derechos a la libertad de expresión y a la información (...)

(... omissis...)

Sobre las anteriores disposiciones constitucionales, se ha pronunciado esta Sala en diversas sentencias –entre otras, N° 1.013 del 12 de junio 2001 caso: "Elías Santana"; N° 1.342 del 14 de julio de 2004 caso: "Carlos José Pinto Acosta"; N° 344 del 24 de febrero de 2006 caso: "Alberto Blanco-Uribe Quintero", N° 2.182 del 16 de noviembre de 2007, caso "Tarek William Saab" y N° 278 del 12 de marzo de 2012 caso: "Editorial Aguilar, C.A."–, destacando que "el derecho a la libre expresión de pensamiento y el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, y sin censura, permite a toda persona expresar libremente su pensamiento, sus ideas u opiniones, de forma oral, en lugares públicos o privados, por escrito o por cualquier otra forma, haciendo uso para ello de cualquier medio de comunicación, ante lo cual, asumen plenamente la responsabilidad tanto al sujeto que emitió el pensamiento, la idea o la opinión como el medio a través del cual se produjo, sin que sea excluyente una de la otra (...)".

(...omissis...)

El resultado de lo expuesto, implica una tridimensionalidad en cuanto a los efectos, por cuanto para garantizar la protección de los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la información, el Estado debe crear los medios y las condiciones materiales para el ejercicio del derecho, así como garantizar o no impedir el igual ejercicio de los mismos derechos en la protección de éstos, a través de mecanismos restrictivos a su ejercicio a ciertos núcleos, pero a su vez, ello conlleva a una protección de los efectos de proporcionalidad del fin logrado por medio de la información y su colisión o confrontación con otros derechos constitucionales y a la responsabilidad generada por ello.

Así pues, si bien el Estado debe garantizar una libertad plena del derecho a la libertad de expresión y al derecho a la información, por cuanto dichos derechos se generan y despliegan en el ámbito de individualidad del ser humano, en el seno y desarrollo de su conciencia personal o social, por cuanto cada quien escoge internamente la información requerida así como lo indispensable para su disfrute y desenvolvimiento personal, lo cual puede variar indefinidamente sin establecer una regla de límites o máximos de tolerancia de los contenidos requeridos o permitidos, no es menos cierto que aun cuando ello pudiera colidir con la regla de las minorías y las mayorías, resulta de difícil desconocimiento que la información es uno de los medios más importantes de influir en la conciencia del ser humano y por tanto en la formación del colectivo.

En razón de ello, si bien se puede afirmar que dichos derechos gozan de un grado especial de protección del Estado por cuanto ello implica a su vez el libre desarrollo de la personalidad sobre qué o cuál opinión o no se quiere adscribir o cuál información es relevante a un determinado ciudadano o conglomerado, en ejercicio incluso del derecho a la participación política, es indispensable mencionar que la mencionada libertad no es absoluta por cuanto el ámbito de protección se encuentra restringido a la vulnerabilidad de otros derechos que bajo ciertas circunstancias pueden requerir una protección incluso mayor a los referidos derechos.

(..omissis...)

Sin embargo, si bien dicho derecho posee límites en cuanto a su ejercicio, su restricción y mecanismos de responsabilidad deben atender a circunstancias de oportunidad proporcionalidad y razonabilidad, las cuales pueden variar de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada caso concreto, y la misma debe derivar en primer lugar, de un fundamento legal que otorgue ámbitos de protección, ya que la noción de orden público no es un concepto etéreo que pueda aplicarse discrecionalmente por las leyes, por lo que, en consecuencia, tal potestad debe encontrarse establecida y concebir la posibilidad que dicha limitación no afecte en mayor medida otro derecho constitucional, mediante el examen de análisis de proporcionalidad que faculte la misma, en la cual se pondere entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla a quien se le impone, a los efectos de medir si la finalidad perseguida no es más restrictiva a la protección que el ejercicio del derecho en sí mismo.

(…omissis…)

En función de ello, el Estado así como los órganos jurisdiccionales están obligados a garantizar no sólo la protección del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información sino también a proteger las lesiones que se causen por el ejercicio exacerbado o desproporcional de dicho derecho ya que el Texto Constitucional consagra una serie de valores objetivos que deben ser garantizados ponderando los valores fundamentales contrapuestos según la medida de protección y desnaturalización del derecho ejercido y el derecho controvertido.

(…) omissis (…)

En este sentido, se aprecia como se ha expuesto, que la publicación de dichas imágenes constituye una deformación del periodismo que pudiera atentar contra el derecho a la información y que resulta denigrante de la condición del ser humano al mostrar fotos de cadáveres indiscriminadamente, en páginas principales de los periódicos sin realizar la previa advertencia sobre la severidad de su contenido o ser una publicación especializada en la materia, lo cual permite al usuario el conocimiento de su contenido previamente (vgr. Publicaciones médicas o en otro campo publicaciones pornográficas), lo cual permite al consumidor en acceso de su derecho a la información escoger el medio que cubra las necesidades básicas para la satisfacción de su derecho constitucional sin sufrir un menoscabo en sus otros derechos.

Por ello, se observa que las referidas publicaciones deben ser divulgadas bajo una advertencia previa o su reseña en páginas internas donde no se identifique gráficamente los rostros de las referidas personas, ya que ello no solo atenta contra los derechos de los familiares sino de otras personas que puedan resultar afectadas por la información publicada en la cual se excede la finalidad de la información y se dirige a un sensacionalismo que puede atentar contra los derechos de otros ciudadanos, así como vulnera los límites de la tolerancia así como la ética periodística.

Todo ello, resulta cónsono con la protección de los niños, niñas y adolescentes, garantizada en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (…omissis…)

En desarrollo de la mencionada disposición constitucional, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes establece en su artículo 74 que: 'Los soportes impresos o audiovisuales, libros, publicaciones, videos, ilustraciones, fotografías, lecturas y crónicas que sean inadecuados para los niños, niñas y adolescentes, deben tener una envoltura que selle su contenido y una advertencia que informe sobre el mismo. Cuando las portadas o empaques de éstos contengan informaciones o imágenes pornográficas, deben tener envoltura opaca'.

Asimismo, el artículo 79 de la referida ley, consagra una serie de prohibiciones para garantizar el derecho a la información de los niños, niñas y adolescentes, en virtud del grado de protección que debe asegurar al Estado sobre dichos ciudadanos, consagrándose expresamente, que:

'Se prohíbe:

(...) omissis (...)

b) Vender o facilitar de cualquier forma a niños, niñas y adolescentes o exhibir públicamente, por cualquiera de los multimedia existentes o por crearse, libros, revistas, programas y mensajes audiovisuales, información y datos en redes que sean pornográficos, presenten apología a la violencia o al delito, promuevan o inciten al uso de tabaco, sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas o que atenten contra su integridad personal o su salud mental o moral'.

En consecuencia, se aprecia que las referidas publicaciones no solo puede atentar contra los derechos de los familiares, así como de los consumidores, sino que ello, vulnera las disposiciones establecidas en los artículos 74 y 79 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, al publicarse una serie de informaciones e imágenes que atentan contra la integridad personal y la salud mental de los niños, sin que previamente se cumplan con las previsiones establecidas en la referida Ley (...)".

De esta manera y siguiendo el criterio jurisprudencial de esta Sala, debe afirmarse la responsabilidad que tienen los medios de comunicación social para divulgar la información de manera adecuada, considerando además las diferencias propias que se presentan dependiendo del público a quien se considerará destinatario de lo transmitido, teniendo previsión adicional si se trata de transmitir material con contenido pornográfico.

Ahora bien, observa esta Sala que los anuncios contenidos en los ejemplares del Semanario "El Heraldo" que constan en el expediente, ya señalados, contienen imágenes de alto contenido sexual, apreciándose una manifestación explícita del sexo, materializado por imágenes de mujeres con poco o sin vestuario, y en poses sugerentes y comprometedoras, las cuales incitan a la estimulación sexual con fines comerciales, sin observar la responsabilidad que tiene como medio de comunicación social, de transmitir información adecuada y por cuanto dicha publicación no solamente está dirigida a los adultos sino que además los niños, niñas y adolescentes pueden tener acceso al no existir ninguna advertencia o limitación en cuanto a su acceso; y sin establecer algún filtro o advertencia para evitar con ello que el contenido afecte el desarrollo psíquico-emocional de los mismos. Adicionalmente, dichas imágenes sexuales no contienen una advertencia, lo cual sí podría traer consecuencias negativas sobre la base de los instintos más básicos y así afectar los derechos constitucionales de los más vulnerables, esto son, los niños, niñas y adolescentes.

En estos términos también se expresó esta Sala Constitucional en la sentencia Nº 1566 de fecha 4 de diciembre de 2012, caso: *Gustavo Morales Briceño,* en los siguientes términos:

(...) los medios de comunicación contribuyen al fortalecimiento de la conciencia social del colectivo por el grado de incidencia que tienen en la formación de la sociedad, pero que existen límites a su actividad y que no existe una insolvencia en su ejercicio puro, resguardada en la protección de la libertad de expresión, ya que lo relevante para apreciar el grado de tolerancia y afectación del derecho a la información, puede verificarse en atención a la proporcionalidad del fin ejercido, el cual, en el presente caso, pareciera ser la información de los servicios de una persona o el requerimiento de trabajadores con ciertas condiciones para el modelaje.

Sin embargo, cuando dicha información es acompañada con imágenes que son expuestas sin la debida advertencia y respeto de los derechos de un número indeterminado de ciudadanos que por su edad no deben apreciar esas imágenes explícitas, con un contenido de incitación sexual, ciertamente constituye un hecho de transgresión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de recibir una información adecuada y oportuna, que si bien atiende a criterios de apreciación subjetivos por quien los evalúe, existen unos elementos objetivos y éticos que deben regir la actuación de los medios de comunicación. (...)

Así, las publicaciones reproducidas en el Semanario "El Heraldo", pudieran constituir pornografía, no por una valoración estética, sino por su finalidad de atraer a los lectores, mediante estas imágenes sexuales de carácter implícito o explícito; las cuales no deben ser presentadas libremente a niños, niñas y adolescentes, a quienes el Estado tiene la obligación constitucional de proteger.

En este sentido, es importante resaltar que cuando se utilice o se maneje este tipo de información acompañada de imágenes que son expuestas sin la debida advertencia, las cuales pueden ser vistas por un número indeterminado de ciudadanos que por su edad no deben ser apreciadas por su alto contenido sexual, ciertamente en estos casos se configura la trasgresión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de recibir una información adecuada y oportuna. Esta situación evidentemente puede atentar contra la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, al hacerse sin la previa advertencia de su contenido.

A tal efecto, la accionante solicita se apliquen las sanciones administrativas a que hubiere lugar y el retiro de circulación de las publicaciones pornográficas, con base en lo previsto en el artículo 236 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el cual establece lo siguiente:

> "Artículo 236. Quien venda, suministre o entregue a un niño, niña o adolescente, libros, publicaciones y fotografías en contra de las regulaciones de los órganos competentes o material que haya sido clasificado como no apto para niños y adolescentes, será sancionado o sancionada con multa de treinta unidades tributarias (30 U.T.) a seiscientas unidades tributarias (600 U.T.).
>
> En estos casos, procede igualmente, según la gravedad de la infracción, ordenar el retiro de circulación de la revista o publicación."

Indicado lo anterior, esta Sala ordena el retiro de circulación de las publicaciones pornográficas, en razón de lo previsto en el artículo 236 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no solo contra ese Semanario sino contra todas las publicaciones periódicas para el público en general, de cuyo contenido se evidencie material pornográfico.

Así mismo, esta Sala prohíbe a la Sociedad Mercantil El Heraldo y al Grupo Mercantil 6° Poder 60, C.A., publicar cualquier ejemplar sea impreso o digital y aun por suscripción privada, de imágenes que contengan carga o contenido sexual explícito o implícito, bien sea mediante imágenes, fotos o anuncios publicitarios y remitan a direcciones electrónicas que puedan ser consultadas libremente por niños, niñas y adolescentes. Así se declara.

En virtud de las anteriores consideraciones, esta Sala declara con lugar la pretensión de la parte actora relativa a efectuar el cierre del Semanario Deportivo "El Heraldo", en virtud de que dichas publicaciones tienen un carácter pornográfico; así mismo, prohíbe la divulgación de toda imagen de contenido sexual implícito o explícito de los anuncios publicitarios en los medios impresos exhibidos públicamente a los niños, niñas y adolescentes. Esta limitación se extiende a todos los medios impresos que sean de libre acceso a niños, niñas y adolescentes. Así se decide.

Por consiguiente, se ordena a la parte accionada, al editor del referido Semanario, a los representantes del Grupo Editorial 6° Poder, C.A. y a las autoridades nacionales por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Información y Comunicación recoger y/o ordenar el bloqueo digital de cualquier ejemplar del referido semanario que contenga material pornográfico y haya sido distribuido con fines comerciales.

Por su parte, de conformidad con nuestra Constitución, específicamente en el artículo 2 que establece un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia y siendo ésta Sala el

guardián por excelencia del cumplimiento de los mandatos constitucionales y por tanto obligada a garantizar su efectivo cumplimiento, exhorta al Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e Información y a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) para que, haciendo la búsqueda respectiva, imponga las sanciones pertinentes a los fines de la cancelación de las direcciones electrónicas de contenido pornográfico explícito o implícito. Así se declara.

Asimismo, se remite al Ministerio Público, copia certificada de la presente decisión para que, en ejercicio de sus atribuciones, inicie la apertura de una investigación a los efectos de determinar si con ocasión de esta difusión impresa o digital del semanario El Heraldo y de otras publicaciones del Grupo Editorial 60, C.A., se ha incurrido en delitos o faltas que pudieran ofender a las mujeres representantes de cargos públicos. Así se decide.

3. *Derechos Políticos*

A. *Derecho a la participación política*

Democracia representativa. Derecho al sufragio. Elección en segundo grado de las juntas parroquiales. Derecho a la participación

TSJ-SC (355) **16-5-2017**

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

La Sala considera que circunscribir lo dispuesto en el artículo 62 sobre la participación decisiva de los ciudadanos en los asuntos de carácter estatal a lo dispuesto en el artículo 63 *eiusdem,* referido al sufragio, sería limitar las directrices establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que claramente se determinó que "*este derecho no queda circunscrito al sufragio, ya que es entendido en un sentido amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública,*" para concluir que la forma de elección indirecta de los miembros de las Juntas parroquiales establecida en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, no quebrantan el derecho constitucional al sufragio.

Las mencionadas disposiciones [***artículos 35, 36, la Disposición Transitoria Segunda y demás artículos relacionados con el sistema electoral de las Juntas Parroquiales de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010***] han sido el común denominador de las pretensiones expuestas en los recursos de nulidad. Asimismo, salvo con algunas variantes, se han adicionado otras normas electorales, tales como la falta de posibilidad de reelección de los Alcaldes y la edad a partir de la cual se puede asumir el sufragio activo y pasivo para las Juntas Parroquiales.

Sobre este particular, todas las demandas de nulidad denunciaron la infracción de los artículos 35 y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, cuyo contenido es el siguiente:

> **"Artículo 35.-** La parroquia tendrá facultades consultivas, de evaluación y articulación entre el poder popular y los órganos del Poder Público Municipal.

> Sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del Municipio, la parroquia será coordinada por una junta parroquial comunal integrada por cinco miembros y sus respectivos suplentes cuando corresponda a un área urbana y tres miembros y sus respectivos suplentes cuando sea no urbana, elegidos o elegidas para un período de dos años. Todos electos o electas por los voceros y voceras de los consejos comunales de la parroquia respectiva, la cual deberá ser validada por la asamblea de ciudadanos y ciudadanas, quienes en dicha elección deberán ser fiel expresión del mandato de sus respectivas asambleas de ciudadanos y ciudadanas.
>
> Para la revocatoria del mandato de los o las integrantes de las juntas parroquiales comunales, se aplicarán las condiciones y el procedimiento establecido para los voceros y voceras de los consejos comunales, dispuestos en la ley que regula la materia.
>
> Segunda. Pasados treinta días continuos a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, cesan en sus funciones los miembros principales y suplentes, así como los secretarios o secretarias, de las actuales juntas parroquiales, quedando las alcaldías responsables del manejo y destino del personal, así como de los bienes correspondientes; garantizándose la estabilidad laboral del personal administrativo, empleado y obrero, de acuerdo con las normativas que rigen la materia".

Adicionalmente, la Junta Parroquial del Municipio El Hatillo y la Alcaldía del Municipio Chacao solicitaron la nulidad de los artículos 36 y 82 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, respectivamente. Los preceptos invocados son:

> "**Artículo 36.-** Para ser miembro de la junta parroquial comunal, se requiere ser venezolano o venezolana mayor de quince años de edad, tener residencia en la parroquia, estar avalado por la asamblea de ciudadanos y ciudadanas de su respectivo consejo comunal. Los extranjeros o extranjeras residentes en la parroquia deberán cumplir con las condiciones establecidas en la Constitución de la República".
>
> "**Artículo 82.-** El período de los alcaldes y alcaldesas, concejales y concejalas electos o electas es de cuatro años. La elección de los mismos será necesariamente separada de la que deban celebrarse para elegir los órganos del Poder Público Nacional".

Los fundamentos sobre los cuales se basan los requerimientos de la nulidad son: *(i)* el establecimiento de un sistema electoral indirecto mediante representación para la elección de los miembros de la Juntas Parroquiales; *(ii)* la falta de regulación en las disposiciones transitorias con respecto a la situación de las juntas parroquiales luego del cese del período correspondiente a su ejercicio de funciones, el cual culminaba en el 2010; *(iii)* la implementación de la edad mínima de quince (15) años como votante y elegible para la Juntas Parroquiales; *(iv)* la falta de previsión por vía legal de la reelección de los Alcaldes en los términos señalados en la enmienda constitucional; y *(v)* el sometimiento de los miembros de las juntas parroquiales al procedimiento de revocatoria de mandato aplicable a los voceros y voceras de los consejos comunales.

En primer orden, se puede apreciar de la lectura de los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica del Poder Público, que los miembros de las juntas parroquiales comunales, son electos o electas por los voceros y voceras de los consejos comunales de la respectiva parroquia, la cual deberá ser validada por la asamblea de ciudadanos y ciudadanas, razón por la cual, la escogencia o elección que realicen los voceros y voceras de los consejos comunales deberá corresponder al mandato formulado por las respectivas asambleas de ciudadanos y ciudadanas, por lo que afirman los recurrentes que ello constituye el establecimiento de un sistema electoral indirecto mediante representación para la elección de los miembros de la Juntas Parroquiales, razón por la que se hace necesario hacer referencia al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece lo siguiente:

> **"Artículo 62.-** 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".

"Artículo 63.- El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional".

Al respecto, la exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala que "*la consagración amplia del derecho a la participación en los asuntos públicos de todos los ciudadanos y ciudadanas, ejercidos de manera directa, semidirecta o indirecta. Este derecho no queda circunscrito al sufragio, ya que es entendido en un sentido amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública*".

Asimismo, la referida exposición de motivos postula que es imperativo "*concebir la gestión pública como un proceso en el cual se establece una comunicación fluida entre gobernantes y pueblo, implica modificar la orientación de las relaciones entre el Estado y la Sociedad, para devolverle a esta última su legítimo protagonismo. Es precisamente este principio consagrado como derecho, el que orienta a este Capítulo referido a los derechos políticos*".

Sobre este particular, esta Sala Constitucional sostuvo en su sentencia N° 1050 del 23 de agosto de 2000, caso: *Ruth Capriles Méndez y otros*, [Véase *Revista de derecho Público* Nº 83 de julio-septiembre 2000, pp. 182-184] lo siguiente:

"(…) la Sala refleja una sana interpretación del principio de participación ciudadana, que rige en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la entrada en vigencia del texto constitucional de 1999. En efecto, el Preámbulo constitucional expresa que uno de los fines mismos de la Constitución es establecer una sociedad participativa y protagónica, esto es, una sociedad integrada por ciudadanos que en forma activa intervengan en la vida nacional, desde todo punto de vista. La participación y el protagonismo ciudadano son manifestaciones del ejercicio de la soberanía popular, sobre la cual es creada la República, y que se ejercerá en forma directa –según la Constitución y las leyes– o indirecta –mediante el sufragio y por los órganos que ejercen el Poder Público– (artículo 5 de la Constitución). Esta noción se repite en el artículo 62 *eiusdem*, al señalarse que 'Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas'. En una forma más específica, el artículo 70 constitucional enumera cuáles son los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, tanto en lo político (*numerus apertus*) como en lo social y económico (*numerus clausus*). En efecto, dicha norma reza:

'Son 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 revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo'. No se trata de una participación anárquica o arbitraria, sino fundada en las vías legales. Así, con base a la ley, formar, ejecutar y controlar la gestión pública, los ciudadanos tienen el derecho al sufragio (artículo 63 de la vigente Constitución), el control sobre las personas que se postulan a cargos de elección popular (artículo 65 *eiusdem*), a que los representantes del pueblo rindan cuentas de su gestión (artículo 66 *eiusdem*), así como otros muchos derechos que otorga la Constitución a los ciudadanos".

Así, en relación con las diversas formas de participación que otorgan a los ciudadanos, múltiples posibilidades de intervenir en los asuntos públicos, esta Sala en sentencia n.° 1613 del 17 de agosto de 2004, caso: *Henry Pereira Gorrín,* sostuvo que:

> "(…) esta Sala advierte que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos, consagrado en el artículo 62 de la Constitución, encomienda al Estado y a la sociedad el facilitar las condiciones que permitan la participación de todos los ciudadanos en la formación, ejecución y control de la gestión pública como medio para lograr la sociedad democrática, participativa y protagónica proclamada en el preámbulo del Texto Fundamental.
>
> Así, el derecho a la participación en los asuntos públicos propicia que los ciudadanos participen en la formación de la voluntad estatal, sirviendo de cauce a la articulación de la soberanía popular que posibilita la legitimación democrática del ejercicio del poder. Del mismo modo, el referido precepto constitucional [artículo 62], contiene un mandato a los Poderes Públicos a fin [de] establecer la sociedad democrática, participativa y protagónica formulada en el mismo preámbulo de la Constitución, para lo cual, el artículo 70 constitucional enuncia, de manera amplia, los campos en los cuales es ejercitable dicho derecho, no sólo en lo político sino también en lo económico y lo social.
>
> Estas diversas formas de participación otorgan a los ciudadanos múltiples posibilidades de intervenir en los asuntos públicos, de manera que los medios o modos de participación enunciados son únicamente algunos de los que permiten el ejercicio de este derecho fundamental. Sin embargo, tal como lo establece el último aparte del artículo 70 de la Constitución **'...La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo', por lo que este derecho sólo puede ser ejercido en la forma jurídicamente prevista en cada caso, pues se trata de un derecho de configuración legal, cuya delimitación concreta queda encomendada a la ley y, además, está conectado a otros preceptos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta a objeto de regular su ejercicio**".

Más recientemente, esta Sala, con fundamento en los avances surgidos en materia electoral, que dan cuenta de una nueva concepción en materia de participación, cuyo origen se remonta a la entrada en vigencia de nuestro texto constitucional en el año 1999, estableció que el Texto Constitucional tiene como eje principal establecer una sociedad participativa y protagónica que busca garantizar a los ciudadanos su intervención de manera efectiva en todos los ámbitos del acontecer nacional ha establecido un nuevo enfoque respecto al alcance de las normas constitucionales previstas en los mencionados artículos 62 y 63 del Texto Fundamental. (*Vid*. Sentencia Nº 1606 del 19 de noviembre de 2013, caso: *Asociación de Profesores Universitarios de la Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez* [Apunesr]).

De esta manera, al referirse al postulado constitucional de participación popular en los temas políticos del Estado, ha señalado la Sala, que ello responde a una consecuencia obligada de los principios democráticos definidos en la Constitución, donde se entiende que los poderes del Estado emanan del pueblo, con lo cual se reconoce la participación de los ciudadanos y ciudadanas, a través de una serie de derechos establecidos en la Carta Magna, orientados al cumplimiento de los fines primordiales de los poderes públicos.

Ahora bien, esta intervención se concreta en un derecho general a participar en los procesos de decisión en las distintas áreas como la económica, social y cultural, no limitándose a la designación de representantes a cargos públicos de representación popular, toda vez que lo que se plantea, en definitiva, es el protagonismo fundamental de las ciudadanas y ciudadanos, la participación como nuevo paradigma determinante del nuevo régimen constitucional, lo que implica una nueva concepción de desarrollo integral que asume la preeminencia de los valores humanos y privilegia la participación de la población en el proceso de desarrollo económico y social, reivindicando así el papel de los sujetos sociales en la formulación de políticas y programas de acción pública. (*Vid*. Sentencia N° 1606/2013).

Establecido lo anterior, cabe precisar lo previsto en el artículo 70 del Texto Fundamental, el cual es del tenor siguiente:

> **"Artículo 70. Son 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 revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y **la asamblea de ciudadanos y ciudadanas** cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.
>
> La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo. (Resaltado agregado)

De la lectura de la norma constitucional antes transcrita se puede apreciar que, en lo político, la asamblea de ciudadanos y ciudadanas es un medio de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, que permite el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, a diferencia de la democracia representativa que consagraba la Constitución de 1961. (*Vid*. Sentencia N° 752 del 5 de mayo de 2005, caso: *Corporación Maraplay, C.A.*).

En este orden de ideas, el proceso de formación e instalación de la asamblea de ciudadanos y ciudadanas a que hacer referencia el artículo 70 constitucional, comprende el cumplimiento de un conjunto de pasos para que los habitantes de una localidad, en pleno ejercicio del derecho que les confiere la Constitución, se constituyan como instancia primaria para el ejercicio del poder, la participación, el protagonismo popular y medio de participación de carácter deliberativo en la que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a participar por sí mismos, en tanto que sus decisiones son vinculantes para todos los órganos y entes públicos, así como para el Consejo Comunal respectivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Popular (G.O. Extraordinaria N° 6.011 del 21 de diciembre de 2010), el cual señala lo siguiente:

> **"Artículo 8.-** A los efectos de la presente Ley se entiende por:
>
> 1. Asamblea de ciudadanos y ciudadanas: Máxima instancia de participación y decisión de la comunidad organizada, conformada por la integración de persona con cualidad jurídica, según la ley que regule la forma de participación, para el ejercicio directo del poder y protagonismo popular, cuyas decisiones son de carácter vinculante para la comunidad, las distintas formas de organización, el gobierno comunal y las instancias del Poder Público, de acuerdo a lo que establezcan las leyes que desarrollen la constitución, organización y funcionamiento de los autogobiernos comunitarios, comunales y los sistemas de agregación que de éstos surjan".

De las normas legales y constitucionales antes referidas, así como de los criterios de esta Sala Constitucional transcritos *supra*, se puede apreciar, sin duda alguna, que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, estableció los mecanismos de participación y protagonismo, que de manera articulada y soberana, se lleva adelante entre las asambleas de ciudadanos y los consejos comunales, para la elección de los miembros de las juntas parroquiales comunales, que en armonía con lo establecido en el artículo 70 constitucional permite el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, a diferencia de la democracia representativa que consagraba la Constitución de 1961, el cual no entra en contradicción alguna con los mecanismos de participación electoral previstos en los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que ambas formas de participación política, tanto pasiva como activa, pueden coexistir libremente y se aplican de una u otra forma de acuerdo a lo establecido en la ley, siendo en este caso, la Ley Orgánica del

Poder Público Municipal de 2010, el texto legal que prevé dicha forma, la cual interpreta esta Sala como un derecho de participación que se ajusta a las nuevas directrices en nuestro ordenamiento jurídico a partir del vigente Texto Constitucional de 1999, orientada a establecer una sociedad participativa y protagónica, donde se busca la intervención plena del colectivo a través de las asambleas de ciudadanas y ciudadanos, en forma activa y pasiva para la elección de los miembros de las Juntas Parroquiales Comunales.

De esta manera, reitera esta Sala que circunscribir lo dispuesto en el artículo 62 constitucional, a la participación decisiva de los ciudadanos en los asuntos de carácter estatal y concatenarlo de forma exclusiva con el artículo 63 *eiusdem,* referido al sufragio, sería limitar las directrices establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que claramente se determinó que "*este derecho no queda circunscrito al sufragio, ya que es entendido en un sentido amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública*" y, en definitiva, sería contrario al esquema rector que inspira la Carta Magna desde su creación, cual es, sentar las bases para desarrollar una democracia participativa, en la que la intervención de la sociedad resulta determinante en las distintas fases de la gestión pública.

En razón de lo antes expuesto, esta Sala determina la inexistencia de los vicios denunciados contra el artículo 35 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en lo que respecta a la elección de los miembros de las Juntas Parroquiales Comunales, al precisar que no quebrantan el derecho constitucional al sufragio denunciado por las partes recurrentes. Así se decide.*

B. *Derechos de las organizaciones políticas. Postulación de candidatos*

TSJ-SE (165) 5-10-2017

PONENCIA CONJUNTA

Caso: Omar Ávila Hernandez.Interpretación del artículo 63 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales "…el cual regula el derecho de las organizaciones con fines políticos de sustituir o modificar las postulaciones de candidatos en un proceso electoral".

…Así, el solicitante señala que "(…) las distintas organizaciones políticas postulantes en el proceso comicial de Gobernadores y Gobernadoras convocado para el 15 de octubre de 2017, han denunciado que el Consejo Nacional Electoral ha impedido las sustituciones de candidatos y candidatas postulados por aquellos que resultaron electos en elecciones primarias de la Mesa de la Unidad Democrática, visto que el sistema de postulaciones se encuentra inhabilitado. Esta situación generada por el Poder Electoral ocasiona una incertidumbre en los electores y electoras de estar informados sobre la oferta electoral para dichos comicios en ejercicio del derecho constitucional al sufragio".

Agrega el solicitante que "(…) *se aprecia que la Ley Orgánica de Procesos Electorales, en su artículo 63 dispone que se podrán modificar las postulaciones* ***hasta 10 días antes de ocurrir el acto electoral y que a tales efectos el CNE tomará las medidas para informar a los electores y las electoras sobre la modificación o sustitución realizada***" (negrillas de la cita).

---

* Véase sobre la sentencia Nº 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza "Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario" y de José Ignacio Hernández "Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas.", publicados en la revista Nº 149-150, primer semestre 2017.

En sentencia de la Sala Constitucional número 2.855 del 20 de noviembre de 2002, [Véase *Revista de Derecho Público* Nº 89-90/91-92, Enero-Diciembre 2002, p. 375 y ss.] se estableció que *"…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…"*.

De este modo, la resolución de la duda planteada exige tomar como imprescindible parámetro constitucional de referencia el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que en su tercer párrafo establece:

> Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas.

Al respecto, la norma constitucional contempla el derecho a la participación de las organizaciones con fines políticos en los procesos electorales de cargos de elección popular por medio de la postulación o inscripción de sus candidatos o candidatas. El ejercicio de este derecho se encuentra regulado en la Ley Orgánica de Procesos Electorales publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.928 Extraordinario, de fecha 12 de agosto de 2009.

Ahora bien, la norma legal cuya interpretación se solicita establece en su primera parte, lo siguiente:

> **Artículo 63.** Las organizaciones postulantes podrán modificar las postulaciones que presenten y, en consecuencia, sustituir candidatos o candidatas hasta diez días antes de ocurrir el acto electoral.

Aprecia la Sala en primer lugar que la norma legal trascrita dispone el derecho de las organizaciones postulantes en un proceso comicial, entre ellas, las organizaciones con fines políticos, de modificar o sustituir las postulaciones de candidatos o candidatas que presenten ante los órganos del Poder Electoral.

Asimismo, establece que, hasta diez (10) días antes de la realización del acto electoral de votación, se puede modificar o sustituir la postulación presentada; ello significa que bajo ningún concepto dichas modificaciones o sustituciones pueden realizarse más allá del límite máximo señalado.

En ese sentido, observa esta Sala que dicha disposición legal prevé una condición de orden temporal para la presentación de modificaciones o sustituciones de las postulaciones realizadas, lo cual es de particular interés para el planteamiento del solicitante, por lo que esta Sala estima que la interpretación de la norma en cuestión no puede hacerse de forma aislada, y 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 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, como norma suprema de todo el ordenamiento jurídico.(…)

De dicho cronograma se observa que el Consejo Nacional Electoral dispuso la fase de "*Sustitución y Modificación de las Postulaciones Nominales*" por el término de un día (16 de agosto de 2017), estableciendo como fundamento los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, y 162 de su Reglamento.

El referido artículo 63 otorga, por una parte, el derecho de las organizaciones postulantes de sustituir o modificar las inscripciones de candidatos o candidatas presentadas, y de otra, el mandato del legislador al órgano rector electoral de no exceder el límite máximo temporal de *"hasta diez días antes de ocurrir el acto electoral"* para la fijación de la mencionada fase en el cronograma electoral respectivo.

Por ello, debe precisar la Sala que la sola previsión del legislador en cuanto al límite de orden temporal no condiciona al Consejo Nacional Electoral para establecer el transcurso del período de la fase de sustitución y modificación de las postulaciones nominales. La fijación de la oportunidad para el cambio o modificación de postulación de candidatos o candidatas corresponde al órgano rector electoral, el cual podrá establecerla mediante lapso o término que apreciará de acuerdo a las particularidades y requerimientos técnicos de cada proceso electoral, siempre y cuando no sobrepasen los diez días anteriores al acto de votación.

De tal manera que el ejercicio del derecho a realizar modificaciones a las postulaciones establecido por el legislador en el artículo 63 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales se encuentra precedido por la fijación en el cronograma electoral correspondiente de la temporalidad de la mencionada fase del proceso electoral.

Así, si bien el examen o análisis del cronograma electoral para la elección de gobernadores y gobernadoras de los estados publicado por el Consejo Nacional Electoral no constituye el objeto de la presente causa, debe advertir que el mismo contiene la oportunidad cierta para ejercer el derecho de modificar o sustituir las postulaciones realizadas por las organizaciones participantes.

Expuesto lo anterior, circunscribiéndose la Sala a la solicitud planteada por el recurrente, se debe afirmar que el artículo 63 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales debe interpretarse en el sentido que *el Consejo Nacional Electoral puede establecer la oportunidad para la ejecución de la fase de sustitución y modificación de las postulaciones nominales, siempre y cuando no exceda el límite máximo temporal de diez días anteriores a la ocurrencia del acto electoral, atendiendo a las particularidades y requerimientos técnicos del proceso electoral de que se trate*. Así se declara.

C. *Democracia representativa. Derecho pasivo al sufragio. Edad para integrar juntas parroquiales*

TSJ-SC (355) **16-5-2017**

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

La Sala Constitucional consideró ajustada a la Constitución la elección de menores de edad para integrar las Juntas parroquiales, con base en el derecho a la participación de los niños y adolecentes.

Respecto a la pretensión de nulidad invocada contra el artículo 36 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la representación de la Junta Parroquial del Municipio El Hatillo cuestionó que los ciudadanos a partir de los quince (15) años de edad adquieran el derecho de ser personas elegibles como miembros por considerar que vulnera el límite impuesto por el artículo 64 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sobre este particular, considera la Sala necesario precisar que con fundamento en las disposiciones previstas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que

entraron en vigor a partir del 13 de octubre de 1990, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dio inicio, entre otros importantes aspectos, a la transformación de la realidad política, social y jurídica de nuestro País, en la que se incorpora un amplio catálogo de derechos humanos, sin precedente en la historia constitucional venezolana.

El reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, así como la ampliación del reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación, son sólo algunos de los avances en derechos humanos que se han visto incorporados al texto constitucional.

Así, los artículos 78 y 79 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecen lo siguiente:

> **"Artículo 78.-** Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes".
>
> **"Artículo 79.-** Los jóvenes y las jóvenes tienen el derecho y el deber de ser sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta y en particular la capacitación y el acceso al primer empleo, de conformidad con la ley".

Las normas constitucionales transcritas establecen un conjunto de derechos recogidos igualmente en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente que entró en vigencia en el año 2000, en la cual se reconoció en los niños, niñas y adolescentes su condición de sujetos de derecho y, por ende, de gozar de todos los derechos y garantías consagrados en favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este sentido, en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario Nº 6.185, se reconocen sus derechos políticos, tal como se puede apreciar de las disposiciones previstas en los artículos 3, 10, 81, 83, 84, 85 y 96 que establecen lo siguiente:

> **"Artículo 3.- Principio de igualdad y no discriminación**.
>
> Las disposiciones de esta Ley se aplican por igual a todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otra índole, posición económica, origen social, étnico o nacional, discapacidad, enfermedad, nacimiento o cualquier otra condición de los niños, niñas o adolescentes, de su padre, madre, representante o responsable, o de sus familiares".
>
> **"Artículo 10.- Niños, niñas y adolescentes sujetos de derecho**.
>
> Todos los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho; en consecuencia, gozan de todos los derechos y garantías consagrados en favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño".
>
> **"Artículo 81.- Derecho a participar**.
>
> Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a participar libre, activa y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, así como a la incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

El Estado, las familias y la sociedad deben crear y fomentar oportunidades de participación de todos los niños, niñas y adolescentes y sus asociaciones".

"Artículo 83.- Derecho de manifestar.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de manifestar pacíficamente y sin armas, de conformidad con la ley, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su padre, madre, representantes o responsables".

"Artículo 84.- Derecho de libre asociación.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de asociarse libremente con otras personas, con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos, económicos, laborales o de cualquier otra índole, siempre que sean de carácter lícito. Este derecho comprende, especialmente, el derecho a:

a) Formar parte de asociaciones, inclusive de sus órganos directivos.

b) Promover y constituir asociaciones conformadas exclusivamente por niños, niñas, adolescentes o ambos, de conformidad con la ley.

Parágrafo Primero. Se reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su padre, madre, representantes o responsables.

Parágrafo Segundo. A los efectos del ejercicio de este derecho, todos los y las adolescentes pueden, por sí mismos o sí mismas, constituir, inscribir y registrar personas jurídicas sin fines de lucro, así como realizar los actos vinculados estrictamente a los fines de las mismas.

Parágrafo Tercero. Para que las personas jurídicas conformadas exclusivamente por adolescentes puedan obligarse patrimonialmente, deben nombrar, de conformidad con sus estatutos, un o una representante legal con plena capacidad civil que asuma la responsabilidad que pueda derivarse de estos actos".

"Artículo 85.- Derecho de petición.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de presentar y dirigir peticiones por sí mismos, ante cualquier entidad, funcionaria o funcionario público, sobre los asuntos de la competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna.

Se reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su padre, madre, representantes o responsables".

"Artículo 96.- Edad mínima.

Se fija en todo el territorio de la República la edad de catorce años como edad mínima para el trabajo. El Poder Ejecutivo podrá fijar, mediante decreto, edades mínimas por encima del límite señalado, para trabajos peligrosos o nocivos.

(…omissis…)"

Las normas transcritas se encuentran alineadas con los derechos políticos universalmente reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que regula el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión e información, derecho a opinar libremente y el derecho a la libre reunión y asociación.

Así, al igual que en la referida Convención, el ejercicio de estos derechos se entiende como un proceso progresivo y evolutivo que requiere la orientación de sus padres, madres o representantes legales.

De esta manera, cabe destacar que, si bien en el artículo 81 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 2015, se reconoce el derecho a la participación libre, activa y plena de los niños, niñas y adolescentes, la misma queda circunscrita a sus ámbitos inmediatos de socialización: escuela, familia y comunidad; mientras que la acción en el campo político quedaría expresada como un proceso gradual y conducente a su ciudadanía activa y pasiva, en donde el Estado, las familias y la sociedad deben crear y fomentar la participación de la niñez y adolescencia.

En conexión con lo expuesto, el reconocimiento explícito del derecho a opinar de los niños y adolescentes, en el ámbito estatal, así como también en el comunitario representa un elemento que amplía las posibilidades y formas de participación política activa y pasiva, en los términos previstos en el artículo 80 *eiusdem*, referido al derecho a la libertad de opinión en los asuntos en que tenga interés y que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo, los cuales se extienden a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños y adolescentes, entre ellos: al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional.

Por otro lado, en los artículos 83, 84 y 85 de la mencionada Ley, referidos a los derechos a manifestar, a la libertad de asociación y al derecho de petición, el legislador hizo referencia explícita a la incorporación de los aspectos políticos en el desarrollo y formación de los niños y adolescentes, al reconocer la posibilidad de expresar libremente sus ideas, de asociarse con fines políticos, y de instar a la Administración para que emita un pronunciamiento sobre los asuntos de la competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna.

Con el derecho de petición se abre otro espacio de participación política de la niñez y adolescencia, al promoverse un vínculo directo entre estos sectores y las instituciones públicas, que se complementa (*ex*-artículo 81 *eiusdem*) con el derecho que tienen de participar libre, activa, pasiva y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, así como su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y pasiva, a través de su participación en la comunidad organizada en pleno ejercicio del derecho que les confiere la Constitución para el ejercicio del poder, la participación y el protagonismo popular sin más limitaciones que aquellas establecidas en la Ley.

En este sentido, la Ley Orgánica de los Consejos Comunales establece en su artículo 7, en concordancia con lo previsto en el artículo 21 de la misma Ley, que la conformación de las asambleas de ciudadanos se realizará con la participación mínima del diez por ciento (10%) de los habitantes de la comunidad mayores de quince (15) años. Igualmente, el artículo 15 *eiusdem* prevé que, para postularse como vocero o vocera del consejo comunal, así como para ser integrante de la comisión electoral se requiere, entre otros requisitos, que la persona sea mayor de quince (15) años.

La misma edad, como rango mínimo, es requerida en los artículos 40 y 41 de la referida Ley, respecto a las personas que pueden solicitar la revocatoria de los voceros y voceras de los consejos comunales.

De esta misma manera, el artículo 24 de la Ley Orgánica de las Comunas establece como requisito para ser miembro del Parlamento Comunal ser mayor de quince (15) años. Por su parte, el artículo 38 de la referida Ley establece que para ser vocero o vocera del Consejo de Economía Comunal es necesario tener más de quince (15) años. En este mismo sentido, el artículo 57 *eiusdem*, prevé que los habitantes del ámbito comunal que elegirán los jueces y juezas comunales, a través del voto universal, directo y secreto deberán ser mayores de quince (15) años; lo cual se establece de la misma manera para la reforma de la carta fundacional del consejo comunal.

Precisado lo anterior, aprecia la Sala que el ordenamiento jurídico venezolano ha establecido un conjunto de reglas que, con fundamento en el mandato constitucional previsto en los artículos 78 y 79 del Texto Fundamental, promueven la incorporación progresiva de los adolescentes mayores de quince (15) años a la ciudadanía activa y reconocen su derecho de ser sujetos activos en el proceso de desarrollo del nuevo modelo político, permitiendo su incorporación en el marco constitucional que recoge los aspectos fundamentales de la democracia participativa y protagónica, y a su vez la articulación e integración con otros ciudadanos, ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias y demás movimientos sociales para que formen parte en la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder las necesidades y aspiraciones de las comunidades en las que hacen vida estos adolescentes.

Como consecuencia de lo antes expuesto, considera esta Sala que la referida norma de ninguna manera vulnera el límite impuesto por el artículo 64 del Texto Fundamental. Así se declara.*

4. *Derechos sociales y de la familia*

A. *Derecho de los niños y adolescentes: Autorización para viajar*

TSJ-SC (736) **25-10-2017**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Isabella Magual Bravo vs. Decisión Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La Sala en uso de la potestad prevista en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece con carácter vinculante, que en las decisiones que resuelvan sobre solicitudes de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, tal como está previsto en el procedimiento ordinario, el juez o jueza, en virtud de los sujetos de protección y de los derechos que se resguardan, deberá motivar sucintamente su decisión expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión. De tal modo que la decisión se manifieste como el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y en la jurisprudencia pacífica y reiterada por esta Sala en materia de amparo constitucional.

…En virtud del asunto planteado y sin perjuicio de la decisión que antecede, en relación a la autorización judicial de viaje al extranjero de niños, niñas y adolescentes, prevista en el

* Véase sobre la sentencia Nº 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza "Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario" y de José Ignacio Hernández "Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas.", publicados en la Revista Nº 149-150, primer semestre 2017.

artículo 392 y 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, solicitada –excepcionalmente– por vía de amparo constitucional, esta Sala Constitucional pasa a hacer las siguientes consideraciones:

> Observa la Sala que la solicitud de permiso para viajar cuando no ocurre de manera voluntaria y natural entre los progenitores requiere de la intervención judicial para la protección de los derechos del niño, niña o adolescente, si es el caso, instancia que dictará la decisión acorde a los elementos de convicción presentados y en atención al interés superior del niño, así como a las instituciones familiares establecidas a favor de éste; es así como debido al alto grado de conflictividad entre quienes ejercen conjuntamente la maternidad y la paternidad de hijos menores, una actividad propia de la dinámica familiar como lo es viajar para el encuentro familiar, recreación y entretenimiento se torna compleja, siendo el principal argumento para negarla voluntariamente u oponerse a ella en la vía jurisdiccional, el temor del progenitor que la niega o se opone, un cambio intempestivo de domicilio del niño, niña o adolescente lo cual devendría en una afectación del contacto personal y actividades inherentes a la relación de crianza. Aunado a ello, no puede limitarse el ejercicio de los derechos del niño y los de su familia por actitudes arbitrarias del progenitor en desacuerdo con el viaje, de domicilio desconocido, imposible ubicación o ausente para autorizarlo.

Al respecto, considera esta Sala necesario traer a colación el criterio vinculante, en relación a la solicitud de las autorizaciones judiciales para viajar al extranjero a favor de niños, niñas y adolescentes, establecido mediante sentencia N° 1953 del 25 de julio de 2005, [Véase *Revista de Derecho Público* Nº 103 Julio-septiembre 2005, p. 130] en la cual se expuso lo siguiente:

> Debe la Sala puntualizar que, aunque el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente nada dice, lo planteado en el fondo es un asunto que rebasa el simple otorgamiento del permiso, lo que podía compararse a un acto administrativo, ya que quien acude ante el juez, sea el padre o el adolescente, lo hace para hacer valer derechos contra el otro padre.
>
> Conforme al citado artículo 393, pueden acudir ante el juez:
>
> 1) El padre que quiere que el hijo viaje, ante la negativa de consentimiento del otro, o el desacuerdo de éste sobre el viaje.
>
> 2) El padre que no quiere que el hijo viaje, ante la posibilidad de separación del hijo del sitio donde vive.
>
> 3) El adolescente que quiere viajar, ante la negativa o el desacuerdo del o de los padres que pueden otorgar el permiso.
>
> En los tres casos, aplicables también a aquél que representa al menor y que no es su padre, como el tutor, por ejemplo, la autorización o negativa del juez obedece a reconocer un derecho o en cabeza del peticionante o en quien niega el permiso. Tal derecho emana directamente de la Constitución y de instituciones como la patria potestad y la guarda, y el reconocimiento de ese derecho, para impedir u ordenar el viaje, a fin de que no sea arbitrario y que se ajuste al sentido y alcance de las normas citadas en este fallo, debe ser precedido de una etapa de conocimiento que incluye contradictorio y pruebas, por lo que hay que citar a la contraparte del peticionante, ya que entre ambos existe una contención y una oposición de derechos.
>
> Se trata de un proceso contencioso, donde se declara un derecho contra alguien, y que con respecto a la situación planteada produce cosa juzgada. No debe confundir el que el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, señale como comienzo del proceso el que el accionante "exponga la situación", ni que el fallo que se dicte no tenga casación a tenor de lo previsto en el ordinal 2° del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

A juicio de la Sala, estamos ante un proceso especial contencioso, que debe ventilarse según las normas del proceso de guarda, ya que en el fondo lo discutido pertenece a elementos de la guarda, cual es la custodia y vigilancia del menor, tal como lo señala el artículo 358 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente al expresar el contenido de la guarda.

Por otra parte, las oposiciones al permiso o autorización para viajar, a juicio de la Sala, no son simples desacuerdos entre las partes sobre aspectos del contenido de la guarda, el cual tiene previsto un procedimiento en el artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, sino que por el desarraigo posible, contrae una modificación a la guarda que, tal como la señala el artículo 363 de esa ley "*debe ser decidido por vía judicial, requiriéndose para ello, el procedimiento previsto en el Capítulo VI de este Título"* (artículos 511 y siguientes del procedimiento especial de alimentos y guarda).

En consecuencia, cuando surja una oposición a la autorización para viajar, bien porque la misma surgió extraprocesalmente o porque nació en presencia del juez al solicitarse ante él la autorización, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el permiso debe ser negado, a fin de que se ventile por el procedimiento especial de guarda, correspondiendo a la sentencia que allí se dicte negar o autorizar el viaje.

Conforme a lo expuesto, esta decisión debe ser tomada con base en los artículos 75 y 76 Constitucionales que marcan las pautas del interés superior del niño, niña y adolescente, y que no sólo otorgan derechos a éstos, sino deberes irrenunciables a los padres. En estos casos de oposición a la autorización donde hay que acudir ante el juez, a fin de que éste decida lo que convenga, el juez para tomar la decisión, debe hacerlo oyendo a los padres y al niño, niña o adolescente, ponderando la necesidad y utilidad del viaje, la posibilidad de que el menor no sea desarraigado de su familia, ni que sea desnacionalizado al separarlo física e intelectualmente del país donde habita su familia o parte de ella; razones por las cuales al juez debe probársele de cuál es la verdadera situación del niño, niña o adolescente viajero, de su regreso a la esfera del otro padre, de la posibilidad de cumplimiento de los deberes establecidos en el artículo 76 constitucional; y el juez puede exigir pruebas a los padres, indagar las condiciones de vida en el exterior tanto del niño como del padre que viaja con él, si fuere el caso, la condición legal de los viajeros si fuera para otros países, la dirección donde se encontrará el sujeto para quien obrara la autorización, así como el medio de comunicación con el padre, y todo lo que le permita formarse una idea cabal a fin de que se cumplan los artículos 75 y 76 constitucionales, tal como examinar visas, documentos, etc.

En este orden, el juez puede imponer condiciones para el viaje, garantizarle al padre que queda en el país la accesibilidad al hijo, las facilidades para comunicarse con él, y que su incumplimiento puede entenderse como traslado o retención ilícita del menor a tenor de lo establecido en el artículo 3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Todo esto responde a la necesidad de que el niño, niña o adolescente pueda ser ubicado, y al acceso a él de sus padres, como deber de Estado de protección de la familia como asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, tal como lo señala el artículo 75 constitucional; y ese deber del Estado se ejerce por medio de sus diversos poderes entre los cuales se encuentra el judicial, quien interviene en las autorizaciones para viajar, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Por su parte, el artículo 485 de la mencionada ley, respecto de la sentencia, establece la obligatoriedad para los jueces y juezas de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, concluidas las actividades procesales en la audiencia de juicio, de *"... pronunciar su sentencia oralmente, expresando el dispositivo del fallo* ***y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho*** *..."*. (Resaltado de esta Sala).

Ello así, la Sala considera oportuno precisar que en esta especial materia en procura del interés superior del niño, en defensa de la esfera de derechos y garantías constitucionales susceptibles de vulneración y de los sujetos de protección, la acción de amparo constitucional se instituye como un medio de carácter excepcional, apreciada la inminente violación o amenaza de violación de estos derechos y garantías, toda vez que el procedimiento idóneo previsto por el legislador para la resolución judicial de las solicitudes de autorización de viaje al extranjero a favor de niños, niñas y adolescentes es el establecido en los artículos 392 y 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a menos que como se estableció de manera excepcional, las circunstancias demuestren que de tramitarse a través del procedimiento ordinario se haría ilusorio el fallo que se dicte.

Estima oportuna esta Sala, traer a colación lo expuesto por el profesor Levis Ignacio Zerpa, respecto a la motivación de las sentencias *"...la motivación judicial, por sus exigencias de racionalidad, de razonabilidad y de objetivo para establecer diferencias entre la juridicidad y la arbitrariedad. Las buenas motivaciones judiciales son instrumentos eficaces de pedagogía democrática para acercar cada vez más el pueblo a la compresión y valoración de la justicia que en los Tribunales se imparte..."*. (El Nuevo Poder Judicial Venezolano. Dr. Levis Ignacio Zerpa, Caracas 12 de enero de 2000, pp. 19 y 20).

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, al Juez al que corresponda, el conocimiento sobre la solicitud de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, tal como está previsto para el procedimiento ordinario, en virtud de los sujetos de protección, de los derechos que se resguardan y dados los efectos de cumplimiento y acatamiento inmediato del mandamiento de amparo -artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales- que para estos casos de otorgar o negar la medida preventiva de autorización judicial para viajar al extranjero, deberá motivar sucintamente su sentencia expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión, de tal modo que el pronunciamiento judicial se manifieste como el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como los elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la referida ley y en la jurisprudencia pacífica y reiterada por esta Sala en materia de amparo constitucional.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, esta Sala en uso de la potestad prevista en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece con carácter vinculante, que en las decisiones que resuelvan sobre solicitudes de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, tal como está previsto en el procedimiento ordinario, el juez o jueza, en virtud de los sujetos de protección y de los derechos que se resguardan, deberá motivar sucintamente su decisión expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión. De tal modo que la decisión se manifieste como el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y en la jurisprudencia pacífica y reiterada por esta Sala en materia de amparo constitucional.

Dicho criterio se hace extensivo a las decisiones en apelación que admitiendo un recurso de apelación suspenda cautelarmente la autorización impugnada.

Declarado lo anterior, Esta Sala, visto que en el presente fallo se realiza un análisis interpretativo sobre uno de los elementos que conforma la institución familiar de la responsabilidad de crianza de niños, niñas y adolescentes, como lo es la autorización judicial de viaje al

extranjero a favor de éstos, se ordena su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Alto Tribunal. En tal sentido, sólo se aplicará este criterio a las nuevas demandas que se inicien con posterioridad a la publicación en la Gaceta Oficial del presente fallo y para las causas que se encuentren en trámite siempre que el tribunal constitucional aún no hubiere emitido pronunciamiento. Así se declara.

VI

DECISIÓN

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara:

PRIMERO: EL DECAIMIENTO DEL OBJETO en la apelación interpuesta el 17 de enero de 2017, por la apoderada judicial del ciudadano Francois Daniel Guerin, contra la sentencia dictada por 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, el 12 de enero de 2017, que autorizó el viaje de la niña cuya identidad se omite de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescente junto a su madre la ciudadana Isabella Magual Bravo; sentencia que queda **FIRME.**

SEGUNDO: RESUELVE con carácter vinculante a partir de la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial:

Que las decisiones que resuelvan solicitudes de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, el juez deberá motivar sucintamente su decisión expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión, de tal modo que la decisión se manifieste como el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y en la jurisprudencia pacífica y reiterada por esta Sala en materia de amparo constitucional.

TERCERO: **ACUERDA** la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Alto Tribunal, en cuyo sumario deberá indicarse: ***"Sentencia de la Sala Constitucional a través de la cual se establece que las decisiones que resuelvan solicitudes de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, el juez deberá motivar sucintamente su decisión expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que se fundamenta".***

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 25 días del mes de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Años: 207° de la Independencia y 158° de la Federación.

Voto vinculante Magistrada Lourdes Benicia Suarez Anderson

Quien suscribe, **Magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson**, conforme a la previsión contenida en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, concurre con la presente decisión por los siguientes motivos:

Esta Sala conoció el recurso de apelación interpuesto en fecha 17 de enero de 2017, por la representación judicial del ciudadano Francois Daniel Guerin, contra la sentencia dictada el 12 de enero de 2017 por el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional que declaró parcialmente con lugar la acción de amparo constitucional ejercida por la ciudadana Isabella Magual Bravo y en consecuencia, decretó autorización judicial provisional para viajar al exterior a la niña –identidad omitida- con su madre desde el Aeropuerto de Maiquetía hacia la ciudad de Miami de los Estados Unidos de Norte América, todo ello con ocasión a la acción de amparo constitucional ejercida por la ciudadana Isabella Magual Bravo contra la decisión proferida el 8 de diciembre de 2016 por el Tribunal Tercero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que negó la medida preventiva de autorización para viajar.

En este sentido, se comparte la decisión de la mayoría sentenciadora respecto al decaimiento del objeto de la presente acción de amparo constitucional incoada, toda vez que la ciudadana Isabella Magual Bravo –accionante en amparo y madre de la niña– regresó a Venezuela el 31 de enero de 2017, con su hija consignando para ello copias fotostáticas del pasaporte.

Sin embargo, no se comparte el criterio asumido por la mayoría sentenciadora respecto al ***obiter dictum*** por cuanto se establece con carácter vinculante "(…) *que en todas aquellas decisiones emitidas con ocasión a la interposición de un amparo constitucional en el marco de una solicitud de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas y adolescentes, el juez o la juez constitucional culminada la audiencia respectiva deberá motivar sucintamente su pronunciamiento judicial expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión, de tal modo que el fallo emitido debe manifestar el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como los elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en la jurisprudencia pacífica y reiterada de esta Sala en materia de amparo constitucional, ordenando en consecuencia, la publicación del presente criterio interpretativo en Gaceta Oficial y en Gaceta Judicial* (…)".

Al respecto, quien concurre manifiesta que todos los jueces y juezas de protección de niños, niñas y adolescentes, dada su especialidad sobre la materia, están en el deber ineludible de constituir el proceso como un instrumento para la realización de la justicia con miras a velar y proteger con prioridad absoluta el interés superior y el ejercicio progresivo de los derechos y garantías de esta población susceptible de vulnerabilidad, para lo cual deberán resolver –así conozcan en sede constitucional– todos los casos sometidos a su consideración valorando para ello los indicios o elementos probatorios que resulten de los autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí para así tomar una decisión ajustada a derecho, todo ello de conformidad con los artículos 452, 476 y 488-D, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en plena sintonía con lo dispuesto en los artículos 243 y 510 del Código de Procedimiento Civil, así como con las disposiciones contenidas en los artículos 17, 32 y 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Por ello, quien concurre no aprecia la necesidad del ***obiter dictum*** aprobado por la mayoría sentenciadora como un complemento que corrobore la decisión principal, por cuanto no se evidencia claramente si se efectúa en razón de una realidad por parte de los jueces y juezas de protección de niños, niñas y adolescentes en dar un tratamiento distinto a un supuesto de hecho símil, conforme a lo previsto en el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección

de Niños, Niñas y Adolescentes (autorización por parte del juez para la salida del país de un niño, niña y adolescente, en virtud del desacuerdo de uno de sus progenitores), caso en el cual esta Sala pudiera efectuar las consideraciones o precisiones a que hubiere lugar, si fuere el caso, situación que no se desprende de lo narrado en el presente asunto, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico, así como la jurisprudencia Patria prevé los elementos necesarios y suficientes para que los jueces y las juezas de protección de niños, niñas y adolescentes decidan con apego a la ley, debiendo en efecto expresar concisamente las razones de su decisión en las actas de las audiencias constitucionales.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada concurrente, a la fecha *ut retro*

B. *Alimentación complementaria. Lactancia materna*

TSJ-SC (991) **30-11-2017**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: PDVSA Petróleos de Venezuela, S.A.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establece, conforme a la potestad otorgada en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con carácter vinculante que, una vez concluido el descanso post natal, la madre lactante podrá solicitar licencia para la alimentación complementaria, en los términos que se establecen *supra*, cumpliendo con los requisitos exigidos por ley, para así demostrar que efectivamente el niño o la niña, según sea el caso, se encuentra en período de alimentación complementaria y que la madre se encuentra amamantando, ya que el fin último de la Constitución y la normativa analizada es garantizar y proteger el interés superior del niño o niña. Por último, se establece que la presente decisión tendrá efectos *ex nunc* en el tiempo.

No obstante a la decisión anterior, le corresponde a esta Sala Constitucional, dada la progresividad de los derechos que han ido evolucionando de manera acelerada desde la promulgación de nuestra Carta Magna de 1999, así como la trascendencia colectiva nacional tanto en materia laboral como de familia, teniendo como norte la necesidad de establecer una regulación uniforme de la materia que conlleve a la disminución y posterior eliminación de la discriminación laboral femenina (sobre todo en edades reproductivas) en la selección de personal así como internamente en las instituciones laborales, aclarar el alcance de la norma prevista en el artículo 2 de la Ley de Promoción, Protección y Apoyo a la Lactancia Materna.

En este sentido, el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevé la protección tanto a la paternidad como a la maternidad, estableciendo la garantía de que Estado brindará los medios para garantizar la asistencia y protección de la maternidad.

Asimismo, el artículo 78 *eiusdem* desarrolla lo relativo al interés superior del niño, entendiéndose éste como un principio fundamental que orienta todo lo relacionado a la niñez. En este sentido esta Sala se pronunció al respecto en la sentencia número 1917, de fecha 14 de julio de 2003, estableciendo, entre otras cosas, lo siguiente:

> El "interés superior del niño", en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

Dentro de este ámbito de protección, por el hecho mismo de la maternidad, tanto el padre como la madre tienen el deber de mantener, educar e instruir a sus hijos menores de edad. De estas obligaciones se desprende tácitamente el deber de alimentar el hijo menor de edad por parte de los padres.

Con el cumplimiento de dicha obligación se garantiza derechos esenciales para el desarrollo integral del niño y del adolescente, tales como: Nivel de vida adecuado (artículo 30 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), salud y servicio de salud, educación y recreación (artículos 4, 53 y 61 *eiusdem*). (Héctor R. Peñaranda. *Derecho de Familia*, Apuntes Luz, 2013).

Consecuente con la garantía de protección general de la maternidad y del devenir correcto del niño a través del interés superior de éste, establecidos a partir de la promulgación del Texto Constitucional de 1999, el Estado ha realizado un arduo trabajo desde diferentes ámbitos buscando consolidar el desarrollo efectivo los derechos antes mencionados.

En este sentido, en el año 2007 el Poder Legislativo dictó la Ley de Promoción, Protección y Apoyo a la Lactancia Materna, la cual tiene como objeto promover, proteger y apoyar la lactancia materna a fines de garantizar la vida, salud y desarrollo integral de los niños y niñas.

Asimismo, de la exposición de motivos de dicha ley, se desprende, entre otras cosas, lo siguiente:

> Es de suma importancia contar en nuestro país con una Ley, que garantice la práctica adecuada de la lactancia materna y la alimentación complementaria oportuna y debidamente administrada. Asimismo, este instrumento jurídico permite garantizar los derechos de las madres trabajadoras en el periodo de amamantamiento, promover prácticas éticas en la comercialización de los alimentos infantiles y establecer las sanciones en casos de infracción.
>
> La lactancia materna exclusiva o complementada con otros alimentos es concebida y reconocida científicamente como el método ideal y la estrategia nutricional por excelencia requerida por los niños y niñas durante los primeros seis meses de vida y hasta los dos años.
>
> El periodo entre el nacimiento y los dos años de edad es considerada como "ventana de tiempo crítica" para la promoción del crecimiento, la salud y el desarrollo óptimo de los niños.
>
> Se ha comprobado científicamente que ésta es la edad en la que ocurren fallas de crecimiento, deficiencia de ciertos micronutrientes y enfermedades comunes de la niñez.
>
> La práctica de la lactancia materna le brinda al niño y niña todos los requerimientos nutritivos en sus primeros seis meses de vida; lo protege e inmuniza de enfermedades y contribuye al buen desarrollo de su capacidad respiratoria y gastrointestinal, ayudando a la formación de niños y niñas sanos, fortaleciendo el vínculo filial madre- hijo/a. (Subrayado de este fallo).

De lo anterior se desprende que con dicha ley se busca fijar la lactancia materna como el alimento primordial para los niños en edad de lactancia, ello en virtud de los múltiples beneficios que conlleva dicha práctica en la fase inicial del desarrollo del niño.

Ahora bien, el artículo 2 *eiusdem* prevé lo siguiente:

> Artículo 2: Todos los niños y niñas tienen derecho a la lactancia materna en condiciones adecuadas que garanticen su vida, salud y desarrollo integral. Asimismo, las madres tienen derecho a amamantar a sus hijos e hijas, con el apoyo y colaboración de los padres.
>
> Los padres y demás integrantes de las familias deben alentar y brindar todo el apoyo necesario para que las madres puedan ejercer el derecho humano previsto en este artículo en beneficio de sus hijos e hijas.

> El Estado, con la participación solidaria de las comunidades organizadas, promoverá, protegerá y apoyará la lactancia materna exclusiva a libre demanda de los niños y niñas hasta los seis (6) meses de edad y, la lactancia materna con alimentación complementaria oportuna, adecuada, inocua y debidamente administrada hasta los dos (2) años de edad. El ministerio con competencia en materia de salud podrá incrementar esta edad mediante resolución especial. (Subrayado de este fallo).

Se vislumbra del artículo citado que el Estado deberá promover, proteger y apoyar la lactancia materna **con alimentación complementaria** hasta los dos años de edad.

La **alimentación complementaria** se encuentra definida en el artículo 5.1 de la Ley en cuestión, la cual establece que por alimentación complementaria deberá entenderse *"El proceso mediante el cual se introducen nuevos alimentos en la dieta del niño o niña lactante, sin abandono de la leche materna a partir de los seis (6) meses de edad, la cual deberá ser oportuna, adecuada, inocua, debidamente administrada y preparada en base a alimentos disponibles en la localidad."*

De modo pues que el Estado brindará el apoyo y protección a la madre lactante, por hasta dos años, siempre y cuando el niño/a se encuentre amamantando de forma exclusiva a los 6 primeros meses de edad, y con alimentación complementaria desde ese momento hasta los dos años después de nacido.

Ahora bien, en el ámbito laboral la promoción, protección y apoyo de la lactancia materna con **alimentación complementaria** debe entenderse como una licencia prevista legalmente para la madre trabajadora hasta que el lactante cumpla los dos años, que es distinta al permiso que se otorga para el descanso pre y post natal.

En este sentido el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo del año 2006, en su artículo 100 establece que:

> El período de lactancia, a que se refiere el artículo 393 de la Ley Orgánica del Trabajo, no será inferior a seis (6) meses contado desde la fecha del parto, sin perjuicio de que los Ministerios del Trabajo y Salud puedan extender este período mediante Resolución conjunta.
>
> La mujer trabajadora, finalizado el período de licencia postnatal, notificará al patrono o patrona la oportunidad en que disfrutará los descansos diarios para la lactancia. El patrono o patrona sólo podrá imponer modificaciones a lo planteado por la trabajadora, cuando a su juicio ello afecte el normal desenvolvimiento de la unidad productiva y lo acredite fehacientemente. En caso de desacuerdo entre las partes, el Inspector o Inspectora del Trabajo decidirá si existe o no desmejora de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 454 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En igual orden de ideas, el artículo 345 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, es específico al prever que:

> Durante el período de lactancia, la mujer tendrá derecho a dos descansos diarios de media hora cada uno, para amamantar a su hijo o hija en el Centro de Educación Inicial o sala de lactancia respectiva.
>
> Si no hubiere Centro de Educación Inicial con sala de lactancia, los descansos previstos en este artículo serán de una hora y media cada uno.

Se desprende de lo anterior que la protección a la lactancia con alimentación complementaria consiste en una serie de permisos otorgados a la madre trabajadora destinados a la lactancia del niño, de modo pues que si el lugar de trabajo cuenta con un centro de educación inicial o en el mismo se ha destinado una sala para la lactancia, el descanso será por dos (2) veces al día por un lapso de treinta (30) minutos, mientras que si el lugar de trabajo no cuenta con el centro de educación inicial o la referida sala, el descanso se concederá por un lapso de una hora y treinta minutos dos (2) veces al día.

Ahora bien, resulta fundamental esclarecer que en los casos en los cuales el lugar de trabajo no posea centro de educación inicial o sala de lactancia, los referidos permisos serán utilizados al inicio y final del horario de trabajo, es decir, si una madre empieza su jornada laboral a las 8:30 am ésta podrá llegar una hora y media más tarde, esto es, a las 10:00 am, de igual forma hará uso de su segundo lapso de permiso al finalizar su jornada, por lo que podrá retirarse de su sitio de trabajo una hora y media antes de lo pactado, en garantía del interés superior de su niño o niña.

De igual forma, esta Sala Constitucional no se encuentra ajena a las realidades sociales y aquellas que devienen de las relaciones laborales, por lo que apunta que en el caso de disfrutar del descanso atinente al lapso de una hora y treinta (30) minutos dos (2) veces al día, en virtud de las razones expresadas *ut supra,* tendrá la trabajadora la posibilidad de plantear al patrono la solicitud de acumular ambos permisos, lo cual de conformidad con lo establecido en el artículo 100 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo podrá ser posteriormente modificado por el patrono en el supuesto de que afecte el normal desenvolvimiento de la unidad productiva, advirtiendo que tal modificación deberá estar fehacientemente demostrada toda vez que, reitera esta Sala Constitucional, se garantiza indubitablemente la estructura para ejercer los derechos en beneficio de las generaciones de relevo.

Ello así, en la consolidación del Estado Democrático y Social de Derecho, nuestro ordenamiento jurídico apuesta por obtener como fin teleológico de nuestra sociedad la suprema felicidad, situación por la cual establece parámetros para el efectivo disfrute de los derechos sociales, sin que ello niegue la posibilidad de convenios entre partes para regular las diversas situaciones fácticas que esta Sala Constitucional no limita en atención a los derechos del niño o niña que se beneficia de tal licencia.

Asimismo, para acceder al goce del descanso para el amamantamiento en el período de la alimentación complementaria, la madre deberá consignar al patrono los requisitos establecidos en el artículo 3 de la resolución conjunta N° 271, del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud, de fecha 22 de septiembre de 2006 y publicado en Gaceta Oficial N° 38.528, la cual desarrolla de manera puntual y objetiva los requisitos necesarios para disponer de dicho permiso, ya que por el tiempo que el mismo se ha estipulado en aras de la progresividad de los derechos a los que expresamente alude la Constitución, el mismo debe otorgarse cumpliendo las exigencias antes establecidas que permiten el equilibrio entre la prestación del servicio y la efectiva garantía y goce de tal beneficio.

Tal resolución establece lo siguiente:

> Artículo 3º.- Para disfrutar de los descansos para amamantar a su hijo o hija, la madre trabajadora deberá presentar mensualmente ante el patrono o patrona un certificado de consulta de control de salud del hijo o hija, expedido por un centro de salud, en el cual se deje constancia de la asistencia oportuna a la consulta, del amamantamiento y, de ser el caso, de la condición de salud de la madre, su hijo o hija de conformidad con el numeral 2 del artículo 1 de esta Resolución. (Subrayado de este fallo).

Toda madre lactante que cumpla con los requisitos *supra* señalados en la resolución precitada, y que formule tal solicitud, debe obtener de manera **obligatoria**, por parte de su patrono, el permiso para realizar el amamantamiento en los términos establecidos en el presente fallo. El hecho de que dicha licencia sea de obligatorio cumplimiento por parte del patrono, **no significa que opere de pleno derecho**, pues debe previamente ser requerido en forma expresa por parte de la madre lactante y en cada caso variará el tiempo de duración de la licencia de alimentación complementaria, de acuerdo a la situación particular en relación con la posibilidad de amamantar de la madre.

Asimismo, debe recalcar la Sala que la licencia en cuestión, como se dijo antes, no es de obligatoria solicitud por parte de la madre lactante, ello en virtud de que puede que ésta no pretenda amamantar o no pueda por sus condiciones hacerlo, y por ende no es una licencia obligatoria y necesaria por parte de la madre.

Dentro de este mismo orden de ideas, resulta válido señalar que la presente licencia no necesariamente debe ser por el lapso de los dos (2) años establecidos *supra*, ya que esto dependerá del caso en concreto y se demostrará mediante los exámenes mensuales que deberá consignar la madre lactante a los fines de validar el permiso, visto que puede ocurrir que una madre deje de amamantar cumplido el año del niño o menos, es decir, esta licencia no posee un término específico pues puede culminar de un momento a otro, sólo que el tiempo máximo es de dos (2) años.

Con fuerza en las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establece, conforme a la potestad otorgada en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con carácter vinculante que, una vez concluido el descanso post natal, la madre lactante podrá solicitar licencia para la alimentación complementaria, en los términos que se establecen supra, cumpliendo con los requisitos exigidos por ley, para así demostrar que efectivamente el niño o la niña, según sea el caso, se encuentra en período de alimentación complementaria y que la madre se encuentra amamantando, ya que el fin último de la Constitución y la normativa analizada es garantizar y proteger el interés superior del niño o niña. Por último, se establece que la presente decisión tendrá efectos *ex nunc* en el tiempo. Así se establece.

En consecuencia, se ordena la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Máximo Tribunal con el siguiente titulado: *"Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que establece con carácter ex nunc el régimen de lactancia materna con alimentación complementaria en las jornadas laborales"*. Y así se ordena.

III. ORDENAMIENTO ORGÁNICO

1. *La administración publica*

A. *La administración descentralizada: Empresas del estado privilegios y prerrogativas*

TSJ-SC (735) **25-10-2017**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Mercantil C.A., Banco Universal

Conforme a la potestad conferida a esta Sala Constitucional en el artículo 335 de la Constitución, se establece con carácter vinculante que las prerrogativas y privilegios procesales en los procesos donde funja como parte el Estado, deben ser extensibles a todas aquellas empresas donde el Estado venezolano, a nivel municipal, estadal y nacional, posea participación, es decir, se le aplicará a los procesos donde sea parte todas las prerrogativas legales a que haya lugar, e igualmente dichas prerrogativas y privilegios son extensibles a los municipios y estados, como entidades político territoriales locales.

(…) Por otra parte, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estima conveniente reiterar los criterios jurisprudenciales establecidos en sentencias Nros. 1.681/2014 y 1.506/2015, ambas dictadas por esta Sala, en lo relativo a las prerrogativas y privilegios procesales de la República extensibles a las empresas del Estado.

En este sentido la decisión 1.506 del 26 de noviembre de 2015, estableció, entre otras cosas, lo siguiente:

> Así las cosas, la referida Corte Segunda profirió la decisión accionada de conformidad con lo dispuesto en los aludidos artículos 64 y 87 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y con el criterio jurisprudencial expuesto, tal como bien lo señaló en su parte motiva; pues, el hecho de haber decidido el *a quo* antes que terminara el lapso, dicha actuación no significa que se "acortó" el lapso para sentenciar, no abrevió ningún lapso ni vulneró los derechos constitucionales denunciados –al debido proceso y a la defensa-, como ya se estableció, la decisión de primera instancia se produjo en el lapso dentro del cual puede el órgano jurisdiccional dictar decisión, pues efectivamente se trata de un lapso y no de un término, correspondiéndole en todo caso a la parte que está a derecho, actuar con la debida diligencia a los efectos de ejercer de manera oportuna el recurso respectivo, en el supuesto de que el fallo sea publicado dentro de la oportunidad legal, como ocurrió en el caso de marras, en el que se garantizó los derechos constitucionales de las partes así como la certeza de los actos procesales, preservando la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Así se decide.
>
> Considera esta Sala oportuno señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de toda oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales de la República, y en tales casos, el proceso se suspenderá por un lapso de treinta (30) días continuos, contados a partir de la fecha de la consignación de la notificación practicada en el respectivo expediente.
>
> Dicha normativa consagra una auténtica prerrogativa a los efectos de garantizarle a la República el derecho a la defensa, tomando en cuenta que, cualquier decisión dictada en su contra implicaría una posible lesión a sus intereses patrimoniales; sin embargo, en el caso concreto, la sentencia dictada el 05 de junio de 2014, por el Juzgado Superior que declaró sin lugar la demanda de contenido patrimonial incoada por el hoy accionante contra el Ministerio del Poder Popular para el Transporte y Tránsito Terrestre, por órgano de la sociedad mercantil Metro de Caracas C.A., quedó firme mediante auto del 11 de agosto de 2014, además de que las partes se encontraban a derecho –tal y como lo señaló la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, hoy accionada cuando lo confirmó–, no obró contra los intereses de la República, lo que descarta la posibilidad de que ésta ejerciese recurso alguno contra la misma.
>
> **Igualmente, estima necesario esta Sala estima necesario reiterar la doctrina vinculante sobre la aplicación de los privilegios procesales de la República Bolivariana de Venezuela, extensibles a las empresas estatales, pues tales privilegios constituyen un elemento de orden público dados los intereses públicos involucrados, cuya finalidad es que ésta pueda cumplir con su obligación de preservar el interés general, ante el hecho de que la sociedad mercantil Metro de Caracas S.A. es una empresa del Estado que ostenta las prerrogativas procesales que la Ley le confiere tanto a la República como a una serie de entes de derecho público similares visto los intereses públicos que éstos gestionan (*Vid.* Sentencias de esta Sala Constitucional Nros. 1031 del 27/05/2005, 281 del 26/02/2007 y 1681 del 27/11/2014).** (Resaltado del presente fallo).

Ahora bien, resulta un hecho de carácter público, notorio y comunicacional que actualmente el Estado venezolano posee participación en un sinfín de empresas, tanto en carácter mayoritario como minoritario, es por ello que, conforme a la potestad conferida a esta Sala Constitucional en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se establece con carácter vinculante que las prerrogativas y privilegios procesales en los

procesos donde funja como parte el Estado, deben ser extensibles a todas aquellas empresas donde el Estado venezolano, a nivel municipal, estadal y nacional, posea participación, es decir, se le aplicará a los procesos donde sea parte todas las prerrogativas legales a que haya lugar, e igualmente dichas prerrogativas y privilegios son extensibles a los municipios y estados, como entidades político territoriales locales. Y así se establece.

No obstante, lo anterior, es deber de esta Sala señalar que en sentencia 0135/2016, se estableció lo siguiente:

> Visto el criterio antes referido y, determinado como ha sido que, aun siendo la sociedad de comercio Bolivariana de Aeropuertos, S.A. (BAER), como una empresa del Estado, la misma no goza de los privilegios y prerrogativas que la Ley ha acordado a favor de la República, en virtud de no existir previsión legal expresa al respecto (*vid*. Sentencia Nº 2.291 de fecha 14 de diciembre de 2006, caso: *Compañía Anónima Electricidad del Centro, C.A. (ELECENTRO)*, ratificada posteriormente, entre otras, en la decisión Nº 1.506 del 9 de noviembre de 2009, caso: *Marina Erlinda Crespo Ferrer*), resulta forzoso concluir contrariamente al pronunciamiento objeto de revisión, que el privilegio procesal no se constituye en una inmunidad que alcance a la empresa demandada; en consecuencia, es claro que no le era aplicable la consulta, obligatoria.

Se observa de lo anterior, que la Sala retomó un criterio antiguo aplicable únicamente al caso en cuestión, sin embargo, resulta meritorio recalcar y aclarar que el criterio vigente es el establecido en los fallos Nº 1.681/2014 y 1.506/2015 dictados por esta Sala, así como el criterio vinculante que se establece en la presente decisión.

Por último, visto el carácter vinculante de la presente decisión, es por lo que se ordena la publicación del presente fallo en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Judicial y página web del Tribunal Supremo de Justicia, con el siguiente intitulado: *"Sentencia de la Sala Constitucional que establece que las empresas que posean participación del Estado así como los municipios y estados, como entidades político territoriales locales, se les concederán los privilegios y prerrogativas procesales"*. Así se decide.

2. *El Poder Judicial*

A. *Tribunal Supremo de Justicia: Período de los Magistrados. Faltas Absolutas. Nuevas designaciones*

TSJ-SC (545) **20-7-2017**

PONENCIA CONJUNTA

Caso: César Alexis Orta Lamon

(…) Al respecto, esta Sala estima imperativo hacer mención a lo señalado por el artículo 264 de la Constitución, que es del siguiente tenor:

> **Artículo 264.** Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia **serán elegidos o elegidas por un único período de doce años.** La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos, o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia, o por organizaciones; vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída. La opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual efectuará la selección definitiva. Los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados o postuladas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, o ante la Asamblea Nacional.

(…) Sobre esta disposición, esta Sala Constitucional en sentencia N° 1701 del 6 de diciembre de 2012, [véase *Revista de Derecho Público*, Nº 132/octubre-diciembre 2008, p. 134

y ss]. Ratificó plenamente el contenido de dicho artículo, estableciendo que, en caso de vacante absoluta, **quien resultare designado por la Asamblea Nacional, lo será por un período de doce (12) años**, lapso constitucional que es improrrogable **y, por tanto, una vez fenecido el mismo, se produce la falta absoluta del cargo de Magistrado.**

B. *Tribunal Supremo de Justicia*

a. *Competencias de la Sala Plena: Antejuicio de mérito. Naturaleza*

TSJ-SP **4-8-2017**

Magistrada Ponente: Dra. Marjorie Calderón Guerrero

Caso: Pedro Carreño

Sobre esta especialísima institución jurídica, la Sala Plena de este Alto Tribunal, en sentencia número 38 dictada en fecha 11 de julio de 2013, publicada el 16 de julio de 2013, caso "*Richard Miguel Mardo Mardo*", señaló que:

> "...La institución jurídica del antejuicio de mérito, constituye una prerrogativa constitucional que corresponde a los altos funcionarios del Estado, destinada a brindar un especial fuero o protección a la función pública que los mismos desempeñan, en tutela del interés general. Su instrumentación encuentra su fundamento y regulación esencialmente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; y de ella subráyese el carácter de fase previa que tiene el proceso para que la vindicta pública, en cabeza de la Fiscalía General de la República, pueda iniciar la persecución penal propiamente dicha, a los fines de establecer o desechar la posible autoría que vislumbra el Ministerio Público en su investigación preliminar. Diferenciación hecha con el eventual juicio, la decisión que emita la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en torno a la existencia de mérito para el enjuiciamiento de un alto funcionario, no supone un prejuzgamiento acerca de su responsabilidad penal.
>
> El Código Orgánico Procesal Penal, en su artículo 381 dispone la enumeración taxativa de los altos funcionarios que gozan de esta prerrogativa constitucional del antejuicio de mérito, en obsequio a la protección de la función pública que despliegan en el cumplimiento de las atribuciones que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley y demás actos sublegales le encomiendan, a saber: (...) Diputados o Diputadas de la Asamblea Nacional...
>
> Es así como, en el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia en que se constituye la República Bolivariana de Venezuela, con arreglo al artículo 2 del Texto Fundamental, se ha previsto esta institución como un procedimiento especial, que habrá de instaurarse nada menos que ante el más Alto Tribunal de la República, cuando el Ministerio Público acopie elementos de convicción serios y fundados en torno a la posible participación de alguno de los ciudadanos que desempeñen tales altos destinos, capaz de comprometer su responsabilidad, en la presunta comisión de hechos punibles, siendo que la determinación sobre la existencia de mérito para la persecución penal y enjuiciamiento, si fuera así decidido, no supone un prejuzgamiento sobre la causa que tenga lugar de seguidas..." (resaltado de la Sala).

Asimismo, esta Sala en sentencia número 24 del 15 de mayo de 2003 caso: "*Julián Isaías Rodríguez Díaz, Fiscal General de la República contra Carlos Rafael Alfonso Martínez, General de División (G.N.)*", se refirió a la naturaleza del antejuicio de mérito, y se citó anteriores fallos de este Supremo Tribunal, en los términos siguientes:

> "*El antejuicio de mérito en nuestro ordenamiento jurídico está concebido como una etapa previa al juicio, respecto a algunos altos funcionarios del Estado. Así está concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el Código Orgánico Procesal Penal...*

> En este sentido, en sentencia de la Corte en Pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 18 de enero de 1990, caso: *José Ángel Ciliberto*, se expresó que establecer la existencia de motivos suficientes para el enjuiciamiento de un alto funcionario del Estado '...significa analizar los elementos probatorios existentes en los autos con el objeto de establecer la perpetración de algún hecho presuntamente delictivo y la participación en el mismo del nombrado ciudadano, sin adelantar opinión sobre el fondo del asunto, pues la Corte no actúa, en este momento, como un Tribunal de la causa, sino que se concreta a examinar los recaudos traídos y deducir una precalificación de los hechos, así como sus eventuales consecuencias de carácter penal...'

En otra sentencia de la Corte en Pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 25 de junio de 1992, caso: *Antonio Ríos*, se expresó lo siguiente: '...El antejuicio de mérito es un instituto consagrado por la Ley Fundamental de la República en relación con los altos funcionarios que la misma señala en los ordinales 1° y 2° del artículo 215...

(*omissis*)

a) El ante-juicio no constituye sino una etapa previa al posible enjuiciamiento de aquellos funcionarios respecto a los cuales la Ley Fundamental de la República lo consagra como una forma de resguardar el cumplimiento de sus funciones, ya que dicho procedimiento tiene por objeto evitar a los mismos el entorpecimiento producido por la apertura de causas penales posiblemente temerarias o infundadas. En el ante-juicio no se dicta propiamente una sentencia de condena, sino que sólo se tiene como fin, eliminar un obstáculo procesal para que un ciudadano comparezca a juicio, donde tendrá la oportunidad de para acreditar su inocencia.

b) El ante-juicio de mérito no debe implicar, en modo alguno, la búsqueda de la comprobación plena del cuerpo del delito ni de la culpabilidad del funcionario en relación con el cual opera dicho procedimiento especial, como si se tratase de un juicio propiamente dicho. Sólo se trata de constatar si los hechos imputados son punibles y si ciertamente la acusación está seriamente fundada como para formar causa. Por consiguiente, no se debe adelantar opinión sobre el fondo del asunto, pues de lo que se trata es de examinar los recaudos y deducir una precalificación los hechos.

c) El ante-juicio de mérito tiene por objeto el análisis y estudio previos de las actas procesales, con el fin de establecer si de la reconstrucción de los hechos que de ello deriva, emergen presunciones vehementes de la comisión de un hecho punible que en la perpetración del mismo se encuentra comprometida la responsabilidad del funcionario.

En síntesis, se trata de establecer -como lo señala la decisión de este Tribunal de fecha 1950 (G.O. N° 6, p. 23)- si existe 'mérito suficiente' para que sea sometido a juicio el funcionario acusado.

Para lograr este objetivo debe observarse si se configura o no el hecho punible que se le imputa y si existen fundados indicios de haber participado en la realización del mismo...'.

De igual manera, en sentencia de fecha 20 de mayo de 1993, de la Corte en Pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia, caso: Carlos Andrés Pérez Rodríguez, se expresó que en el antejuicio de mérito "...se trata de un procedimiento especial en un doble aspecto: En primer lugar, por lo que atañe a los sujetos enjuiciables y, en segundo término, por lo que se refiere al procedimiento. En el primer caso, únicamente a los Altos Funcionarios están sometidos al Antejuicio de Mérito por ante el más Alto Tribunal de la República. Y en cuanto a las características procedimentales, la Ley ha previsto determinados elementos; entre los cuales se destaca que, dada su finalidad fundamental, el Antejuicio, como su misma denominación lo indica, no indica un juicio propiamente dicho, sino un pronunciamiento previo a la causa, que cuando se declara con lugar constituye la base para la iniciación del juicio o de su prosecu-

ción, según las normas aplicables en cada caso. No constituye por ello un indicativo de absolución o condena, sino una declaratoria acerca de la procedencia o no de la apertura del juicio penal correspondiente..." (resaltado del original).

Por su parte, la Sala Constitucional ha caracterizado al procedimiento especial del antejuicio de mérito, a semejanza de una etapa inicial para un eventual enjuiciamiento de altas autoridades. Valga citar la sentencia número 233 del 11 de marzo de 2005, la cual se expresó de la siguiente manera:

> *"...[el] procedimiento conocido como antejuicio de mérito, (...) ha sido definido por la jurisprudencia y la doctrina como un procedimiento especial, de única instancia, previo y distinto al juicio penal propiamente dicho. Es decir, a semejanza de una etapa inicial (in jure actum), en cuya primera fase se califican los hechos como relevantes o no para pasar, si fuere el caso, a la segunda fase del juicio de fondo, (in judicium), ya que, quien tiene derecho a ese antejuicio o juicio de mérito, se inviste de una prerrogativa (jure esse).*
>
> *En otras palabras, el antejuicio de mérito se traduce en una prerrogativa para las altas autoridades del Estado, prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 266, numerales 2 y 3, así como en el artículo 5, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal*...". (resaltado del original corchetes de la Sala)

Asimismo, en la sentencia número 29 del 30 de abril de 2008, esta Sala Plena apuntó sobre el carácter de prerrogativa constitucional del antejuicio de mérito lo siguiente:

> "*Así, las personas que se encuentran investidas de las más elevadas funciones públicas, gozan de prerrogativas constitucionales para el ejercicio de sus funciones siendo una de ellas el antejuicio de mérito, cuyo conocimiento le corresponde a esta Sala Plena. En tal sentido, ha señalado el Máximo Tribunal en reiteradas decisiones que el régimen del antejuicio de mérito previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consiste en un privilegio para las altas autoridades del Estado, que tiene por objeto proteger la labor de los funcionarios públicos que ocupan y desempeñan cargos de alta relevancia, en procura de la continuidad en el desempeño de las tareas esenciales que corresponden al ejercicio de la función pública. En otras palabras, el antejuicio de mérito es una prerrogativa procesal de la que son acreedores los altos funcionarios del Estado, para garantizar el ejercicio de la función pública y, por ende, evitar la existencia de perturbaciones derivadas de posibles querellas, injustificadas o maliciosas, que se interpongan contra las personas que desempeñen una alta investidura*".

Adicionalmente, esta Sala Plena en sentencia número 50 del 10 de junio de 2008, caso: '*Carlos Eduardo Giménez Colmenares'*, sostuvo que la figura del antejuicio de mérito se trata de un procedimiento especial en un doble aspecto, en cuanto a los sujetos enjuiciables y en lo que se refiere al procedimiento, a saber:

> *"Se trata de un procedimiento especial en un doble aspecto, en cuanto a los sujetos enjuiciables y en lo que se refiere al procedimiento:*
>
> *En relación a los sujetos enjuiciables, únicamente los altos funcionarios están sometidos al antejuicio de mérito ante el más Alto Tribunal de la República.*
>
> *Y en cuanto al procedimiento, las disposiciones legales y la jurisprudencia han delimitado la finalidad del antejuicio de mérito: no constituye un juicio propiamente dicho, sino un pronunciamiento previo a la causa, que cuando se declara con lugar constituye la base para la iniciación del juicio, según las normas aplicables en cada caso.*
>
> *Por consiguiente, no constituye una sentencia de absolución o de condena, sino una declaratoria acerca de la procedencia o no de la apertura del juicio penal correspondiente. Tiene como finalidad resguardar el cumplimiento de las junciones de los altos funcionarios del Estado, ya que dicho procedimiento tiene por objeto evitar a los mismos el entorpecimiento producido por la apertura de causas penales posiblemente temerarias o infundadas.*

En efecto, el antejuicio de mérito constituye un privilegio que otorga la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a los altos funcionarios del Estado, que no pueden ser sometidos a juicio penal sin que medien razones graves que los vinculen con hechos punibles cuya existencia debe ponerse de manifiesto en la audiencia del antejuicio y que la evidencia de esta relación debe ser declarada por el Tribunal Supremo de Justicia. Incluso, cabe añadir que, por su propia naturaleza, este privilegio es renunciable por el favorecido, lo que abona en beneficio de la tesis que no estamos ante un proceso penal según las disposiciones del Código Procesal Penal, sino de un antejuicio de mérito que controla los hechos, determinar si tienen o no carácter delictual. Además, el antejuicio de mérito n implicar, en modo alguno, la búsqueda de la comprobación plena del cuerpo del delito ni de la culpabilidad del alto funcionario; sólo se trata de constatar si los hechos imputados son punibles y si ciertamente la querella está seriamente fundada como para formar la causa penal. En consecuencia, no debe adelantarse opinión sobre el fondo del asunto, pues de lo que se trata es de examinar los recaudos y precalificar los hechos...".

(…)

En cuanto al régimen jurídico procesal aplicable, esta Sala Plena considera de importancia señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1684/2008, caso: "*Carlos Eduardo Giménez*", estableció el procedimiento a seguir en la tramitación de las solicitudes de antejuicio de mérito y enjuiciamiento de altos funcionarios; en tal sentido, señaló lo siguiente:

Sin embargo, en vista de la interpretación constitucional realizada y el hecho de que el último aparte del artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia remita expresamente al Código Orgánico Procesal Penal "*en todo lo no previsto*" en lo que concierne a los procedimientos de antejuicio de mérito y enjuiciamiento de altos funcionarios hace concluir a esta Sala Constitucional, que la antinomia está resuelta, no solo por la aludida remisión, sino porque, a pesar de tratarse la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Orgánico Procesal Penal de normas de igual jerarquía (orgánicas), el Código Orgánico Procesal Penal es ley posterior (su última reforma es del 4 de octubre de 2006) y ley especial en lo que concierne al procedimiento penal, pues la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es fundamentalmente una ley organizativa del máximo Tribunal. En consecuencia, la normativa aplicable en lo que concierne al Tribunal competente y al enjuiciamiento de altos funcionarios es la contenida en el Título IV (artículos 377 al 381) del Código Orgánico Procesal Penal; y así se decide.

(...)

"*Cumplidos los trámites necesarios para el enjuiciamiento, el funcionario o funcionaría quedará suspendido o suspendida e inhabilitado o inhabilitada para ejercer cualquier cargo público durante el proceso"*. (Resaltado de este fallo). Del artículo transcrito, se desprende que una vez declarado que hay mérito para el enjuiciamiento del funcionario, se tendrían por cumplidos los trámites necesarios para el enjuiciamiento, por lo que operaría de pleno derecho la respectiva suspensión e inhabilitación para ejercer cualquier cargo público durante el proceso que se le instaura para determinar la responsabilidad individual a que haya lugar.

En ese sentido, la suspensión e inhabilitación para el ejercicio de cualquier cargo público, no está consagrada como una pena anticipada, sino que el legislador previó la necesaria separación provisional durante el proceso del funcionario para permitir la investigación correspondiente, y como una medida de protección a la función pública, todo ello conforme a los supremos valores del Estado venezolano previstos en el artículo 2 del Texto Fundamental, y a los principios de "*...honestidad, participación, celeridad, eficacia transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública*...", que rigen el

desempeño de la Administración y que se encuentran previstos en el artículo 141 *eiusdem*; y, para el caso del o de la Fiscal General de la República, conforme a lo previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

contemplados en los artículos 336 numeral 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia en cumplimiento a lo previsto en el artículo 25, numeral 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Para finalizar, no puede ignorar esta Sala Plena la connotación de los hechos narrados por los ciudadanos **Pedro Carreño**, en su condición de **Diputado de la Asamblea Nacional**; Dr. **Tarek Willians Saab**, en su carácter de **Presidente del Consejo Moral Republicano**; y, Dr. **Manuel Galindo Ballesteros**, en su condición de **Contralor General de la República e integrante del Consejo Moral Republicano**, en virtud de que los mismos pudieran revestir carácter penal, motivo por el cual se acuerda continuar el proceso ante esta instancia, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, 378 del Código Orgánico Procesal Penal, y la sentencia N° 1684 de fecha 4 de noviembre de 2008, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, (caso: *Carlos Eduardo Giménez Colmenárez*). Así se decide.

TSJ-SP **4-10-2017**

Magistrado Ponente: Malaquías Gil Rodríguez

Caso: Luis Bertoni Chapeta Carrillo

En fecha primero (01) de agosto de dos mil dieciséis (2016), se recibió en la Secretaría de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, oficio número 913, de fecha doce (12) de julio de dos mil dieciséis (2016), procedente del Tribunal Décimo de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Táchira, adjunto al cual remite el expediente contentivo de la solicitud de auxilio judicial formulada por el ciudadano **LUIS BERTONI CHAPETA CARRILLO**, venezolano, abogado, titular de la cédula de identidad número 14.985.690, domiciliado en San Cristóbal estado Táchira, con el fin de impulsar la solicitud de antejuicio de merito ante el Tribunal Supremo de Justicia contra el ciudadano **JOSÉ GREGORIO VIELMA MORA,** venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad número 6.206.038 y, actualmente, Gobernador del estado Táchira.

(…)

A juicio de esta Sala Plena es menester examinar las implicaciones jurídicas que comporta el hecho de que el auxilio judicial requerido está sustancialmente conectado con la pretensión de ejercer a instancia privada una acción penal contra un alto funcionario, pues, tal situación fáctico jurídica, pudiera ser relevante en la perspectiva de establecer a cuál órgano judicial le corresponde proferir la Resolución que acuerda o niega el auxilio judicial peticionado en el marco de una eventual activación de un antejuicio de mérito.

En este orden de ideas, se estima conveniente referir que a la luz de lo contemplado en el artículo 393 del Código Orgánico Procesal Penal, **el auxilio judicial se concibe como una herramienta procesal al servicio de quien se considera víctima de un delito perseguible por acción privada, en la perspectiva de recabar elementos que le son indispensables para el formal ejercicio de la acción penal, en consecuencia, el auxilio judicial no es más que un trámite preliminar destinado a la consecución de ciertos elementos relacionados con el caso de que se trate y con relevancia jurídico penal.**

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia número 234, de fecha catorce (14) de marzo de dos mil cinco (2005), sostuvo lo que se transcribe a continuación:

"La figura del 'auxilio judicial' consagrada en el artículo 402 del Código Orgánico Procesal Penal, confiere a la víctima que pretenda constituirse en acusador privado para ejercer la acción penal derivada de los delitos dependientes de acusación o instancia de parte agraviada, la potestad de solicitar al Juez de Control que ordene la práctica de una investigación preliminar para identificar al acusado, determinar su domicilio o residencia, acreditar el hecho punible o para recabar elementos de convicción.

En dicha solicitud la víctima debe señalar: a) su nombre, apellido, edad, domicilio o residencia, número de cédula de identidad y la justificación acerca de su condición de víctima; b) el delito por el cual pretende acusar, con una relación detallada de las circunstancias que permitan acreditar su comisión, incluyendo, de ser posible, lugar, día y hora aproximada de su perpetración; y c) el señalamiento expreso y preciso de las diligencias que serán objeto de la investigación preliminar.

Si el Juez de Control estima que, efectivamente, los hechos configuran un delito de acción privada, y que es procedente la solicitud, ordenará al Ministerio Público la práctica de las diligencias expresamente señaladas. Una vez concluida la investigación preliminar, el Juez de Control entregará sus resultas en original a la víctima, dejando copia certificada de la misma en el archivo del Tribunal.

El auxilio judicial contemplado en el señalado artículo 402, se inscribe dentro de los procedimientos preparatorios, los cuales se encuentra dispersos en distintas leyes procesales, tales como ocurre en el Código de Procedimiento Civil con el procedimiento de preparación de la vía ejecutiva (artículo 631), o con el retardo perjudicial por temor fundado a que desaparezcan las pruebas (artículo 813), y como acontecía con la averiguación de nudo hecho prevista en el Código de Enjuiciamiento Criminal.

Los procedimientos preparatorios pueden ser de diversa naturaleza. Hay algunos que deben cumplirse como presupuesto indispensable para incoar una acción, como ocurre en cierta forma con el procedimiento de preparación de la vía ejecutiva, o como sucedía con el 'nudo hecho' del señalado Código de Enjuiciamiento Criminal.

Hay otros, como el retardo perjudicial (artículo 813 del Código de Procedimiento Civil), que buscan recabar pruebas, y aun hay otros, como el auxilio judicial, que pueden tener naturaleza mixta: investigar y conseguir información que permita acreditar el hecho punible, o recabar elementos de convicción, estos últimos siguiendo lo establecido en los artículos 60; 242; 251.1; 280 y 358 del Código Orgánico Procesal Penal y en el artículo 10 de la Ley de Procedimiento Marítimo se refieren a recoger medios de pruebas, ya que estas diligencias preparatorias con miras a un proceso penal, tiene naturaleza pesquisadora.

El conocimiento sobre la existencia de estos medios permite a quien obtiene el auxilio, a preparar su querella, donde ofrecerá las pruebas con que cuenta, o a promover una prueba anticipada, si es que los hechos o los medios van a desaparecer.

Siendo la naturaleza del auxilio judicial investigativo (inquisitivo), las diligencias a practicarse son variadas, algunas dirigidas a identificar al futuro acusado o conocer su domicilio o residencia, mientras otras persiguen acreditar el hecho punible o conocer elementos de convicción.

Si se trata de los dos primeros supuestos, no es posible citar a quien no se conoce, o a quien no se sabe dónde buscarlo, y esto convierte a las diligencias en verdaderas formas de investigación, donde no hay posibilidad alguna de contención.

Pero cuando quien pide el auxilio, tiene identificado al futuro acusado, por aplicación del artículo 49 Constitucional, lo lógico es que se le cite, al menos para que sepa que existe un procedimiento de auxilio en su contra.

No entra la Sala a calificar la naturaleza contenciosa o no del procedimiento, ya que el derecho de defensa, conforme al numeral 1 del artículo 49 citado es inviolable en todo estado de la investigación y del proceso, y en consecuencia tratándose de una investigación, si está identificado aquel contra quien va a obrar el auxilio judicial, debe citársele, al menos cuando se solicita el auxilio, a fin que pueda defenderse.

A juicio de la Sala, la necesidad de hacer saber al investigado que se van a recabar elementos de convicción en su contra, es obvia, en casos como el comentado.

Si bien la actuación del Juez de Control ante quien se formule la solicitud, está limitada a constatar, que el delito por el cual se pretende acusar es de acción privada, y que la solicitud es procedente, sin embargo, la resolución judicial que acuerde el auxilio judicial solicitado por la víctima del delito de acción privada, podría, en razón de los términos en los cuales se acordó, involucrar una investigación criminal, cuyas resultas, vinculadas con la actividad probatoria que luego ha de ser reconducida al debate en juicio, lograrían afectar la responsabilidad penal del posterior acusado, quien pudiera no controlar la admisibilidad del auxilio solicitado, que lo perjudica.

Por ende, el auxilio judicial ordenado a tales fines, puede constituir una subversión del procedimiento que, obviamente, comporta la actuación del órgano jurisdiccional fuera de los límites de su competencia, si mediante él se pretende suplir la carga probatoria que le corresponde a la víctima de un delito de acción privada, aun cuando el auxilio judicial le haya sido consagrado como garantía del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva en igualdad de condiciones que la víctima de un delito de acción pública, en cuyo caso la actividad probatoria corresponde al órgano encargado de la investigación penal." (Subrayado de la Sala Plena).

De manera que, a la luz del criterio jurisprudencial invocado procede forzosamente la citación del pre mencionado alto funcionario *"…a fin que pueda defenderse…"* en el procedimiento investigativo que, bajo la figura jurídica de auxilio judicial, a petición de parte interesada, se pretende llevar a cabo en su contra, habida cuenta de encontrarse plenamente identificado en autos. En otras palabras, en el caso bajo estudio, en el hipotético caso que se declarase procedente el auxilio judicial, la citación del Gobernador del estado Táchira resultaría inexorable, en virtud, se reitera, que está identificado por el solicitante de la investigación preliminar como presunto responsable de la comisión de un delito perseguible a instancia privada.

Ahora bien, citar a una alta funcionaria o a un alto funcionario en el marco de un procedimiento investigativo de auxilio judicial pudiera constituirse en un factor que trastoque, subvierta o restare efectividad y eficacia a la prerrogativa procesal que el Texto Constitucional les confiere a estas altas autoridades públicas, en fin, que hiciera nugatorio el objeto y alcance del antejuicio de mérito. Por consiguiente, esta Sala Plena estima conveniente entrar a dilucidar esta problemática fáctica jurídica, consciente que en la interrelación de estos institutos y mecanismos que integran el sistema jurídico patrio como totalidad, vale decir, el auxilio judicial y el antejuicio de mérito, las garantías constitucionales, entre otras, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva representan mecanismos aseguradores de la realización de los derechos y, por ende, de la concreción de la justicia material; de allí que su vigor no puede ser afectado bajo ninguna consideración o circunstancia, pues en la efectividad y eficiencia de estas garantías se debate, en parte, la razón de ser del Estado de Derecho y de Justicia.

En tal contexto, resulta pertinente valorar el propósito y sentido del antejuicio de mérito, a tales efectos, cabe expresar que en atención al artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el antejuicio de mérito se concibe como una prerrogativa procesal que se le confiere a las altas funcionarias y a los altos funcionarios para evitar que el ejercicio de sus relevantes atribuciones y, por tanto, el cumplimiento de las responsabilidades

que le son inherentes se vean interferidas por la tramitación de causas judiciales activadas a través de denuncias infundadas; de allí que, debe efectuarse, previamente, a que se realice una valoración del asunto, a los efectos de establecer si existen o no elementos de convicción que justifiquen la apertura y sustanciación del correspondiente procedimiento judicial.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia número 233, proferida en fecha once (11) de marzo de dos mil cinco (2005), precisó el concepto, propósito y alcance de este instituto jurídico al sostener lo que se apunta a continuación:

"...Entonces, la referida sentencia, objeto del presente estudio, fue dictada dentro del procedimiento conocido como antejuicio de mérito, el cual ha sido definido por la jurisprudencia y la doctrina como un procedimiento especial, de única instancia, previo y distinto al juicio penal propiamente dicho. Es decir, a semejanza de una etapa inicial ***(in jure actum)****, en cuya primera fase se califican los hechos como relevantes o no para pasar, si fuere el caso, a la segunda fase del juicio de fondo,* ***(in judicium)****, ya que, quien tiene derecho a ese antejuicio o juicio de mérito, se inviste de una* ***prerrogativa (jure esse)****.*

En otras palabras, el antejuicio de mérito se traduce en una prerrogativa para las altas autoridades del Estado, prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 266, numerales 2 y 3, así como en el artículo 5, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal.

Sobre el antejuicio de mérito, este Máximo Tribunal, reiteradamente ha señalado que:

"El antejuicio de mérito (...) se traduce en una prerrogativa para las altas autoridades del Estado, que atiende a la necesidad de proteger la efectividad de la labor de los funcionarios públicos que ocupan cargos de relevancia dentro de su estructura, así como la continuidad en el desempeño de las tareas esenciales que presupone el ejercicio de la función pública. Privilegio que, como excepción al principio de igualdad, se justifica sólo por la necesidad de mantener el buen funcionamiento del Estado, evitando que quienes en un determinado momento resulten piezas fundamentales en la conducción de políticas públicas, sean desviados de sus obligaciones en razón de acusaciones infundadas o no, formuladas en su contra, y a las cuales, sin duda, se encuentran permanentemente expuestos" (Sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 19 de julio de 1984, reiterada en fecha 20 de julio de 1991, y acogida por este Tribunal Supremo de Justicia en fecha 02 de mayo de 2000, caso: Pedro Mantellini).

También en fecha 4 de julio de 2000 (caso Miquelena), la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, en torno a la naturaleza jurídica del antejuicio de mérito, dejó asentado lo siguiente:

'de conformidad con el artículo 377 del Código Procesal Penal, el antejuicio de mérito es un procedimiento penal especial que, instaurado por la querella del Fiscal (...) y conducido por el principio contradictorio, tiene por objeto declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los altos funcionarios del Estado, a los que se refiere el ordenamiento constitucional de la República; (...) y que el juicio sobre la prueba debe constituir el fundamento principal de la determinación acerca de si hay o no mérito, es decir, acerca de si hay o no lugar al enjuiciamiento".

Entonces, el objeto del antejuicio de mérito es declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los presuntos imputados, es decir, la sentencia puede declarar que sí hay mérito para enjuiciar, o, por el contrario, declarar no haber mérito y el consiguiente sobreseimiento..." (destacado del original)

En síntesis, la doctrina jurisprudencial patria es categórica al afirmar que el antejuicio de mérito constituye un procedimiento penal especial, que tiene por objeto declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los altos funcionarios del Estado, en tal contexto, se concibe y opera como una prerrogativa procesal a favor de las servidoras y servidores públicos referidos en el numeral 3 del artículo 266 de nuestra Ley Fundamental, en función de proteger la efectividad de la labor que realizan a propósito de los relevantes cargos que ocupan dentro de la estructura del Estado, pues con tal mecanismo procesal se evita interferencias en el ejercicio de las funciones públicas producto de infundadas denuncias o acusaciones, con lo cual, se garantiza el buen funcionamiento del Estado.

Ahora bien, en congruencia con lo precedentemente expuesto esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia considera que al valorar la interrelación de los institutos jurídicos bajo estudio, vale decir, auxilio judicial y antejuicio de mérito, lo procedente en derecho es que el órgano jurisdiccional a quien expresamente se le confirió la competencia para pronunciarse sobre la existencia o no de méritos para enjuiciar a los altos funcionarios sea quien a su vez dicte la resolución mediante la cual se acuerda o se niega el auxilio judicial, con lo cual, se asegura la concentración en dicho órgano jurisdiccional de todo lo relativo a la preparación (auxilio judicial), examen de mérito (antejuicio de mérito) y enjuiciamiento propiamente dicho (juicio contencioso de fondo) de los altos funcionarios, en consecuencia, se preserva la efectividad de la prerrogativa procesal que la preceptiva constitucional contempla a favor de las aludidas altas autoridades públicas en función de evitar que el óptimo desempeño de sus funciones se vea afectado por acciones temerarias.

A mayor abundamiento sobre el punto que se analiza, cabe agregar que ceñirse a un entendimiento estrictamente literal y aislado de la norma contenida en el artículo 393 del Código Orgánico Procesal Penal, principalmente, en lo tocante a que la presunta *"...parte agraviada podrá solicitar al Juez o Jueza de Control que ordene la práctica de una investigación preliminar..."* (auxilio judicial), para arribar a la conclusión que solamente al Juez o la Jueza de Control le corresponde pronunciarse acerca de la procedencia o no de tales prácticas investigativas, sin apreciar la finalidad, contenido y alcance del antejuicio de mérito, incluso, las repercusiones jurídicas que esta institución procesal produce sobre el auxilio judicial y, más aún, ignorando el carácter integral del ordenamiento jurídico positivo, indiscutiblemente supone realizar una comprensión del asunto bajo estudio desconociendo la hermenéutica jurídica como método de interpretación o compresión de dispositivos normativos que hacen parte de un sistema normativo que posee, se reitera, el rasgo de totalidad, al tiempo que, se fundamenta y guía por valores, principios y garantías en aras de alcanzar la realización de determinados fines.

Por consiguiente, en criterio de esta Sala Plena lo que resulta razonable en aplicación de la más sana lógica jurídica que se infiere de la preceptiva normativa precitada y la doctrina jurisprudencial invocada es que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia sea el órgano jurisdiccional competente para verificar la procedencia de la solicitud de auxilio judicial formulada por quien pretenda constituirse en acusador privado o acusadora privada de un alto funcionario o de una alta funcionaria, pues, de este modo se preservan las previsiones consagradas por el Constituyente del año 1999 en cuanto a la prerrogativa procesal (antejuicio de mérito) conferida a un conjunto de personas (altos funcionarios) en virtud de ejercer altos cargos dentro de la estructura del Estado (labores de Estado vinculadas a la conducción de políticas públicas). Así se decide.

3. *El Poder Público Estadal*

A. *Organización territorial del Estado. Régimen de las unidades locales a nivel municipal. Creación por Ley de nuevas unidades locales: Comunas, juntas parroquiales etc.*

TSJ-SC (355) 16-5-2018

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010

La Sala estima que la creación mediante Ley de nuevas entidades locales no viola la Constitución

Las representaciones judiciales de los Municipios Baruta y Chacao sostienen la nulidad de las disposiciones normativas contenidas en los artículos 19, 30, 33 y 37 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, las cuales son del tenor siguiente:

"Artículo 19.- Además de los municipios, son entidades locales territoriales:

1. La Comuna.

2. Los distritos metropolitanos.

3. Las áreas metropolitanas.

4. Las parroquias y demarcaciones dentro del territorio del Municipio, tales como la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío.

Los supuestos y condiciones establecidos en esta Ley, para la creación de demarcaciones dentro del territorio del Municipio, así como los recursos de que dispondrán, concatenadas a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del Municipio, deberán ser considerados en la ley estadal que la desarrolle.

La comuna, como entidad local de carácter especial que se rige por su ley de creación, puede constituirse dentro del territorio del Municipio o entre los límites político administrativos de dos o más municipios, sin que ello afecte la integridad territorial de los municipios donde se constituya".

"Artículo 30.- Las parroquias y las entidades locales, dentro del territorio municipal son demarcaciones creadas con el objeto de desconcentrar la gestión municipal, promover la participación ciudadana y una mejor prestación de los servicios públicos municipales".

"Artículo 33.- Para crear una parroquia u otra de las ciudades locales dentro del municipio, se requiere que en el territorio correspondiente exista:

1. Una población con residencia estable, igual o superior a la exigida en la ley estadal para tales fines.

2. En los espacios urbanos, un Plan de Desarrollo Urbano Local debidamente sancionado y publicado. En los espacios no urbanos, los lineamientos de ordenación y ocupación del territorio.

3. Organización de la comunidad mediante agrupaciones sociales, electas democráticamente y debidamente registradas por ante los órganos competentes.

4. Organización de servicios públicos básicos.

5. Registro catastral, con sujetos de tributación y contribuciones municipales, de modo especial los inmobiliarios.

El proyecto de creación será información en forma pública y sometida a consulta de la organización asentada en el espacio territorial de la parroquia o entidad local territorial propuesta.

Los requisitos para la creación de la comuna, en el marco de su régimen especial como entidad local, se regirán por lo establecido en la Ley Orgánica de las Comunas".

"Artículo 37.- La junta parroquial comunal tendrá atribuida facultad expresa para los procesos siguientes:

1. Articular con las organizaciones de base del Poder Popular y su relación con los órganos del Poder Público Municipal.

2. Consultar a las organizaciones de base del Poder Popular sobre los programas, planes y proyectos que presente el Municipio.

3. Evaluar los planes y proyectos que se ejecuten a través del Municipio en el territorio de la parroquia.

4. Facilitar la construcción y organización de los ejes comunales.

5. Coadyuvar en las políticas del Estado en todas sus instancias, con la finalidad de actuar coordinadamente en la ejecución del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, y los demás planes que se establezcan en cada uno de los niveles político territoriales y las instancias político administrativas que establezca la ley.

6. Servir como centro de información y promoción de procesos participativos para la identificación de prioridades presupuestarias.

7. Promover los principios de corresponsabilidad, protagonismo y participación ciudadana en la gestión pública municipal.

8. Promover los servicios públicos y el principio de corresponsabilidad en lo atinente a la seguridad ciudadana, la protección civil y la defensa integral de la República.

9. Promover los servicios y políticas dirigidos a la infancia, a la adolescencia, a la tercera edad, a los pueblos y comunidades indígenas y a las personas con discapacidad.

10. Cooperar con la Sala Técnica del Consejo Local de Planificación Pública en la elaboración del censo social municipal, conjuntamente con la participación de las organizaciones vecinales y la sociedad organizada.

Las demás establecidas en la presente Ley y demás instrumentos municipales".

Señalan los accionantes que las disposiciones antes transcritas son inconstitucionales por considerar que: *(i)* establecen que la creación de las Parroquias deben estar sujetas a las colectividades, en sentido contrario a lo establecido en el artículo 173 de la Constitución; *(ii)* vulneran la reserva constitucional que existe en materia de división político-territorial y de creación de entidades territoriales prevista en los artículos 16 y 168 del Texto Fundamental y es inconstitucional pues –a su juicio– suprime al Municipio su condición de unidad política primaria de la organización nacional, al alterar la organización político territorial y la distribución vertical del Poder Público; *(iii)* introducen una nueva entidad local de carácter territorial denominada *'la comuna'*, referida en los artículos 1, 5, 19.1, y 19 último párrafo, 33 último párrafo, 112 de dicho texto legal, insertada dentro de la organización municipal; y *(iv)* desvirtúan el sentido dado a las Áreas Metropolitanas cuya conceptualización -a su juicio- estaría quebrantando la Constitución, al otorgarle requisitos o condicionantes de creación de una entidad local *"…una categoría o rango similar a la entidad a la que se encuentra llamada a servir de sustento territorial, como sucedería con respecto al distrito metropolitano…"* que "…*contraviene expresamente la función que constitucionalmente tiene otorgada dicha área metropolitana en el artículo 171 de la Constitución y así solicitamos que sea declarado por este Tribunal Constitucional"*.

Establecidos los argumentos que fundamentan la pretendida nulidad, esta Sala observa que las disposiciones constitucionales delatadas como vulneradas son del tenor siguiente:

> **"Artículo 169.-** La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los Estados.
>
> La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales relativos a los Municipios y demás entidades locales, establecerá diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes. En particular, dicha legislación establecerá las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponderá a los Municipios con población indígena. En todo caso, la organización municipal será democrática y responderá a la naturaleza propia del gobierno local".
>
> **"Artículo 170**. Los Municipios podrán asociarse en mancomunidades o acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia. Por ley se determinarán las normas concernientes a la agrupación de dos o más Municipios en distritos metropolitanos".
>
> **"Artículo 171.** Cuando dos o más Municipios pertenecientes a una misma entidad federal tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto características de un área metropolitana, podrán organizarse como distritos metropolitanos. La ley orgánica que al efecto se dicte garantizará el carácter democrático y participativo del gobierno metropolitano y establecerá sus competencias funcionales, así como el régimen fiscal, financiero y de control. También asegurará que en los órganos de gobierno metropolitano tengan adecuada participación los respectivos Municipios, y señalará la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de estos últimos al distrito metropolitano.
>
> La ley podrá establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los distritos metropolitanos atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico y social, situación geográfica y otros factores de importancia. En todo caso, la atribución de competencias para cada distrito metropolitano tendrá en cuenta esas condiciones".
>
> **"Artículo 172.** El Consejo Legislativo, previo pronunciamiento favorable mediante consulta popular de la población afectada, definirá los límites del distrito metropolitano y lo organizará según lo establecido en la ley orgánica nacional, determinando cuáles de las competencias metropolitanas serán asumidas por los órganos de gobierno del respectivo distrito metropolitano.
>
> Cuando los Municipios que deseen constituirse en un distrito metropolitano pertenezcan a entidades federales distintas, corresponderá a la Asamblea Nacional su creación y organización".
>
> **"Artículo 173.** El Municipio podrá crear parroquias conforme a las condiciones que determine la ley. La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales sobre régimen municipal establecerá los supuestos y condiciones para la creación de otras entidades locales dentro del territorio municipal, así como los recursos de que dispondrán, concatenados a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del Municipio. Su creación atenderá a la iniciativa vecinal o comunitaria, con el objeto de proveer a la desconcentración de la administración del Municipio, la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos. En ningún caso las parroquias serán asumidas como divisiones exhaustivas o imperativas del territorio del Municipio".

De acuerdo a lo transcrito *supra*, la organización municipal se regirá por las normas establecidas por la propia Constitución, por las leyes orgánicas nacionales que desarrollen los

principios constitucionales en dicha materia, y las que dicten los Estados en el ejercicio de su competencia para regular su división político-territorial, de conformidad con lo establecido en el artículo 169 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (*Vid.* Sentencia N° 2257/2001; caso: *Alcalde del Municipio Maracaibo del Estado Zulia*; ratificada en sentencias N° 1592/2009 y 1618/2009).

De acuerdo con lo anterior, la organización de los Municipios se regirá por las normas establecidas en el mismo Texto Fundamental y en las leyes que se promulguen para tales fines; entre las que cabe mencionar la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, como marco normativo nacional dictado para organizar las distintas entidades municipales.

Al respecto, esta Sala Constitucional (s. 1032/2012; caso: *Municipio Maracaibo del Estado Zulia*), asentó que la organización de los Municipios se nutre de las fuentes normativas siguientes: *(i)* la Constitución, *(ii)* las leyes orgánicas nacionales, y *(iii)* as disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los estados; por lo que debe respetarse lo que establezca la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, luego las leyes orgánicas y finalmente las leyes estadales. En tal sentido, la Sala en el referido fallo sostuvo lo siguiente:

> "En este sentido, la Constitución establece una suerte de pirámide en relación con las fuentes normativas que en torno a la organización de los Municipios debe aplicarse. Establece además el principio de la reserva legal en esta materia -organización municipal- ya que no podrán actos con rango sub-legal organizar a los municipios.
>
> En este aspecto, si el Poder Nacional pretende organizar a los Municipios deberá hacerlo a través de una ley orgánica y si los Estados quieren hacer lo propio deberán dictar una ley estadal.
>
> Ahora bien, esta ley estadal -tal y como lo dice la norma constitucional- no sólo tiene que estar sometida al texto fundamental, sino que además debe dictarse de conformidad con las disposiciones establecidas en las leyes orgánicas correspondientes.
>
> (…)
>
> Este estudio, se justifica en el caso de autos, ya que es la propia Constitución la que ordena en su artículo 169 que la organización de los Municipios esté sometida a una ley orgánica nacional, lo cual, resulta necesario a consecuencia del carácter federal y descentralizado del Estado y a la necesaria coordinación que debe establecerse entre los entes político territoriales, vía ley nacional, a la cual, en consecuencia, se encuentran sometidos". (*Cfr.* Sentencia 1032/2012).

Ahora bien, el régimen organizativo municipal actual es consecuencia y tiene su origen directo en lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución de 1961 que establecía que *"*[l]*a organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución…"*. Esta disposición, concatenada con el artículo 28 del Texto Fundamental de 1961, que consagraba que *"*[l]*os Municipios podrán ser agrupados en Distritos. También podrán los Municipios constituir mancomunidades para determinados fines de su competencia"*; comprendía el primer fundamento que condicionó la implementación del artículo 13 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (G.O. Ext. 4.054 de 10 de octubre de 1988); con la finalidad de desarrollar, en ese momento, las siguientes modalidades asociativas y desconcentradas a nivel local: *(i)* los distritos municipales; *(ii)* los distritos metropolitanos; *(iii)* las parroquias y; *(iv)* las mancomunidades.

Esta disposición comprendió el desarrollo de la noción dada por la Constitución de 1961, que definía al Municipio como la unidad político fundamental (art. 25) y permitía la posibilidad de crear otras entidades en escalas superiores e inferiores entendidas como entes

locales (art. 26). La concepción dada a los entes locales conforme al artículo 13 de la entonces Ley Orgánica de Régimen Municipal, obedecía a la posibilidad del anterior Texto Constitucional de crear las *"...demás entidades locales..."*; dando origen a establecer mediante la ley, la posibilidad de crear las figuras organizativas antes mencionadas.

La referida norma fue modificada por el artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Público de 2005 (el cual no fue alterado en las reformas de 2006 y 2009), el cual previó, además de los Municipios, como entidades locales territoriales, a los Distritos Metropolitanos y a las Parroquias y demás demarcaciones dentro del territorio, como la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío.

Esta disposición, finalmente, fue objeto de cambio en la reforma de esta Ley llevada a cabo en 2010, con el objeto de implementar: *(i)* la comuna y; *(ii)* las áreas metropolitanas. Ahora bien, el cuestionamiento señalado por las partes demandantes se circunscribe a debatir la constitucionalidad de la Comuna y las Áreas Metropolitanas, por cuanto consideran que tienen el carácter de entidades político-territoriales no previstas por la Constitución y que generarían un desmembramiento del orden geopolítico tanto de la República, como de los Estados y los Municipios.

En conexión con lo anterior, la Sala observa que el artículo 169 de la Constitución de 1999, mantiene el mismo propósito del artículo 26 de la Constitución de 1961, al prever también que *"...La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los Estados"*.

Igualmente debe destacarse que el artículo 173 constitucional prevé que "…[*l]a legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales sobre régimen municipal establecerá los supuestos y condiciones para la creación de otras entidades locales dentro del territorio municipal*…"; razón por la cual aprecia esta Sala que ambos preceptos fundamentales permiten la implementación de otras entidades basadas en sus características físicas (como el barrio, la urbanización, la aldea y el caserío, y ahora, las áreas metropolitanas), asociativas (mancomunidades y su evolución a distritos metropolitanos) y por asociación de grupos poblacionales para la participación (las comunas).

Debe señalarse que las formas de entidades locales no presuponen una nueva conformación en la estructura vertical del Poder Público, el cual tiene su núcleo primario en el Municipio, tal como expresamente lo prevé el artículo 168 de la Constitución, siendo la unidad *político-territorial* básica con autonomía y poder de decisión en las materias conferidas por el texto fundamental. Por tanto, las demás *entidades locales*, carentes de tal condición por no estar previsto así por la Constitución, no pueden entenderse como divisiones forzosas del territorio, toda vez que son el sustrato físico donde se asientan los distintos sistemas de participación y el asentamiento de las comunidades o demás grupos comunitarios, sin que comporten una subdivisión estructural de los Municipios, de los Estados ni de la República.

Son mecanismos de participación ciudadana y de agrupamientos colectivos y vecinales sobre una base física determinada que necesariamente requieren de ese sustrato que permita su identificación e individualización. Fue ese el sentido que el Legislador dio a las comunas para que puedan integrarse independientemente del territorio municipal, por lo que a diferencia de resultar en un desmembramiento del Municipio -como lo afirman los recurrentes- comporta una noción distinta e independiente que no guarda relación con los límites del poder local.

Se trata de una entidad de base participativa e integral de la colectividad ajena a la división político-territorial, por tanto, no forman parte del esquema tradicional de la división vertical del Poder Público, ya que son el asentamiento real de los grupos comunitarios y demás esquemas de participación y su establecimiento, entendido como el área física donde pueden operar, no ocluye los límites municipales, al igual que las demás modalidades previstas por el artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010.

Precisamente, esta disposición mantiene un espíritu contrario a lo señalado en la impugnación presentada por la entidad municipal demandante, al diferenciar el área de asentamiento comunal y su prescindencia de los límites político territoriales, al entenderse que la misma no constituye alteración alguna de los mismos, al establecer que *"*[l]*a comuna, como entidad local de carácter especial que se rige por su ley de creación, puede constituirse dentro del territorio del Municipio o entre los límites político administrativos de dos o más municipios, sin que ello afecte la integridad territorial de los municipios donde se constituya"*. Sentido que se repite en el artículo 9 de la Ley Orgánica de las Comunas (G.O. Ext. núm. 6.011 de 21 de diciembre de 2010), cuando plantea: *"Atendiendo a las condiciones históricas, integración, rasgos culturales, usos, costumbres y potencialidades económicas, el ámbito geográfico donde se constituya la Comuna, podrá coincidir o no con los límites político-administrativos de los estados, municipios o dependencias federales,* ***sin que ello afecte o modifique la organización político-territorial establecida por la Constitución de la República****"*. (Resaltado agregado)

Asimismo, esta Sala observa que los parámetros establecidos para la creación de las Parroquias no obstaculiza la potestad municipal en llevar a cabo su conformación, toda vez que el artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, no condiciona la creación de las parroquias a una autorización de las agrupaciones de participación popular; sino que establece las condiciones necesarias para su creación, en el sentido que se cumpla con un nivel de ordenación que les permita adquirir, tanto en lo físico como en lo poblacional, la connotación político territorial de Parroquia.

Por su parte, el artículo 31 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal prevé que las Parroquias y demás entidades locales dentro del territorio municipal solamente podrán ser creadas mediante ordenanza, aprobada por mayoría calificada 3/4 de los integrantes del Concejo Municipal, con la organización, funciones, atribuciones y recursos que se les confieran; por lo que el desarrollo del artículo 32 *eiusdem*, que prevé la iniciativa para solicitar su creación, no se puede entender como que su creación sólo pueda realizarse exclusivamente a instancia de los consejos comunales, y, únicamente, a fines y servicios de los sistemas comunales.

En este orden, la norma prevista en el artículo 32 de la referida Ley, establece la iniciativa para los ciudadanos de solicitar la creación de una Parroquia si cuentan con el apoyo de no menos del quince por ciento (15%) de los residentes en el territorio municipal inscritos en el registro electoral, sin que esto pueda entenderse como una iniciativa exclusiva dado que la misma disposición también confiere dicha iniciativa al Alcalde y al Concejo Municipal, por tanto, no implica una sustracción de la potestad municipal.

Por otro lado, la parte demandante cuestiona el sentido de las competencias que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal otorga en sus artículos 35 y 37 a las Juntas Parroquiales, respecto a la articulación entre las distintas formas participativas de la comunidad, en especifico, a los consejos comunales, por cuanto considera que la misma desnaturaliza la previsión del artículo 173 de la Constitución.

De esta manera, consideran que la Ley *"…pretende establecer una noción distinta de parroquia, en tanto entidad local cuyo objeto no es la gestión de materias desconcentradas de la competencia municipal –como ordena la Constitución– sino que pretende considerarla como una entidad de –articulación ente* (sic) *el poder popular y los órganos del Poder Público como se lee del artículo 35 modificado en dicha Ley de reforma parcial…"*.

Al respecto, debe entenderse que lo dispuesto en las mencionadas disposiciones no determina ni encierra la posibilidad de que las Parroquias puedan asumir otras competencias o atribuciones adicionales, más allá de lo indicado en el mencionado precepto normativo, toda vez que el sentido dado por el mismo artículo 173 de la Constitución permanece aplicable en el mismo sentido que se les ha dado, sin que el conferimiento de competencias o atribuciones mediante ley puedan socavar lo dispuesto por la norma fundamental.

Como prevé la norma constitucional, las Parroquias se crearán conforme a las condiciones que determine la ley, y atenderá a la iniciativa vecinal o comunitaria, con el objeto de proveer la desconcentración de la administración del Municipio, la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos; siendo elementos que engloban el desarrollo previsto en las disposiciones de iniciativa y participación previstos en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, de la cual debe acotarse el agregado dispuesto en el artículo 30 *eiusdem* que prevé que *"*[l]*as parroquias y las entidades locales, dentro del territorio municipal son demarcaciones con el objeto de desconcentrar la gestión municipal, promover la participación ciudadana y una mejor prestación de los servicios públicos municipales"*.

Siendo así, esta Sala determina que los artículos 19, 30, 33, 35 y 37 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no comportan de modo alguno una violación al orden geopolítico de la división del territorio en los términos expuestos por los recurrentes, por lo que desestima su impugnación. Así se decide.*

4. *Poder Municipal*

A. *Autonomía Municipal. Transferencia de competencias a entes comunales. Descentralización*

TSJ.SC (355) 16-5-2017

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

La Sala estima que ni autonomía municipal ni las *potestades públicas* pueden entenderse por socavadas ante el fenómeno de la participación popular sobre los asuntos colectivos, pues la misma debe siempre entenderse como concomitante y coadyuvante de ésta, considerando que las disposiciones constitucionales relacionadas con los principios de participación ciudadana en el régimen de competencias municipales no atentan contra el régimen municipal.

* Véase sobre la sentencia Nº 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza "Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario" y de José Ignacio Hernández "Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas.", publicados en la revista Nº 149-150, primer semestre 2017.

Al respecto, esa representación judicial sostiene que la integridad del texto contentivo de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, incurre en el vicio de fraude a la Constitución por establecer disposiciones que conllevarían al socavamiento de la autonomía municipal y del régimen de competencias administrativas.

Consideran que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, pretende el establecimiento de un Estado comunal paralelo, sustentado en el ejercicio de la soberanía por parte de la ciudadanía que *"...irá vaciando progresivamente..."* las competencias municipales, alterando su esencia para responder a las finalidades del *"poder popular"* como parte del Poder Público, a través de la sustitución de las materias conferidas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a los entes políticos territoriales, implementando modificaciones contrarias a la autonomía municipal.

En este punto, la Sala estima necesario establecer el marco normativo sobre el cual se habrían implementado los señalamientos expuestos, atendiendo tanto las disposiciones que fueron modificadas en la reforma de la Ley, como aquellas que han permanecido sin cambios, y que establecen modalidades prestacionales en materias de servicios adjudicadas al ámbito municipal.

En ese sentido, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal determina lo siguiente:

> "**Artículo 1.-** La presente Ley tiene por objeto desarrollar los principios constitucionales, relativos al Poder Público Municipal, su autonomía, organización y funcionamiento, gobierno, administración y control, para el efectivo ejercicio de la participación protagónica del pueblo en los asuntos propios de la vida local, conforme a los valores de la democracia participativa, la corresponsabilidad social, la planificación, la descentralización y la transferencia a las comunidades organizadas, y a las comunas en su condición especial de entidad local, como a otras organizaciones del Poder Popular".

Por su parte, también debe hacerse referencia al artículo 2, que dispone:

> "**Artículo 2.-** El Municipio constituye la unidad política primaria de la organización nacional de la República, goza de personalidad jurídica y ejerce sus competencias de manear autónoma, conforme a la Constitución de la República y la ley. Sus actuaciones incorporarán la participación protagónica del pueblo a través de las comunidades organizadas, de manera efectiva, suficiente y oportuna, en la definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados".

Ambas disposiciones comprenden el fundamento por el cual la mencionada representación municipal cuestiona el sentido y alcance de la Ley al considerarla que implica un fraude a la Constitución, traducido en la eliminación de las competencias que forman parte de la autonomía municipal: *"...la esencia del municipio para que éste responda ahora, a las finalidades del poder popular* (*sic*)*: (i) que el municipio, en tanto unidad política primaria del Estado debe fomentar la participación ciudadana a través del poder popular para la construcción del socialismo; (ii) que el municipio* (sic) *debe transferir competencias y servicios a las comunidades organizadas mediante instancias del poder popular* (sic)*, especialmente las comunas; (iii) que a pesar de que el municipio* (sic) *es formalmente la unidad política primaria de nuestro Estado federal, existirá la comuna como espacio territorial inferior al municipio* (sic) *y que, además, el municipio* (sic) *no tendrá ningún control sobre su creación ni funcionamiento, el cual corresponde al poder nacional* (sic)*; (iv) modifica inconstitucionalmente la figura de la junta parroquial, cambiando su estructura, su finalidad y el modo de elección de sus miembros.*

En definitiva, [alegan que] *se pretende sustituir no solo el sistema democrático del poder que establece la Constitución, sino además pretende sustituirse el sistema de distribución de competencias entre los entes políticos-territoriales reconocidos en la Constitución de la República, Estados y Municipios y la autonomía municipal constitucionalmente garantizada…".*

El sentido otorgado por la parte demandante a las disposiciones cuestionadas debe ser revisado en atención a lo dispuesto en los artículos 157, 158 y 184 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, previsiones fundamentales en la constitucionalización del régimen de la descentralización:

> **"Artículo 157.-** La Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización".
>
> **"Artículo 158.-** La descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estadales".
>
> **"Artículo 184.-** La ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo:
>
> 1. La transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. A tal efecto, podrán establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.
>
> 2. La participación de las comunidades y de ciudadanos o ciudadanas, a través de las asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales, en la formulación de propuestas de inversión ante las autoridades estadales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión, así como en la ejecución, evaluación y control de obras, programas sociales y servicios públicos en su jurisdicción.
>
> 3. La participación en los procesos económicos estimulando las expresiones de la economía social, tales como cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras fórmulas asociativas.
>
> 4. La participación de los trabajadores y trabajadoras y comunidades en la gestión de las empresas públicas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios.
>
> 5. La creación de organizaciones, cooperativas y empresas comunales de servicios, como fuentes generadoras de empleo y de bienestar social, propendiendo a su permanencia mediante el diseño de políticas en las cuales aquellas tengan participación.
>
> 6. La creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios, y las vecindades a fines de garantizar el principio de corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estadales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estadales y municipales.
>
> 7. La participación de las comunidades en actividades de acercamiento a los establecimientos penales y de vinculación de éstos con la población".

El mandato previsto en la Constitución obedece necesariamente a la necesidad de implementar un mecanismo por el cual el régimen de competencias conferido a los entes político-territoriales pueda evolucionar, en la medida de lo posible, en una decantación que permi-

ta la aproximación en la prestación de los servicios esenciales para el beneficio de la población. La norma constitucional establece una perspectiva basada en la implementación de un sistema normativo que prevea, en su mejor sentido, generar mecanismos que acerquen a cada una de sus escalas, la asignación o conferimiento, mediante los distintos mecanismos administrativos propios de la descentralización, de las competencias, atribuciones y del sistema prestacional de servicios, el cual tiene como última finalidad su asignación en la población de aquellas materias sobre las cuales se encuentre en capacidad para llevar a cabo en atención al desarrollo de las capacidades del colectivo, debidamente organizado, así como la eficiencia que pueda mantener para satisfacer sus propias necesidades y las del resto de la población.

Las competencias establecidas en la Constitución determinan un conferimiento de materias dependiendo de cada nivel político-territorial sin que ello obste la posibilidad de que cada entidad pueda realizar esa misma actividad en función de satisfacer las necesidades colectivas siempre que no exista una reserva de exclusividad conforme al ordenamiento jurídico. En los supuestos permitidos la prestación del servicio puede ser realizada por otra entidad siempre que esté en capacidad y en razón de su naturaleza prestacional; o cuando se ha trasladado la competencia o la atribución mediante el proceso de descentralización.

Sin embargo, ambos supuestos no se traducen en un ejercicio fortuito de materias ni una yuxtaposición desordenada de competencias ni de atribuciones; sino que obedece más bien, a la necesidad de permitir una articulación que facilite una actuación coherente, eficiente, sistemática y ordenada traducida en la permanencia, aptitud y continuidad de la prestación del servicio realizado, fin último sobre el cual debe responder todo proceso de descentralización.

Sobre el particular, esta Sala mediante decisión n° 2.495/06, estableció consideraciones con respecto al régimen de la descentralización y el esquema competencial que debe existir entre los distintos niveles territoriales. En su momento, al realizarse un conjunto de consideraciones con respecto al artículo 164.10 constitucional, se determinó lo siguiente:

> "(…) la decisión constituyente contenida en el artículo 4º de texto fundamental de 1999, en el sentido de que la estructura de nuestro Estado fuese federal descentralizada, no puede leerse, sin más, como lo pretenderían implícitamente los solicitantes, como el resultado de la opción constituyente por un Estado perfectamente (o absolutamente) descentralizado (lo que es lo mismo: por el modelo de federalismo dual), pero tampoco, lo cual es más obvio, por uno perfectamente (o absolutamente) centralizado.
>
> Tanto la tesis del federalismo cooperativo, como la kelseniana de la gama de modelos entre los extremos descentralización-centralización, rechazan la versión de un Estado en el que sus miembros tuviesen sólo competencias exclusivas y excluyentes, y en el que no se diesen relaciones de ninguna especie.
>
> Pues, si bien es cierto que, 'en hipótesis, cabe pensar en un régimen en el que la Constitución hubiera dividido la totalidad de las materias de gestión pública de forma neta y limpia, adjudicando bloques compactos a cada uno de los entes (…) que serán gestionados por cada uno de los entes en estricta incomunicación con los demás' (al modo del federalismo dual), 'un sistema tal no sería sencillo de plasmar, ni realista…' (*Cfr*. Santamaría Pastor, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, I, pp. 182-183).
>
> Por otra parte, hay que insistir también que, si nuestra Constitución ha preferido un modelo de federalismo cooperativo, en los términos anteriormente explicados, a este modelo subyace, necesariamente, un orden de relaciones entre los diversos niveles de ejercicio del Poder Público que van, en algunas materias, desde la neta separación, hasta otros niveles en que las relaciones son o de cooperación o de supremacía.

> Que tales relaciones de cooperación o de supremacía caracterizan los Estados contemporáneos, lo alcanzó a reconocer Carl Schmitt en su Teoría de la Constitución, publicada en 1928. Para Schmitt, 'desde el punto de vista de Derecho internacional se encuentran los Estados independientes, unos frente a otros, al menos todavía hoy, como formaciones cerradas hacia fuera, impenetrables, impermeables, o (según la expresión americana, algo trivial estancados' (pero) 'dentro de una Federación no puede haber esa cerrada impermeabilidad' (*Cfr*.: *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1ª edición, 1986, p 362).
>
> La Sala conviene en que esa 'cerrada impermeabilidad' a que se refería Schmitt, a la luz de nuestra Constitución, no es ni posible 'ni realista', como acotaría Santamaría Pastor, ya que en nuestro modelo de federación descentralizada no puede haber en la relación entre la República y los Estados la impenetrabilidad e impermeabilidad que de la comunidad interestatal daba noticia el autor alemán. Y ello es así porque, como opinaba Kelsen, 'si la descentralización fuese tan lejos que coexistiesen varias comunidades jurídicas, varias legislaciones con ámbitos espaciales autónomos de vigencia, sin que pudiese decirse que estos territorios formasen parte de una totalidad, por faltar una comunidad siquiera reflejada entre ellos, entonces parece que se habría sobrepasado el límite extremo hasta el cual era posible la descentralización' (*Cfr*. *Opus. cit*., p.215).
>
> En nuestro caso, el Constituyente, tanto en lo general como en lo particular, rechazó una descentralización que negase la 'totalidad' estatal a la que se refirió el último texto citado; 'totalidad' en que se insertan los diversos entes político- territoriales reconocidos en la Constitución, pues, como lo advertiría Schmitt en el mismo sentido en que lo hizo Kelsen en el texto referido), 'un Estado, por el hecho de pertenecer a la Federación, queda inordinado en un sistema político total' (*opus cit*., p. 349).
>
> Como lo anunciamos en el párrafo anterior, el Constituyente, tanto en lo general como en lo particular, se acercó, en cuanto a la estructura vertical de ejercicio del Poder Público, a un modelo de federación descentralizado cooperativo. En lo general, al propugnar como principios definidores de nuestro federalismo descentralizado los de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad (art. 4º); y en lo particular, al consagrar en su artículo 164.10 que el ejercicio de las competencias de los Estados en torno a los puertos de uso comercial, debía darse a través de un instrumento que garantizase la necesaria homogeneidad en la prestación de ese servicio (…)".

El desarrollo del marco de competencias llevado a cabo por la división territorial del Poder Público, no debe entenderse como una asunción exclusiva e impenetrable que no permita actuaciones concomitantes. Para ello existe el traslado de competencias, de las atribuciones, así como la autogestión, cogestión, cooperación y autorización para la prestación de servicios que no estén reservados con carácter de exclusividad, en los términos referidos en los artículos 157 y 165 de la Constitución. Esto último no puede entenderse como una cláusula que impida a los entes territoriales inferiores solicitar el traslado de la competencia cuando demuestren plenamente su capacidad de llevar a cabo su asunción y ejecutar con eficiencia su prestación.

El marco de la descentralización tiene también un elemento adicional que se suma a la múltiple intervención de los distintos niveles territoriales conforme a la Constitución, entendida como base para establecer un orden de actuación: la colectividad también se encuentra habilitada mediante un doble aspecto constitucional, previsto tanto en las normas constitucionales en materia de descentralización -entiéndase en este punto el artículo 184 constitucional- y las disposiciones fundamentales relativas al derecho de participación, que no sólo acentúan el ejercicio de los principios de la democracia directa desde una perspectiva política, delimitada en la potestad para la toma de decisiones en los asuntos de la sociedad y en la designación de autoridades; sino también desde un sentido del derecho de participación plasmado en el pleno ejercicio de funciones administrativas que trascienden más allá de una simple acción eventual o accidental, pues la ciudadanía puede, en la medida de sus capacidades, entronizar-

se mediante distintas modalidades organizativas, permitidas por la Constitución y distintas leyes, sin que medie un solo mecanismo o esquema normativo para su integración, pudiendo asumir desde el punto de vista constitucional, la realización de materias y la prestación de tareas que pertenezcan a los distintos niveles político territoriales.

En este sentido, independientemente de que la Administración Pública asuma la prestación de los servicios encomendados, el orden sistemático de los artículos 62, 70 y 184 de la Constitución establecen la factibilidad de que los grupos sociales, debidamente organizados, asuman, cuando se encuentren en niveles óptimos de su capacidad, la prestación de servicios públicos y la ejecución de determinadas materias asumibles con base en el sentido y naturaleza de las mismas. Ello es el sentido que otorga el artículo 62 constitucional al papel protagónico de la ciudadanía.

Esta connotación de la participación popular en la prestación de servicios tiene una dualidad autónoma y heterónoma toda vez que la colectividad, al procurar un grado óptimo de perfeccionamiento, puede asumir ciertas materias que le guarden una vinculación directa a su interés. Asimismo, el Estado, mediante la actuación de los distintos niveles político-territoriales, está en el deber de elaborar los sistemas normativos y las políticas de ejecución que permitan la aproximación de las competencias y los servicios a los entes político territoriales inferiores y de éstos hacia la población, comprendiendo la factibilidad de que ella misma las asuma en mayor o menor grado, la ejecución de los servicios que optimicen un mayor logro y eficiencia sobre la base de la proximidad e inmediatez que recae en la población.

A modo referencial, dicho alcance podría comprenderse en los siguientes términos: "*La participación de la gente y de sus dirigentes debe ser activa, integral y equilibrada; efectiva, comprometida y responsable. No debe quedar sólo en la letra de la ley, sino primordialmente en el espíritu de los pueblos; en este orden, requiere de la promoción y el respeto de las asociaciones intermedias por parte del Estado. El hombre debe ser partícipe de la gestión pública en sus distintos niveles institucionales, desde que la sociedad pluralista impone un reparto de competencias en distribución subsidiaria entre las asociaciones que viabilizan la participación individual y la cooperación social. Pero la participación no debe ser solamente ciudadana o popular; por el contrario, también debe incluirse la institucional de los Estados menores (las provincias, las regiones, los municipios), que conforman todo el elenco del aparato estadual para llegar a la más íntima y directa relación con los ciudadanos*" (*Cfr*. DROMI; Roberto. *El Derecho Público en la Hipermodernidad*. Servicio de Publicaciones-Facultad de Derecho Universidad de Complutense. Madrid-México, 2005, p. 95).

Históricamente dentro del desarrollo de este proceso se ha encontrado presente la figura de la descentralización por colaboración, lo que ha comprendido un primer paso para avizorar un desarrollo dentro del plano constitucional que no sólo refuerce esta institución desde la perspectiva de materias llevadas a cabo y vistas desde este ámbito; aunado a ello, debe entenderse que el derecho a la participación también forma parte del sentido dado por la Constitución para estructurar que el cumplimiento en la satisfacción de las cargas públicas llevadas a cabo por los mismos ciudadanos, por lo que el sentido de la actuación directa sobre sus propios asuntos, como se indicase, no se inicia y culmina en el desarrollo de los derechos políticos. Esa connotación también se encuentra determinada en el cumplimiento de funciones originariamente adjudicadas al Estado que, posteriormente, pueden ser transferidas y delegadas cuando el nivel de desarrollo y estructuración de los grupos poblacionales hayan cumplido un proceso donde los servicios pueden ser ejecutados por ellos mismos.

Para ello, la Constitución avala en un sentido amplio a los distintos niveles político territoriales para que elaboren políticas y normas que permitan el acometimiento de estos fines.

Igual establece el derecho de participación tanto desde un plano de toma de decisiones (plano político), como para la prestación de servicios (plano administrativo) destinados a cubrir necesidades en lo social. Esta ha sido la finalidad delimitada por el artículo 168 al determinar sobre la participación: *"Las actuaciones del Municipio en el ámbito de sus competencias se cumplirán incorporando a la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, conforme a la ley"*.

Esto comprende una integración de los derechos sociales con los asuntos públicos, eliminando la antigua dicotomía existente entre el Estado y la sociedad civil y procurando una aproximación entre ambos. Por tanto, en ese sentido se requiere la integración, en un mismo plano, de los derechos y del acercamiento hacia la ciudadanía para que asuma un conjunto variado de deberes y responsabilidades colectivas en la gestión de sus intereses comunitarios, imprimiendo una mayor autonomía en la participación social contando con mecanismos y espacios oficiales para la ejecución de servicios.

En los términos en que se expone este fallo, la normativa objeto del presente análisis, comprendida en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, establece en sus primeros artículos los principios de la participación social en el proceso de descentralización. Ahora bien, aún cuando la representación del Municipio Baruta centró sus cuestionamientos hacia la reforma de la Ley, estima la Sala que estas disposiciones deben visualizarse conjuntamente con aquellas contenidas en el Título VI, Capítulos I, II y III, de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, las cuales establecen la participación protagónica en la Gestión Local.

En este punto, los demandantes cuestionan específicamente los artículos 278 al 282 del Capítulo III, que prevén:

> **"Artículo 278.-** Los municipios de acuerdo a su ordenanza y a las leyes que regulan la materia, descentralizarán y transferirán a las comunidades y grupos vecinales organizados, la prestación de los servicios públicos municipales, previa demostración de su capacidad para prestarlos".
>
> **"Artículos 279.-** Las comunidades y grupos vecinales organizados que soliciten la descentralización o transferencia de un servicio público municipal deberán demostrar como mínimo:
>
> 1. Capacidad legal.
>
> 2. Formación profesional o técnica en el área relacionada con el servicio.
>
> 3. Experiencia previa en gestión de servicios públicos o en áreas afines del servicio solicitado.
>
> 4. Comprobación por certificación emitida por el Municipio, de los planes de formación ciudadana.
>
> 5. Comprobación por certificación emitida por el Municipio, de curso en el área.
>
> 6. Legitimidad ante la comunidad involucrada.
>
> 7. Presentación del proyecto.
>
> 8. Cualquier otro que se determine en las leyes, reglamentos y ordenanzas".
>
> **"Artículo 280.-** La descentralización y la transferencia de servicios y recursos se harán mediante convenios, suscritos entre el Municipio y la comunidad o grupo vecinal organizado legalmente constituido, previa elaboración del programa del servicio solicitado, de acuerdo a lo establecido en las normativas que regulan la materia".

> **"Artículo 281.-** El Municipio podrá intervenir el servicio o reasumir la prestación del servicio público transferido o descentralizado a comunidades y grupos vecinales organizados, cuando se deje de prestar el servicio o se preste deficientemente.
>
> Para que proceda esta medida será necesario el voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes de la Cámara Municipal".
>
> **"Artículo 282.-** La transferencia de competencias y servicios de los estados a los municipios, y de éstos a las instancias del Poder Popular, se realizará de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno".

Vista la remisión normativa prevista en el citado artículo 282, se considera necesario hacer referencia a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Consejo Federal, cuyo artículo prevé lo siguiente:

> **"Artículo 7.**
>
> **Transferencia de Competencias**
>
> La transferencia de competencias es la vía para lograr el fortalecimiento de las organizaciones de base del Poder Popular y el desarrollo armónico de los Distritos Motores de Desarrollo y regiones del país, en el marco del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación".

Considera la representación del Municipio Baruta que dicha normativa acarrearía un detrimento a la autonomía municipal por estimar que las mismas permiten una pérdida de las competencias municipales.

En primer orden, el artículo 281 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal establece taxativamente la potestad que tienen los municipios para reasumir los servicios en aquellos casos en que no exista una prestación eficiente por parte de los grupos colectivos debidamente organizados; el sentido de esta disposición debe interpretarse de manera concatenada con lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras atribuciones (G.O. Ext. 6.079 de 15 de junio de 2012, reeditada en G.O. 39.954 de 28 de junio de 2012) que prevé la reversión en aquellos casos en que los resultados y conclusiones de las actuaciones que realicen los órganos de control fiscal externo, o la contraloría social, evidencien deficiencias o irregularidades en la ejecución de la gestión o administración transferidas, sin que los sujetos de transferencias (grupos comunitarios) hayan subsanado dichas faltas, permitiéndose a los órganos y entes del Poder Público dar inicio al procedimiento correspondiente. Esta disposición guarda el mismo sentido del artículo 8 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (G.O. 39.140 de 17 de marzo de 2009), que prevé la reversión de las competencias conferidas a los Estados por razones de interés general.

En ese punto, debe entenderse que las transferencias deben efectuarse mediante *convenios* los cuales deben ser suscritos de mutuo acuerdo entre los entes político-territoriales y los denominados *sujetos de transferencia* (art. 5.1 del referido Decreto Ley), por lo que no existe constreñimiento para ninguna de las partes que puedan eventualmente suscribir dicha convención. Esto tiene como causa adicional que deba existir una demostración comprobada frente a los organismos rectores de la descentralización y los entes político-territoriales, que los grupos comunitarios (*sujetos de transferencia*) sean fehacientes en alentar a la misma población que han obtenido un nivel de capacidad tal, que puedan ser encomendados para asumir la prestación de un determinado servicio.

En el sentido constitucional, respecto a la materia de la descentralización administrativa debe concebirse necesariamente que *las competencias* constitucionalmente entendidas, pre-

suponen tres aspectos sobre los cuales los entes político territoriales fundamenten el ejercicio de su actividad bajo los siguientes aspectos: *i)* el conferimiento de una *potestad pública* entendida en la adjudicación del poder de autoridad que habilita al Ente territorial para realizar las funciones encomendadas por la propia Constitución; *ii)* la *materia* entendida como el ámbito en donde la autoridad puede desplegar el ejercicio de las potestades; y *iii)* los *servicios* comprendidos por las funciones materiales y concretas de índole prestataria destinadas a la realización de la actividades satisfactorias de las necesidades colectivas.

Podría entenderse que la *potestad pública* identifica totalmente la noción de *competencia*, cuando la misma es una parte integrante de ésta. Tanto la materia como la asignación de servicios son elementos conformantes de la misma noción y determinan un mayor o menor nivel en el manejo de la misma, asumiendo distintos grados o niveles en el desarrollo y distribución de las atribuciones, sea por cogestión o autogestión y considerando el convenio celebrado entre las partes.

En todos estos supuestos, no se encuentra prevista la pérdida de las *potestades públicas* conferidas por la Constitución a los entes político-territoriales por cuanto las mismas son de expresa determinación fundamental y no pueden entenderse como una renuncia en los supuestos que se pretenda aproximarse a la colectividad, mediante la aplicación de la descentralización administrativa y la participación popular. La posición que en un principio muchos sectores han asumido con respecto a la participación como desmedro de los sistemas representativos ha sido superada, al entenderse que ninguna de ambas modalidades de la manifestación popular y la asunción de actividades puede visualizarse como incompatibles; por el contrario, deben asumirse en una acepción coadyuvante: *"En efecto, para un sector existe una contraposición peligrosa entre la democracia representativa y la democracia directa, así como el riesgo de un posible uso demagógico de estas instituciones. Para otro, en cambio, esta supuesta contradicción es cosa del pasado, ya que, como la experiencia comparada lo demostraría, las instituciones de democracia directa, más que una alternativa per se, deben ser vistas como complemento de la democracia representativa"* (*Cfr*. ZOVATTO, Daniel. *Las Instituciones de Democracia Directa*. En: *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. Ediciones del Fondo de Cultura Económica. México 2007. p. 134).

En el presente caso, las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no implican de manera alguna una pérdida o renuncia de la competencia, toda vez que ésta se encuentra supeditada a lo previsto en el propio Texto Constitucional, el cual prevé su ejercicio primario por parte de los Municipios, sin que las distintas manifestaciones del procedimiento de descentralización y de la participación popular impliquen merma alguna. En consecuencia, tanto la autonomía municipal como las *potestades públicas* no pueden entenderse por socavadas ante el fenómeno de la participación popular sobre los asuntos colectivos, pues la misma debe siempre entenderse como concomitante y coadyuvante de ésta.

Siendo así, esta Sala Constitucional determina que las disposiciones constitucionales relacionadas con los principios de participación ciudadana en el régimen de competencias municipales no atentan contra el régimen municipal; razón por la cual, concluye esta Sala que el cuerpo normativo contenido en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no comprende de modo alguno un fraude constitucional, en el sentido de atentar contra el régimen atributivo de competencias de los Municipios, por lo que se desestiman los señalamientos expuestos por la representación judicial del Municipio Baruta. Así se decide.*

---

* Véase sobre la sentencia Nº 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza "Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La con-

B. *Autonomía Municipal. Sometimiento del Municipio a un sistema de planificación centralizada*

TSJ-SC (355) 16-5-2017

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán.

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

La Sala estima que la Ley Orgánica del Poder Púbico Municipal no viola la autonomía municipal al someter al Municipio a un sistema de planificación centralizada.

Las disposiciones impugnadas por los miembros de la Junta Parroquial del Municipio El Hatillo y por la Alcaldía del Municipio Baruta, se encuentran referidas a la Organización del Poder Público Municipal y del Sistema Nacional de Planificación:

> **"Artículo 110.-** El municipio se regirá por el Sistema Nacional de Planificación establecido en la ley que regula la materia, que promueve la coordinación, consolidación e integración equilibrada de la actividad planificadora, a favor de una político de ordenación que permita dar el valor justo a los territorios, dando relevancia a su historia, a sus capacidades y recursos físicos, naturales, ambientales y patrimoniales; así como las potencialidades productivas que garanticen el bienestar social de todos los venezolanos y venezolanas".
>
> **"Artículo 111.-** El Consejo Local de Planificación Pública es el órgano encargado de diseñar el Plan Municipal de Desarrollo y los demás planes municipales, en concordancia con los lineamientos que establezca el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación y los demás planes nacionales y estadales, garantizando la participación protagónica del pueblo en su formulación, ejecución, seguimiento, evaluación y control, en articulación con el Sistema Nacional de Planificación".
>
> **"Artículo 112.-** El Consejo de Planificación Comunal es el órgano encargado de la planificación integral que comprende el ámbito geográfico y la población de una comuna, así como diseñar el Plan de Desarrollo Comunal, en concordancia con los planes de desarrollo comunitario propuestos por los consejos comunales y los demás planes de interés colectivo, articulados con el Sistema Nacional de Planificación, de conformidad con lo establecido en la legislación que regula las comunas, los concejos comunales y la presente Ley; contando para ello con el apoyo de los órganos y entes de la Administración Pública. A tales efectos, es deber de las instancias que conforman la organización del Municipio, atender los requerimientos de los diversos consejos de planificación existentes en cada una de las comunas para el logro de sus objetivos y metas".

Al respecto, la representación de la Junta Parroquial del Municipio El Hatillo, consideró que las normas cuestionadas, antes transcritas, contrarían la autonomía municipal al supeditar el diseño y la rectoría de la actuación municipal al Consejo Local de Planificación Pública y al Sistema Nacional de Planificación cuando dichas actividades son competencia del Ejecutivo Municipal. Por su parte, la Alcaldía del Municipio Baruta señala que las disposiciones mencionadas vulneran los artículos 16, 168, 173 y 178 constitucionales, que confieren al Municipio la promoción y el desarrollo económico y social en el ámbito de la vida local al someter la planificación a los estrictos parámetros del Poder Nacional.

---

fusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario" y de José Ignacio Hernández "Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas", publicados en la *Revista* Nº 149-150, primer semestre 2017.

Sobre este particular, el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé lo siguiente:

> **"Artículo 299.-**El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta".

De acuerdo a la norma constitucional transcrita, la planificación consiste en la técnica mediante la cual el Estado, de manera conjunta con la colectividad, establece los lineamientos y las proyecciones sobre los cuales pretende, con base en los recursos socioeconómicos y la distribución del espacio físico, constituir los distintos marcos para el desarrollo del modelo productivo para el país.

Esta función recae en primer orden en manos del Poder Nacional quien debe establecer a nivel macro, los planes destinados a delimitar el desarrollo de los sectores productivos del país y de la economía real, atendiendo siempre a la facilidad de recursos que permitan escoger los tipos de actividad y la productividad, evitando, en la medida de lo posible, el socavamiento de los recursos y el impacto en el medio ambiente.

El mandato del artículo 299 constitucional confiere al Estado, entendido en el presente caso al Poder Público Nacional, la potestad para determinar los lineamientos esenciales a seguir para el desarrollo socioeconómico. Así, a partir del modelo que se adopte, deben dictarse los planes sucedáneos para el logro de tal fin, delineándose una concesión de políticas repartidas en distintos niveles que obedezcan y cumplan con el plan esencial dictaminado a nivel nacional.

Para ello, a nivel macro se dicta el Plan Nacional de Desarrollo de la Nación y es a partir de este que se plantean los distintos planes y estructuras para la consecución de las políticas públicas.

Tal como se desprende del artículo 299 constitucional, el vértice de dirección establecido por el Poder Nacional debe ser llevado a cabo con la participación de todos los sectores de la vida del país, lo que comprenden también a los demás niveles político territoriales y la sociedad, estructuralmente conformada, participe según los modelos configurados por el ordenamiento jurídico para la obtención de los fines propuestos.

En ese sentido, la planificación a nivel local comprende la concreción de las políticas de máxima dirección que le corresponden al Poder Nacional, en los términos que determina el artículo 8 de la Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular (G.O. 6.011 del 21 de diciembre de 2010), que prevé que *"*[e]*l Sistema Nacional de Planificación tiene entre sus objetivos contribuir a la optimización de los procesos de definición, formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas en cada uno de sus niveles, a la efectividad, eficacia y eficiencia en el empleo de los recursos públicos dirigidos a la consecución, coordinación y armonización de los planes, programas y proyectos para la transformación del país, a través de una justa distribución de la riqueza, mediante una planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta, para el logro de las metas establecidas en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación"*. En procura de esa finalidad, el artículo 10 de

la referida Ley estableció el andamiaje por el cual convergen los distintos sectores –públicos y sociales- entronizados en los siguientes órganos colegiados:

"Artículo 10.

Integración del Sistema Nacional de Planificación

Integran el Sistema Nacional de Planificación:

1. El Consejo Federal de Gobierno.

2. Los consejos estadales de planificación y coordinación de políticas públicas.

3. Los consejos locales de planificación pública.

4. Los consejos de planificación comunal.

5. Los consejos comunales".

En razón de esta función, se establece el marco normativo que permite la aplicación del Plan Nacional en sus distintos niveles, lo que amerita el establecimiento de órganos integrados por la representación de las entidades político-territoriales y de la sociedad debidamente organizada. Precisamente, este ha sido el lineamiento por el cual se prevé la creación de los Consejos Locales de Planificación Pública conforme lo estipula su correspondiente Ley (G.O. Ext. 6.017 de 30 de diciembre de 2010).

En atención al artículo 2 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación, dichos órganos son la instancia de planificación a nivel municipal y se encuentran encargados de diseñar el Plan Municipal de Desarrollo en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes estadales, con la garantía de la participación ciudadana para la formulación, ejecución, seguimiento, control y evaluación conjuntamente con el Sistema Nacional de Planificación Pública.

En ese sentido, los Consejos Locales de Planificación Pública deben estar integrados por los distintos actores que se desenvuelven dentro del ámbito concretizado de la vida colectiva. En ellos convergen los siguientes representantes del Poder Público Municipal y las formas asociativas de ciudadanos, representados de la siguiente manera:

"Artículo 6.

Integración

El Consejo Local de Planificación Pública, para el cumplimiento de sus funciones, estará conformado por:

1. El Alcalde o Alcaldesa.

2. Los concejales y concejalas del municipio.

3. Los Presidentes o Presidentas de las Juntas Parroquiales Comunales.

4. Un consejero o consejera por cada Consejo de Planificación Comunal existente en el municipio.

5. Un consejero o consejera por cada parroquia del municipio, electo o electa por los voceros y voceras de los consejos comunales de la respectiva parroquia.

6. Un consejero o consejera por cada uno de los movimientos y organizaciones sociales existentes en el municipio, de: campesinos, trabajadores, juventud, intelectuales, pescadores, deportistas, mujeres, cultores y de indígenas, donde los hubiere.

> En aquellos municipios donde no existan parroquias se conformará una asamblea de voceros y voceras de los consejos comunales, la cual elegirá un número consejeros o consejeras ante el Consejo Local de Planificación Pública, igual a la cantidad de concejales o concejalas del municipio.
>
> El Consejo Local de Planificación Pública cuenta con una Presidencia, ejercida por el Alcalde o Alcaldesa del municipio; y una Vicepresidencia, ejercida por el consejero o consejera electo o electa del seno de los consejeros y consejeras de los movimientos y organizaciones sociales con presencia en el Consejo Local de Planificación Pública.

Conforme a lo anterior, la contextualización de los artículos 110, 111 y 112 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, no puede ser entendida como una violación al principio de la autonomía municipal, en razón de que el Municipio no tiene una competencia exclusiva sino concomitante en materia de planificación para la concreción de las políticas públicas dedicadas al desarrollo socioeconómico de la Nación, llevando a cabo la concreción de los planes dentro de las funciones de *"... ordenación y promoción del desarrollo económico y social..."*, en los términos del artículo 178 de la Constitución.

Para ello, esta Sala considera necesario ratificar lo establecido en [Véase *Revista de Derecho Público* Nº 85-86/87-88, 2001, p 202 y ss.] sentencia n° 2257 del 13 de noviembre de 2001, caso: *Fernando Chumaceiro*, en la cual estableció el sentido y alcance de la autonomía municipal:

> "Ahora bien, es a partir de la interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales invocadas por los recurrentes -que enuncian y garantizan la autonomía municipal-, en concordancia con las normas contentivas de limitaciones a esa autonomía, como son las contenidas en los artículos 164 numeral 11 y 183 de la Constitución de 1999, que se puede establecer el carácter autonómico de los municipios y la legitimidad constitucional de la intervención de otras ramas del Poder Público en la conformación del mismo y en algunos ámbitos, que aun cuando en principio pudiera sostenerse que constituirían competencia exclusiva de estas entidades locales, otras disposiciones de rango constitucional su autonomía y ámbito competencial resulta atenuado, igualmente por imperio de la Constitución, al realizarse la asignación de competencias. Por esta razón, se podría afirmar que la autonomía municipal, es un concepto de estricto derecho positivo, y en razón a ello, dicha autonomía no puede ir más allá de lo que específicamente se desprende de los dispositivos constitucionales, o lo que es igual, no se trata de un gobierno libre dentro del Estado -como pareciera que entienden los recurrentes- sino de un Poder regulado por el Constituyente y por el Poder Legislativo.
>
> Nótese que el artículo 169 de la Carta Magna, en su encabezado, establece que "***La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución**, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los Estados*".
>
> Como se puede apreciar, del texto es evidente que, tanto unas como otras normas deberán ser dictadas sólo para desarrollar los principios constitucionales, lo que hace suponer que existen ciertos principios rectores ineluctables, tales como el de que la organización municipal, lo que en todo caso será democrática y responderá a la naturaleza del gobierno local, el que determina que la autonomía del Municipio el cual comprende la elección de sus autoridades, la gestión de las materias de su competencia, la creación, recaudación e inversión de sus ingresos y el control jurisdiccional de su actos.
>
> Se observa con claridad que, la intención que proyecta la Constitución vigente, no es la de consagrar la autonomía municipal con carácter absoluto sino relativo, es decir, dentro del marco de los principios y limitaciones establecidas en la propia Constitución y en las leyes nacionales y en las leyes estadales habilitadas para desarrollar el contenido de las normas constitucionales, debiendo esas leyes, por sobre todo, conservar y respetar ciertos -principios rectores- establecidos en el Texto Fundamental. Luego, el ámbito de esa autonomía sólo po-

> dría ser delimitado con la interpretación unitaria de la red normativa de referencias, sin que pueda afirmarse que alguna de las disposiciones constitucionales se basta a sí misma para dar un cabal concepto de la autonomía municipal, por más esencial que ella sea. Así, como para el caso de autos, se debe llevar a cabo un análisis de la Constitución con la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley Orgánica de la Administración Central, la Ley de Servicio Eléctrico, y la Ley Orgánica de Protección al Consumidor y al Usuario.
>
> Precisado lo anterior, debe sostenerse que los Municipios si bien poseen ciertas competencias no gozan de la plena libertad para la gestión de ciertas materias que aun cuando pertenecen a su esfera competencia la misma no le es propia, esto es, exclusiva, como pretenden los recurrentes, alegando que no se puede someter el ejercicio de dicha competencia a condicionamientos ni mediatización alguna, pues, con ello, a consideración de los recurrentes, se está violando el precepto constitucional que garantiza al municipio la libre gestión y plena autonomía, ya que en criterio de esta Sala, la 'libre gestión de las materias de su competencia' que garantiza la Constitución a los Municipios, se trata de una libertad condicionada, no sólo por las limitaciones que directamente impone el Constituyente sino por todas aquellas que pueda imponer el Legislador Nacional, y los legisladores estadales al ejercicio de la autonomía municipal, de acuerdo con las normas de la propia Constitución y dentro de los límites por ella indicados".

De esta manera, se aprecia que son las mismas autoridades municipales las que integran los Consejos Locales de Planificación Pública y, por ende, tienen la obligación, conforme a lo establecido en el artículo 60 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, de llevar cabo una planificación que contemple tanto la ordenación de territorio como del desarrollo económico y social que incentive el mejoramiento y las condiciones de vida de la comunidad municipal, instrumento éste que comprende la concreción de los planes superiores y que puede delimitar otros desarrollos que beneficien a la población, siempre que no se aparten de los lineamientos establecidos tanto a nivel nacional como estadal.

En este sentido, se hace necesario hacer referencia al reciente criterio sostenido por esta Sala en la sentencia 137/2015 en relación a las funciones desarrolladas por los Consejos Locales de Planificación, en el cual se estableció lo siguiente:

> "Adicionalmente, debe tomarse en cuenta el principio participativo que inspira nuestra Constitución (artículo 6 constitucional), que en materia municipal encuentra expresión a través de los Consejos Locales de Planificación (artículo 182 *eiusdem*), órganos que tienen como funciones preponderantes: i) Recopilar, pro-César y priorizar las propuestas de las comunidades organizadas; ii) Impulsar, coadyuvar, orientar y presentar dentro del Plan Municipal de Desarrollo las políticas de inversión del presupuesto municipal, contempladas en el artículo 178 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Todo ello, de conformidad con los lineamientos del Plan de la Nación, los planes y políticas del Consejo Federal de Gobierno y del Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas; iii) Presentar propuestas y orientar el Plan Municipal de Desarrollo hacia la atención de las necesidades y capacidades de la población, del desarrollo equilibrado del territorio y del patrimonio municipal; y, iv) Formular y promover ante el Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas o el Consejo Federal de Gobierno los programas de inversión para el Municipio, entre otras".

En este contexto, el ciudadano tiene a la mano una herramienta esencial para asumir su rol en una sociedad democrática, participativa y protagónica (*cfr*. Preámbulo de la Constitución), y se sientan las bases para que el Municipio disponga de un ente para la discusión y toma de decisiones de manera compartida. En otras palabras, los actores institucionales y todos los actores que hacen vida local disponen de un espacio para la discusión, negociación y concertación; en consecuencia, la definición, caracterización y priorización de los problemas serán expresión de una real, eficiente y efectiva democracia participativa y protagónica (*v*. artículo 11 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública).

Para ello, se contempla que la Alcaldía tome las previsiones presupuestarias pertinentes para garantizar la actividad de los Consejos Locales de Planificación Pública (*v*. artículo 21 *eiusdem*).

Así, el régimen de planificación corresponde en sus directrices al Poder Nacional por ser éste parte del manejo del sistema socioeconómico. Los demás entes político-territoriales, tienen la función auxiliar de llevar a cabo la concretización de los planes nacionales, sin que tengan la autarquía para implementar un modelo distinto al prefigurado en el Plan Nacional de Desarrollo, pues no les está dado por la naturaleza de sus competencias constitucionales.

Por tanto, el desarrollo y concreción del sistema de planificación no puede entenderse como atentatorio de la autonomía municipal –en su acepción política y administrativa– ya que no existe una competencia exclusiva para los Municipios de llevar a cabo el desarrollo del modelo socioeconómico de la Nación y son esos entes los llamados a establecer decisiones políticas prescindiendo del modelo nacional y de la participación de todos los sectores de integran la convivencia a nivel local. Por el contrario, su competencia es concomitante con los demás niveles territoriales y con la ciudadanía para llevar a cabo la concreción de las políticas de planificación.

En consecuencia, esta Sala determina la inexistencia de los vicios denunciados contra los artículos 110, 111 y 112 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal al precisar que no quebrantan el principio de autonomía denunciado por las partes recurrentes. Así se decide.*

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso administrativo especial*

A. *Recurso contencioso electoral conjuntamente con solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos*

TSJ-SE (153) **14-8-2017**

Magistrada Ponente: Jhannett María Madriz Sotillo

Caso: Alexis Enrique Aguirre Sánchez

I

Corresponde a esta Sala pronunciarse en cuanto a su competencia para conocer de la presente causa y, de ser el caso, en cuanto a la admisibilidad del recurso interpuesto y al respecto se observa lo siguiente:

El artículo 27 numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, señala lo siguiente:

"Son competencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia:

(…omissis…)

---

* Véase sobre la sentencia Nº 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza "Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario" y de José Ignacio Hernández "Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas", publicados en la Revista Nº 149-150, primer semestre 2017.

2. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos, organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.

(…omissis…)".

Se observa en efecto, que el recurso contencioso electoral ha sido interpuesto, contra *"…el proceso electoral convocado por la Federación Venezolana de Deportes Acuáticos (FEVEDA)…"* cuyo acto electoral fue pautado para el 20 de agosto de 2017, de allí que, al tratarse de actos vinculados directamente con un proceso electoral de una organización de la sociedad civil, resulta evidente la naturaleza electoral del asunto planteado, motivo por el cual esta Sala Electoral declara su competencia para conocer la presente causa de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.

Asumida la competencia, corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la admisibilidad del recurso contencioso electoral interpuesto, sin embargo, previo a ello resulta necesario señalar que el recurrente fundamentó su petitorio cautelar en un capítulo identificado como *"**SOLICITUD DE AMPARO CAUTELAR Y MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE EFECTOS**"*.

No obstante, lo expuesto, se desprende del contenido de dicho capítulo que el recurrente solicita *"…medida cautelar de suspensión del proceso electoral convocado; mientras dure la tramitación de la presente demanda y se dicte decisión definitiva, todo ello con el fin de evitar daños irreparables o de difícil reparación por la definitiva",* para lo cual procede a fundamentar las circunstancias que, a su criterio, evidenciarían el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Y en el petitorio solicita nuevamente *"…2.) Acuerde, con la urgencia del caso, medida cautelar solicitada, toda vez que el acto electoral está convocado para el día 20 de agosto de 2017, fuera del Área Metropolitana de Caracas y durante el período de vacaciones de esta Sala. Por lo tanto, puede haber severos perjuicios si no se detiene a tiempo dicho acto electoral, para lo cual jura*[n] *la urgencia del caso."* (*Sic.*, corchetes de la Sala).

Ello así, teniendo en cuenta que al fundamentar el petitorio cautelar no se invocó expresamente la violación de derechos constitucionales y visto que tanto en el capítulo destinado a fundamentar la pretensión cautelar como en el que se formula el petitorio general del escrito libelar el recurrente coincide en identificar su pretensión preventiva como *"...medida cautelar..."*, se advierte que el análisis de su procedencia será efectuado de conformidad con los parámetros exigidos para este tipo de medidas y no según los requerimientos del amparo cautelar. De allí que, a los efectos de emitir pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso, se tomará en cuenta la caducidad a la que hacen referencia los Artículos 213 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales y 183 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se establece.

Precisado lo anterior, dado que no se observa la configuración de ninguna de las causales de inadmisibilidad previstas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ni en la Ley Orgánica de Procesos Electorales, incluida la caducidad, se admite el recurso interpuesto. Así se decide.

Declarada la admisión del recurso, de conformidad con lo previsto en el Artículo 185 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia corresponde emitir pronunciamiento respecto a la solicitud de medida cautelar formulada por la parte recurrente y, a tal efecto, se observa lo siguiente:

Es importante destacar el criterio de esta Sala Electoral conforme al cual las medidas cautelares se encuentran dirigidas a garantizar la protección temporal de los derechos de la parte interesada, hasta tanto se dicte el fallo definitivo que resuelva la acción principal. De allí que tales medidas constituyen un instrumento indispensable para la materialización de la justicia y la tutela judicial efectiva, evitando que el pronunciamiento que emane del órgano jurisdiccional, al resolver el mérito de la controversia, resulte ineficaz.

Se han establecido diversos elementos cuya configuración concurrente constituye requisitos fundamentales para el decreto de medidas cautelares por parte del juez, a saber: presunción del derecho reclamado, esto es, presunción de que la pretensión procesal resultará favorable el *fumus boni iuris*; que la medida sea necesaria a fin de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva el *periculum in mora*; y, finalmente los elementos probatorios que acrediten la existencia de los requisitos anteriores (*Vid*. Sentencia número 122 de fecha 23 de julio de 2014, de esta Sala Electoral).

Señalado lo anterior, se observa que la parte recurrente solicita que *"...Acuerde, con la urgencia del caso, medida cautelar solicitada, toda vez que el acto electoral está convocado para el día 20 de agosto de 2017, fuera del Área Metropolitana de Caracas y durante el período de vacaciones de esta Sala. Por lo tanto, puede haber severos perjuicios si no se detiene a tiempo dicho acto electoral, para lo cual jura*[n] *la urgencia del caso."* (Corchetes de la Sala).

Se constata que el recurrente señala, que el *"…buen derecho que* [le] *favorece, se configura en la circunstancia de que no se pretende mediante la interposición de este recurso y la solicitud de suspensión de efectos otra cosa que no sea resguardar los derechos constitucionales citados; desarrollados en normas legales y sub-legales ya explanadas, que [les] han sido claramente vulnerados, tal como se evidencia, cuando menos de un análisis prima facie, de los elementos fácticos y probatorios expuestos a lo largo del presente, como por ejemplo la exclusión indebida de la Asociación del Estado Miranda del padrón electoral. Exclusión que ya le permite a la Sala presumir la violación de [sus] derechos electorales y sobre lo que la Sala ha dicho…"*. (Corchetes de la Sala).

Seguidamente, alega que *"…el periculum in mora no es sino el temor de que la no suspensión del proceso electoral acarree para* [el] *un perjuicio irreparable o de difícil reparación."* Y que "[e]*n este caso especifico el hecho que siga adelante el presente proceso, puede devenir en una elección viciada de nulidad que no garantice la tutela de la voluntad de los electores."* (Corchetes de la Sala).

Ahora bien, de la revisión del expediente se puede determinar que en el padrón electoral preliminar publicado por la Comisión Electoral de FEVEDA, efectivamente habían sido excluidas las delegaciones de los estados Carabobo y Miranda.

Sin embargo, como hecho notorio comunicacional, al revisar la página web https://eleccionesfeveda2017site1.wordpress.com/, pudo constatar esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia que, dada la impugnación realizada, la Comisión Electoral incluyó a estas delegaciones en el padrón electoral definitivo.

Al respecto del hecho notorio comunicacional, esta Sala Electoral estima pertinente realizar algunas consideraciones en torno a esa figura, vinculándolas al caso de autos, tal como lo ha hecho en anteriores oportunidades (Véanse entre otras, sentencias 69 del 6 de junio de 2001, 123 del 13 de agosto de 2004, 2 del 5 marzo de 2005, 86 del 14 de junio de 2005, 129 del 2 de agosto de 2007 y 10 del 28 de enero de 2009).

En ese orden de ideas, y de conformidad con los criterios contenidos en la sentencia de la Sala Constitucional número 98 del 15 de marzo de 2000, algunos de los rasgos fundamentales del hecho notorio comunicacional permiten entender que "*se trata de un efecto de la comunicación masiva, que en forma transitoria y puntual hace del conocimiento general un hecho que durante cierto espacio de tiempo, a veces breve, permite a los componentes de la sociedad referirse a él y comentar el suceso, o tomar conciencia de un mensaje, como sucede con la propaganda o publicidad masiva."*

Asimismo, conforme a la referida decisión, debe tratarse de hechos y no de opiniones o testimonios, de eventos reseñados por los medios como noticia, que se difundan simultáneamente por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes y es necesario que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones o dudas sobre su existencia.

De allí que, dado el carácter de hecho notorio comunicacional atribuido a la publicación de las actuaciones de la Comisión Electoral de FEVEDA en la página web *ut supra* referida, se puede afirmar que fue subsanado el alegato de exclusión de esas delegaciones, en principio y salvo mejor apreciación en la definitiva, no puede considerarse para otorgar la medida cautelar solicitada, toda vez que tal y como se desprende de la página web en la cual se refleja cómo llevan cada una de las fases del proceso electoral convocado para el 20 de agosto de 2017, engloba la participación de los estados Carabobo y Miranda. En consecuencia, esta Sala considera que la solicitud cautelar del recurrente es IMPROCEDENTE. Así se decide.

B. *Procedimiento: Terceros adhesivos*

TSJ-SE (227) 8-12-2017

Magistrada Ponente: Jhannett María Madriz Sotillo

Caso: Ignacio Ávila Guerra, Alfredo Ramón Gutiérrez Tovar y Jesús Rivera.

El contencioso electoral pueden intervenir como terceros adhesivos personas naturales y jurídicas que detenten un interés jurídico actual y pretendan coadyuvar a vencer en el proceso a alguna de las partes sin sustituirse, en principio, en la condición de la parte misma, sin que, en modo alguno, puedan sustituirse en la condición de la parte misma, salvo que del análisis de su condición resulten calificados como "*tercero verdadera parte*", en los términos que la doctrina de esta Sala ha acogido y establecido a partir de la sentencia N° 16, de fecha 10 de marzo de 2000 (Caso: *Allan Brewer Carías,* reiterado en diversas sentencias 130/14-11-2000, 53/15-04-2008, 103/18-06-2009, 101/08-2013 y 48 del 13 de abril de 2015, entre otras).

En fecha 26 de enero de 2016, los ciudadanos Ignacio Ávila Guerra, Alfredo Ramón Gutiérrez Tovar y Jesús Rivera, titulares de las cédulas de identidad números 9.482.546, 4.461.890 y 3.971.597, respectivamente, invocando su condición el primero de *"[c]andidato a la Presidencia del Consejo de Administración y [los otros] Asociados de la Caja de Ahorros y Previsión Social de [l]os Empleados, Obreros, Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional (C.A.P.S.E.O.J.P.A.N.)…"*, en su orden, asistidos por la abogada Brígida Contreras Chacón, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 17.175, interpusieron ante esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia escrito contentivo de "***Recurso Contencioso Electoral conjuntamente con la Medida Innominada de Amparo Cautelar****…"* contra el proceso electoral organizado por la Comisión Electoral de la

Caja de Ahorros y Previsión Social de los Empleados, Obreros, Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional (C.A.P.S.E.O.J.P.A.N.), para elegir los miembros del Consejo de Administración y Consejo de Vigilancia de la referida Caja de Ahorros, cuyo acto de votación se celebró el día 9 de diciembre de 2015. (Corchetes de la Sala y destacado del original).

En fecha 27 de enero de 2016, el Juzgado de Sustanciación de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, acordó "solicitar a la Comisión Electoral de la Caja de Ahorros y Previsión Social de los Empleados, Obreros, Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional (C.A.P.S.E.O.J.P.A.N.), los antecedentes administrativos del caso, así como también el informe sobre los aspectos de hecho y de derecho relacionados con el recurso...".

De la intervención de terceros:

Como punto previo corresponde a esta Sala Electoral, pronunciarse con respecto a la solicitud de los ciudadanos José Rosario Castillo y José Valentín Urbina Perdomo, antes identificados, quienes actúan con el carácter de asociado activo y como asociado jubilado, respectivamente, de la Caja de Ahorros y Previsión Social de los Empleados, Obreros, Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional (C.A.P.S.E.J.P.A.N.), para que se les reconozca la condición de terceros adhesivos, así como la solicitud de los ciudadanos Antonio Velandría Díaz, Cándido Ramón Parada, María Félix Estrada, Marjuri Castro y Nelson Vivas, miembros de la Comisión Electoral quienes actúan en nombre propio, y los miembros de la Junta Directiva de la asociación civil Caja de Ahorros y Previsión Social de los Empleados, Obreros, Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional, representados por los abogados Yasnaía Villalobos Montiel y Hugo Enrique Trejo Bittar con el carácter de apoderados judiciales, quienes alegan la condición de verdaderas partes.

En este sentido, observa la Sala que a objeto de pronunciarse sobre la admisibilidad de dichas intervenciones vemos lo que consagra el ordinal 3° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil aplicable al presente caso por remisión expresa de los artículos 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 214 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, que prevé la intervención de los terceros en la causa, cuando tengan un interés jurídico actual, lo cual puede hacerse en cualquier estado y grado del proceso, acompañado de prueba fehaciente que demuestre el interés en el asunto, conforme lo establece el artículo 379 *eiusdem*.

Así pues, elordinal 3° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, establece la figura de la intervención adhesiva de la forma siguiente:

> ***Artículo 370.*** *Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes:*
>
> *(...)*
>
> *3º Cuando el tercero tenga un interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretenda ayudarla a vencer en el proceso.*

Del texto de la norma se infiere que este tercero al proceso interviene por tener un interés personal y actual, en la defensa de la pretensión de una de las partes, es decir su interés procesal lo constituye la existencia de una relación de hecho o de derecho tutelada por el ordenamiento jurídico, situación o interés que pudiera resultar afectado por el fallo que se produzca en la causa, lo que lo induce a intervenir en la relación procesal adoptando una posición subordinada a la parte principal que coadyuva.

Por tanto, es necesario que el interés para intervenir como tercero, esté delimitado por la pretensión de ayudar a vencer a una de las partes en el proceso.

Asimismo, observa la Sala lo previsto en el artículo 381 de dicho Código Adjetivo en lo referente a la intervención litisconsorcial en los siguientes términos:

> ***Artículo 381****: Cuando según las disposiciones del Código Civil, la sentencia firme del proceso principal haya de producir efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria, el interviniente adhesivo será considerado litisconsorte de la parte principal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 147.*

Sobre este particular en el contencioso electoral pueden intervenir como terceros adhesivos personas naturales y jurídicas que detenten un interés jurídico actual y pretendan coadyuvar a vencer en el proceso a alguna de las partes sin sustituirse, en principio, en la condición de la parte misma, sin que, en modo alguno, puedan sustituirse en la condición de la parte misma, salvo que del análisis de su condición resulten calificados como "*tercero verdadera parte*", en los términos que la doctrina de esta Sala ha acogido y establecido a partir de la sentencia N° 16, de fecha 10 de marzo de 2000 (Caso: *Allan Brewer Carías,* reiterado en diversas sentencias 130/14-11-2000, 53/15-04-2008, 103/18-06-2009, 101/08-2013 y 48 del 13 de abril de 2015, entre otras), en la cual expresó:

> "*...en virtud de la ausencia de regulación en esta materia en el procedimiento contencioso administrativo, se impone la aplicación del artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia [hoy primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela], y por tanto el examen de las disposiciones que sobre la intervención de terceros consagra el Código de Procedimiento Civil, pero sin entrar a analizar de manera exhaustiva cada una de las figuras que en el mismo se regulan. Por tanto, debe tomarse únicamente en consideración la correspondiente 'intervención adhesiva', la cual ya fue examinada por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 26 de septiembre de 1991 (caso Rómulo Villavicencio), distinguiendo entre las intervenciones de terceros que ostentan el carácter de partes y los terceros adhesivos simples, y en tal sentido expresó: 'será parte si se alega un derecho propio, de acuerdo con el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, o será tercero adhesivo simple si alega un simple interés. Por lo tanto, a tenor del propio artículo 381 citado, puede haber terceros intervinientes cuyo carácter en juicio sea de verdaderas partes*'…".

Según las normas anteriormente citadas, para admitir la intervención de sujetos en la causa, éstos deben demostrar el interés que los vincula al objeto de la controversia y dependiendo del grado de afectación en su esfera jurídica particular, pueden ser considerados como verdaderas partes o terceros adhesivos a las razones de las partes.

Visto lo expuesto en cuanto al interés y la condición jurídica del solicitante interviniente, se observa con respecto a la solicitud de los ciudadanos José Rosario Castillo y José Valentín Urbina Perdomo, quienes alegan interés en el presente recurso, el primero en su condición de asociado activo y candidato a la vicepresidencia del Consejo de Vigilancia de la Caja de Ahorros y Previsión Social de los Empleados, Obreros, Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional (C.A.P.S.E.O.J.P.A.N.), y el segundo con el carácter de asociado jubilado activo, se adhieren y declaran cierto los hechos denunciados por los recurrentes en el proceso electoral para la elección de los integrantes del Consejo de Administración y del Consejo de Vigilancia para el período 2015-2018, celebrado el 9 de diciembre de 2015, solicitan se declare con lugar el recurso contencioso electoral interpuesto, así como la nulidad del proceso electoral realizado.

Al respecto observa la Sala que el ciudadano José Rosario Castillo consignó con su escrito de alegatos de fecha 20 de septiembre de 2016, copia de la credencial que lo acredita como mensajero I, en la sección de apoyo técnico parlamentario de la Asamblea Nacional, en el folio 561 del anexo 5 consignado por los representantes judiciales de la Comisión Electoral

de la Caja de Ahorros, aparece el mencionado ciudadano en la planilla de recepción de documentos por parte de los postulados al Consejo de Vigilancia en el número 15, también aparece sus datos de identidad en la planilla de entrega de material electoral en el número 8 del folio 564, a su vez aparece en el acta de cierre de postulaciones (folio 643) y en la circular N° 8 (folio 644) emitida por la Comisión Electoral donde informa los candidatos al Consejo de Administración y al Consejo de Vigilancia, en el cual está postulado para optar al cargo de vicepresidente del Consejo de Vigilancia, en el folio 982 aparece en el listado de los trabajadores de la Caja de Ahorro, de tales anexos se evidencia el interés directo del solicitante de participar en la presente causa, por cuanto la decisión que se produzca en el presente recurso podría afectar la esfera jurídica de sus derechos, por tal razón esta Sala Electoral admite su intervención como tercero adhesivo coadyuvante con la parte recurrente de conformidad con las normas antes referidas, y a tenor de lo previsto en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, sólo se considerará los planteamientos formulados en su escrito presentado en fecha 20 de septiembre de 2016 antes referido, así como los medios de prueba promovidos, que coinciden con la posición en juicio que corresponde a la parte recurrente, desechando aquellos impertinentes. Así se establece.

V. PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN

1. *Expropiación*

A. *Procedimiento judicial. Ocupación previa*

TSJ-SPA (1011) 28-9-2017

Mediante sentencia N° 1011 del 28 de septiembre de 2017, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, señaló que no se revocarán las actuaciones tendentes a lograr la ocupación previa del bien a expropiarse, aun cuando no sigan con lo establecido en la ley, toda vez que debe prevalecer el interés general que motiva la intención de adquirir forzosamente la propiedad. En concreto, se afirmó lo siguiente:

> *"Con base en la disposición constitucional antes transcrita, el Estado ante la necesidad de atender debidamente los intereses de la colectividad, puede obtener a través de la expropiación aquellos bienes idóneos para el cumplimiento de los objetivos mencionados con arreglo a las normas que regulan la materia. (Vid. entre otras, la sentencia de esta Sala Nro. 00367 del 24 de marzo de 2011).*
>
> *En este orden de ideas, se observa que la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 37.475 del 1º de julio de 2002, regula el procedimiento a seguir para la expropiación forzosa de aquellos bienes que la Administración estime necesarios para la ejecución de alguna obra de utilidad pública, dentro del cual incluye la posibilidad de ocupar previamente los inmuebles objeto de dicha medida, cuando la autoridad a quien competa califique la obra pública como urgente (artículo 56 eiusdem).*
>
> *Ahora bien, la figura de la ocupación previa permite adelantar los efectos del juicio expropiatorio al autorizar al ente que dicte el Decreto, a ocupar el inmueble sujeto a expropiación, con el objetivo de comenzar la ejecución de las obras que revisten carácter de urgencia.*
>
> *Cabe resaltar, que jurisprudencialmente se ha admitido que a pesar de que tal medida se encuentra condicionada a la existencia de un juicio de expropiación, su tramitación no es más que una incidencia autónoma a dicho juicio, por lo que no se podrá pretender establecer una conexión o suerte de dependencia entre los requisitos formales de la solicitud de expropiación, y la procedencia y efectos de la ocupación previa. (Vid. entre otras, la sentencia de esta Sala N° 1.760 del 18 de noviembre de 2003).*

Siendo lo anterior así debe indicarse, que con el objeto de dictar el decreto de ocupación previa, basta verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, los cuales pueden resumirse de la siguiente manera: i) que la obra a ser ejecutada sea de las consideradas como de utilidad pública (artículo 13 de la referida Ley), siendo a este respecto suficiente, que tal condición sea decretada por la autoridad que corresponda, tal y como lo prevé dicha norma; ii) que el ente expropiante estipule la ejecución de la obra como de urgente realización; iii) que se haya introducido ante el tribunal competente la correspondiente demanda de expropiación; iv) que se justiprecie el inmueble por la comisión de expertos a que se refiere el artículo 19 eiusdem,; v) que el ente expropiante consigne con la solicitud de ocupación previa, la cantidad dineraria en que hubiere sido justipreciado el inmueble; vi) que se haya dado el respectivo aviso al propietario y al ocupante; y vii) que se haya llevado a cabo la inspección judicial sobre el bien, a objeto de dejar constancia de las circunstancias que han de tomarse en cuenta para la determinación del justiprecio definitivo.

(...)

Tal como antes se indicó, ha sido criterio reiterado de este Órgano Jurisdiccional que la ocupación previa, si bien se encuentra condicionada a la existencia de un juicio de expropiación, su tramitación es una incidencia autónoma a dicho juicio. Esto quiere decir, que la ocupación previa es considerada como una medida cautelar que adelanta uno de los efectos esenciales de la expropiación, esto es, la posesión por parte del ente expropiante del bien objeto del juicio expropiatorio, a fin de que se dé inicio a la obra (u obras) de utilidad pública o social.

(…)

De acuerdo con la jurisprudencia antes transcrita, la naturaleza cautelar de la ocupación previa no sólo se proyecta positivamente a favor del ente expropiante, sino que, además, el fin preservativo o garantizador frente al expropiado se perfecciona a través del cumplimiento de los presupuestos dispuestos ex/lege para su procedencia, a saber, el avalúo, la inspección judicial y la consignación del monto que refleje el avalúo; este último, a los únicos efectos de: a) que si en el transcurso del juicio expropiatorio, se modifican características o rasgos específicos del bien objeto de la expropiación, se tenga acreditado un precedente que sirva de parámetro comparativo con el avalúo definitivo que dispone la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social y, en tal sentido, para que el justiprecio definitivo se ajuste a la realidad integral del bien expropiado, es decir, para que la indemnización sea verdaderamente justa; y, b) servir de garantía para los daños que podría sufrir el expropiado, en caso de no llevarse a cabo en definitiva la expropiación. (Vid., sentencia de esta Sala Nº 00898 del 10 de mayo de 2001).

Tales consideraciones la realiza esta Sala por cuanto, si bien en el caso bajo examen el a quo decretó la medida de ocupación previa del inmueble del cual el apelante es copropietario, sin antes haber ordenado entre otras cosas, la constitución de la Comisión de Avalúo prevista en el artículo 19 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, requisito formal esencial para su procedencia, no es menos cierto que, dada la naturaleza cautelar de tal providencia judicial, se impone ponderar en el caso concreto los intereses en juego, a efectos de resguardar los derechos de ambas partes.

En ese sentido, cabe advertir que la ocupación previa de autos fue dictada con el objeto de adelantar los trabajos de construcción de la "Sede para Trabajadores no Independientes del Sector Centro del Municipio Maturín del Estado Monagas" (sic); de manera que, al contrastar el incuestionable fin de interés público que persigue la misma, con el interés particular del copropietario del inmueble expropiado, esta Sala, haciendo una ponderación del interés general involucrado en el presente asunto y en aras de resguardar los derechos de las partes, considera que la medida de ocupación previa decretada por el a quo no debe ser revocada; razón por la cual la petición efectuada por el apelante en este aspecto debe ser declarada improcedente. Así se establece".

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de inconstitucionalidad. Competencia*

TSJ-SC (963) **22-11-2017**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Otoniel Pautt Andrade

El 08 de mayo de 2017, el ciudadano **OTONIEL PAUTT ANDRADE**, titular de la cédula de identidad N° V-13.638.880, abogado en ejercicio, inscrito en el Inpreabogado bajo el Nº 154.755, actuando en nombre propio, interpuso ante la Secretaría de esta Sala, recurso de nulidad contra los Decretos Nros. 2.830 y 2.831, ambos de fecha 01 de mayo de 2017, publicados en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.295, Extraordinario.

Realizado el estudio del caso, pasa esta Sala a dictar sentencia, previo análisis de las consideraciones siguientes:

ÚNICO

Previo a cualquier otra consideración, corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de su competencia para conocer de la demanda incoada y, a tal efecto observa, que los artículos 334 y 336, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela son del siguiente tenor:

> **Artículo 334**. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.
>
> En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.
>
> Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.
>
> **Artículo 336**. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (…) 3- Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.
>
> Por su parte, el artículo 25, numeral 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone: "Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (…) 3.- Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley que sean dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución de la República".

Del análisis de las disposiciones *supra* transcritas se desprende que corresponde a esta Sala la competencia para ejercer el control concentrado de la constitucionalidad sobre los decretos con rango y fuerza de ley y, como quiera que, la demanda de autos se refiere, precisamente, a la nulidad de los Decretos Nros. 2.830 y 2.831, ambos de fecha 01 de mayo de 2017, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.295, Extraordinario, esta Sala, con fundamento en las disposiciones que se transcribieron, se declara competente para el conocimiento y resolución de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta, y así se declara.

2. *Revisión constitucional*

TSJ-SC (712) **14-8-2017**

Magistrado-Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: TROPICALUM, C.A

La Sala reitera su criterio jurisprudencial respecto a la procedencia de la Revisión Constitucional de una Sentencia.

Por ello, observa esta Sala que la sentencia objeto de revisión está ajustada a derecho, no incurre en violación alguna de derecho o garantía constitucional, ni de algún criterio vinculante dictado por esta Sala; por cuanto la Sala si se pronunció sobre la infracción contenida en el artículo 81 del Código Orgánico Tributario denunciado como infringido y determinó que el acto administrativo fundó correctamente los hechos con base a la investigación realizada. En consecuencia, esta Sala evidencia después del detenido estudio de las actas que conforman el presente expediente, que la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia decidió ajustado a derecho y no incurrió en ninguno de los presuntos derechos vulnerados delatados por la solicitante, advirtiéndose la inconformidad con el fallo objeto de revisión, que le fue adverso.

Por tanto, esta Sala advierte que ha sido reiterado el criterio jurisprudencial en cuanto a la procedencia de la revisión de una sentencia, esto es, para que esta Sala Constitucional haga uso de la facultad que le confieren los artículos 336, numeral 10, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y el artículo 25, numeral 10, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que se hace menester no sólo el carácter definitivo de la sentencia, sino que esté incursa en alguno de los supuestos que esta Sala ha ido elaborando y desarrollando en las normas citadas.

En efecto, esta Sala precisa que la revisión constitucional ha sido concebida como un medio procesal extraordinario destinado para preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o para corregir graves infracciones a sus principios o reglas (al respecto, ver sentencia número 1760, del 25 de septiembre de 2001, caso: *Antonio Volpe González,* criterio reiterado en la sentencia número 939, del 28 de junio de 2012, caso: *Luis de la Hoz Torres*), lo que será determinado por la Sala en cada caso, siendo siempre facultativo de ésta su procedencia o no.

Asimismo, en el fallo número 93, del 6 de febrero de 2001, caso: *Corpoturismo*, se estableció que la potestad de revisión que prevé el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela puede ser ejercida de manera discrecional.

De esta manera, esta Sala estima que, en el presente caso, no hubo quebrantamiento de los derechos constitucionales delatados, y la solicitud presentada en modo alguno contribuirá a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales. En consecuencia, se declara que no ha lugar a la solicitud de revisión de la sentencia dictada, el 6 de junio de 2016, por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide

TSJ-SC (625) **11-8-2017**

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Caso: Violeta Manzano De Vargas

Determinado así el objeto de la presente solicitud de revisión, se estima pertinente la cita del contenido del artículo 25 numerales 10 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo

de Justicia, que recogió la jurisprudencia de esta Sala respecto al tipo de sentencias que pueden ser objeto de revisión, determinándose así en el referido texto normativo lo siguiente:

> "Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (…)
>
> 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.
>
> 11. Revisar las sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República o cuando incurran en violaciones de derechos constitucionales."

Cónsono con lo antes expuesto, conviene precisar que, en lo que respecta a las sentencias definitivamente firmes que pueden ser objeto de revisión, esta Sala ha sostenido lo siguiente:

> "...Sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, esta Sala posee la potestad de revisar lo siguiente:
>
> 1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.
>
> 2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.
>
> 3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país 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.
>
> 4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente 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 estos casos hay también un errado control constitucional..." (s. S.C. N° 93 del 06-02-01).

Es pertinente aclarar que esta Sala, al momento de la ejecución de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a guardar la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de peticiones que pretendan la revisión de actos de juzgamiento que han adquirido el carácter de cosa juzgada judicial; de allí que este órgano jurisdiccional esté facultado para desestimar cualquier requerimiento como el de autos, sin ningún tipo de motivación, cuando, en su criterio, se verifique que lo que se pretende en nada contribuye con la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, en virtud, del carácter excepcional y limitado que ostenta la revisión.

En el caso sub *iudice*, se pudo apreciar que la pretensión de la solicitud de control constitucional que fue esgrimida por la peticionante, versa sobre una decisión judicial emitida por la Sala de Casación Civil de este Alto Tribunal, denotándose que en el escrito de solicitud de

revisión presentado ante esta Sala Constitucional se sostiene que la sentencia objeto de examen resulta violatoria al derecho a la defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva, de allí que deba resaltarse de forma preliminar que estos derechos deben ser entendidos en el sentido de que en todo proceso deben cumplirse las garantías indispensables para que se escuche a las partes, se les permita el tiempo necesario para presentar pruebas y ejercer plenamente la defensa de sus derechos e intereses, siempre de la manera prevista en la ley; de forma tal, que la controversia sea resuelta conforme a derecho, en aras de una tutela judicial efectiva.

Siguiendo este hilo argumentativo, debe acotarse que estas garantías constitucionales persiguen como finalidad que los derechos que poseen las partes en el trámite procedimental de la causa permanezcan incólumes, sin que los mismos se vean limitados o restringidos de manera tal que impida el ejercicio pleno y efectivo de otros derechos relevantes dentro del proceso que menoscaben los principios que el mismo debe ofrecer en la instrucción de un procedimiento, el cual es definido como una serie ordenada, consecutiva y preclusiva de actos jurídicos emanados de las partes o del órgano decisor, destinados a impulsar el proceso hasta la efectiva satisfacción de las pretensiones deducidas en juicio. Ciertamente el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y en armonía con esa disposición constitucional, el artículo 49 del Texto Fundamental, desarrolla en forma amplia la garantía del derecho a la defensa, con la finalidad de que toda persona ejerza el derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro de los lapsos razonables determinados legalmente.

Estas disposiciones constitucionales están dirigidas a garantizar la seguridad jurídica de las partes y constituyen una premisa general sobre el trámite procedimental que debe seguirse en todo proceso, a los fines de evitar eventuales nulidades y recursos que impidan la satisfacción de las pretensiones de los sujetos procesales involucrados en algún caso

TSJ-SC (1069) **8-12-2017**

Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos

Caso: Platanera Hoya Grande, S.A.

Realizado el estudio individual de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala Constitucional pasa a decidir previas las siguientes consideraciones.

I

El numeral 10 del artículo 336 de la Constitución vigente atribuye a la Sala Constitucional la potestad de revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

Esta potestad, fue legalmente reconocida en cardinales 10, 11 y 12 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al señalar que esta Sala es competente para revisar las sentencias de otras Salas de este Tribunal, así como también los fallos definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, *dictadas por los demás tribunales de la República*, (*Vid.* Sentencia de esta Sala Nº 93 del 6 de febrero de 2001, caso: "*Corpoturismo*" y Nº 325 del 30 de marzo de 2005, caso: "*Alcido Pedro Ferreira*"), toda vez que la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, según lo establecido en el artículo 335 del Texto Fundamental (Resaltado de la Sala).

Por su parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece que contra las decisiones del más alto tribunal de la República, en cualquiera de sus Salas, no se oirá, ni admitirá acción ni recurso alguno, salvo lo dispuesto en esa misma Ley.

En el presente caso se solicita la revisión de la sentencia N° 1074, dictada por esta Sala Constitucional el 10 de agosto de 2015, que declaró: i) no ha lugar a la solicitud de revisión planteada por el abogado Alejandro Enrique Andrade Gutiérrez, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil Platanera Hoya Grande, S.A., de la sentencia número 0462 dictada el 23 de abril de 2014, por la Sala de Casación Social; ii) revisa de oficio la sentencia número 1.209 dictada el 12 de agosto de 2014, por la Sala de Casación Social, en consecuencia se declara nulo el referido fallo, y; iii) firme la sentencia dictada por el Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial de los Estados Zulia y Falcón, el 17 de septiembre de 2012, que declaró sin lugar el Recurso Contencioso Administrativo Agrario intentado por la sociedad mercantil Platanera Hoya Grande, S.A., contra el acto administrativo dictado por el Directorio del Instituto Nacional de Tierras, en sesión número Ext: 127-10, de fecha 9 de diciembre de 2010, en deliberación sobre el Punto de Cuenta N° 03, la cual se encuentra definitivamente firme. En la referida sentencia, (…)

En tal sentido, se debe indicar que la eficacia de la cosa juzgada, según ha establecido la doctrina de este máximo tribunal en anteriores oportunidades, se traduce en tres aspectos: a) inimpugnabilidad, según la cual las sentencias con autoridad de cosa juzgada no pueden ser revisadas por ningún juez cuando ya se hayan agotado todos los recursos previstos en la ley, inclusive el de invalidación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil; b) inmutabilidad, según la cual las sentencias no son atacables indirectamente, por no ser posible abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema; no puede otra autoridad modificar los términos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; y c) coercibilidad, que consiste en la eventual ejecución forzosa en los casos de sentencias de condena; esto es, "(…) *la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales* (…)"; lo que en conjunto, se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso (*Vid.* Sentencia Nº 3622 del 6 de diciembre de 2005).

Con base en ello, se debe afirmar que las decisiones dictadas por esta Sala Constitucional adquieren desde su publicación el carácter de cosa juzgada formal, según lo estatuido en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, lo que se traduce en que la relación jurídica generativa de la sentencia en cuestión no es atacable, y al mismo tiempo se perfecciona el carácter de cosa juzgada material dispuesto en el artículo 273 *eiusdem*, que impone que se tenga en cuenta el contenido de la decisión en todo proceso futuro entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, aunado al carácter vinculante de las mismas.(…)

Así, la Sala en sentencia Nº 624 del 12 de abril de 2007 –que ratificó el criterio sostenido en las sentencias Nros. 3.044, del 4 de noviembre de 2003 y 1.586 del 13 de agosto de 2004–, señaló:

> "(…) *Por lo tanto, están excluidas las sentencias de la propia Sala, y no podría ser de otro modo, a tenor del principio de cosa juzgada material que postula la inimpugnabilidad de las mismas, en el sentido que la relación jurídica generativa de la sentencia no es atacable ante el propio sentenciador, y que sólo lo sería si contra la decisión en cuestión hubiese algún medio de impugnación ante un Tribunal Superior. En el caso bajo examen no es posible, como se afirmó, que la Sala revise por este u otro medio sus decisiones; ni tampoco está previsto un medio de impugnación del cual se pueda servir el solicitante para tramitar su pretensión, pues, esta Sala no tiene superior jerárquico* (…)".

Posteriormente, la Sala reiteró el anterior criterio en la sentencia Nº 591 del 16 de abril de 2008, caso: "*Venezolana de Alquiler C.A.*", en los siguientes términos:

"(...) Asimismo, y de forma aún más categórica, ha señalado la Sala en decisión Nº 3.044, del 4 de noviembre de 2003, lo siguiente:

'Por lo tanto, están excluidas las sentencias de la propia Sala, y no podría ser de otro modo, a tenor del principio de cosa juzgada material que postula la inimpugnabilidad de las mismas, en el sentido que la relación jurídica generativa de la sentencia no es atacable ante el propio sentenciador, y que sólo lo sería si contra la decisión en cuestión hubiese algún medio de impugnación ante un Tribunal Superior.

En el caso bajo examen no es posible, como se afirmó, que la Sala revise por este u otro medio sus decisiones; ni tampoco está previsto un medio de impugnación del cual se pueda servir el solicitante para tramitar su pretensión, pues, esta Sala no tiene superior jerárquico'.

En los mismos términos se pronunció la Sala en sentencias Nº 1385 del 28 de junio de 2005; Nº 2011 del 29 de julio de 2005; Nº 659 del 23 de abril de 2004; y Nº 3014 del 2 de diciembre de 2002, entre otras.

En virtud de lo expuesto, esta Sala juzga que la solicitud de revisión formulada por el solicitante contra la sentencia número 2255 dictada el 17 de diciembre de 2007 por esta Sala Constitucional, es improponible; y así se declara (…)".

Por lo expuesto, y visto que en el presente caso se solicitó la revisión de la sentencia N° 1074, que dictó la propia Sala Constitucional el 10 de agosto de 2015, lo cual evidencia la pretensión del solicitante de obtener un nuevo pronunciamiento sobre la referida decisión, resulta forzoso para esta Sala declarar improponible la revisión interpuesta. Así se decide.

Finalmente, la Sala debe llamar la atención sobre la coherencia en el ejercicio de las acciones, recursos y solicitudes que dispone el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos de los particulares, a los fines de garantizar de forma efectiva el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Por ello, la Sala exhorta a los recurrentes en general, y la solicitante en particular, que extremen el necesario estudio previo que les permita ejercer debidamente una determinada solicitud o recurso ante esta Sala, ya que, de lo contrario, generan un injustificado desarrollo de la actividad jurisdiccional, que podría atentar con el necesario orden procesal y coherencia en la resolución de las causas.

3. *Amparo contra Sentencias. Admisibilidad*

TSJ-SC (642) **14-8-2017**

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Néstor Asdrúbal Vásquez

Al respecto, cabe destacar que si bien el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece que la acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal, no es menos cierto que el artículo 4 *eiusdem*, fija los límites de la competencia para conocer de los amparos ejercidos contra dichos actos u omisiones que lesionen derechos o garantías constitucionales, señalando al respecto el mencionado artículo 4 que "*[i]gualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional. En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva*". (Resaltado de esta Sala).

Ahora bien, resulta evidente que, en el asunto bajo estudio se configuró uno de los casos típicos de inepta acumulación de pretensiones; el cual, aun cuando no está expresamente

regulado en la citada ley orgánica, le resulta aplicable, supletoriamente, las disposiciones que al respecto contiene el Código de Procedimiento Civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 *eiusdem*.

En tal sentido, el artículo 78 del citado cuerpo procedimental prohíbe la referida acumulación en los casos siguientes: *1)* cuando las pretensiones se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí; *2)* cuando por razón de la materia no correspondan al conocimiento del mismo tribunal y; *3)* cuando tengan procedimientos legales incompatibles entre sí.

En relación al segundo supuesto, ha sido criterio reiterado de esta Sala declarar "*la inadmisibilidad de las acciones de amparo que contienen pretensiones cuya competencia jurisdiccional difiere para cada uno de los sujetos señalados como presuntos agraviantes, aun cuando en dichas pretensiones se evidencie la conexidad entre los agravios constitucionales denunciados, no solo por cuanto el conocimiento de los procesos corresponde a órganos jurisdiccionales distintos, sino, además, en razón de que los procedimientos en cada caso resultan incompatibles*". (*Vid*. entre otras, sentencias números 1616, del 24 de noviembre de 2009, caso: Temístocles Sánchez Cacique; 684, del 09 de julio de 2010, Caso: *Oscar Veiga Viera*; 35, del 15 de febrero de 2011, caso: *Laudy Esther Campo Arévalo*; 1015, del 11 de julio

Así, esta Sala, en los referidos fallos advirtió la inadmisibilidad de las acciones de amparo en aquellos casos donde se presenta una acumulación inicial de pretensiones en un mismo libelo, toda vez que no puede pretenderse que una misma instancia judicial resuelva sobre varias denuncias de presuntas violaciones o amenazas a derechos y garantías de orden constitucional que no pueden atribuirse a un solo agraviante, pues la diversidad de accionados en amparo acarreará la incompetencia del órgano jurisdiccional para conocer respecto de alguno o varios de ellos.

(…)

Tomando como fundamento lo anteriormente transcrito y por cuanto el ciudadano Néstor A. Vásquez, dirigió su escrito contentivo de acción de amparo constitucional contra dos sentencias diferentes, dictadas por juzgados diferentes, con ocasión a procesos diferentes, incurrió en una inepta acumulación.

Ello así, la acción bajo análisis ha debido interponerse de forma independiente y por separado según los sujetos señalados como agraviantes, ya que la competencia del tribunal constitucional en amparo, se determina no sólo según la materia afín a los derechos cuya violación se denuncia, sino también en atención a la persona, sentencia, acto u omisión señalados como presunto agraviante, por lo que siendo interpuestas de forma conjunta ante un mismo tribunal, no podrían acumularse en razón de la incompetencia del juzgador para pronunciarse sobre la totalidad de la pretensión, haciendo imposible su tramitación, de allí que la presente solicitud de tutela constitucional resulta inadmisible por lo denominado por la doctrina como "*inepta acumulación*".

Finalmente, resulta pertinente señalar que la inepta acumulación de pretensiones es aplicable al presente caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 133, numeral 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que la referida norma prevé 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, o cuyos procedimientos sean incompatibles.

Atendiendo a lo antes expuesto, y conforme a lo establecido en los artículos 133, numeral 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 81 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 78 *"eiusdem"*, aplicables supletoriamente al proceso de

amparo según el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala debe declarar inadmisible, por inepta acumulación de pretensiones, la acción de amparo propuesta. Así se decide.

TSJ-SC (1951) 8-12-2017

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Caso: Ginimberth Reinaldo Bracho Hernández

Es criterio reiterado de esta Sala que para la procedencia de la acción de amparo contra actos jurisdiccionales, deben concurrir las siguientes circunstancias: a) que el Juez, de quien emanó el acto supuestamente lesivo, incurra en usurpación de funciones o abuso de poder (incompetencia sustancial), y b) que tal abuso de poder ocasione violación a un derecho constitucional, lo que implica que no es impugnable mediante amparo aquella decisión que simplemente desfavorece a un determinado sujeto procesal. Con el establecimiento de tales extremos de procedencia, se ha pretendido evitar la interposición de solicitudes de amparo con el propósito de que se reabra un asunto que ha sido resuelto judicialmente, en perjuicio de la inmutabilidad de la decisión definitivamente firme y para que la tutela constitucional no se convierta en sucedánea de los demás medios procesales (ordinarios y extraordinarios) existentes (véase sentencia N° 213, de 9 de abril de 2014).

En virtud del criterio anteriormente expuesto, hay que determinar, en primer lugar, si la sentencia objeto del presente amparo constitucional (emanada de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, en el expediente N° 7452-17) fue dictada por el tribunal actuando fuera de su competencia constitucional (ya sea porque incurrió en usurpación de funciones, o porque incurrió en extralimitación o abuso de poder) y en segundo lugar, que tal incompetencia hubiere violado un derecho constitucional.

Habría usurpación de funciones cuando un juez asume y ejerce una función que constitucionalmente corresponde a otro órgano del Poder Público, vicio que no se encuentra denunciado en la presente acción de amparo constitucional ni esta Sala observa que se hubiere materializado, porque la sentencia objeto de la presente acción de amparo dictó una decisión que se encuentra dentro de las competencias que son propias y exclusivas del Poder Judicial.

En relación con la extralimitación o abuso de poder, entendida como una actuación fuera de la competencia del tribunal, se presenta cuando mediante un acto judicial el juez hace un uso desmedido o arbitrario de sus atribuciones.

4. *Sentencia*

A. *Aclaratoria*

TSJ-SC (618) 11-8-2017

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Caso: TECNIAUTO, C.A

Sobre el alcance de la norma precedente, esta Sala en sentencia N° 1.599 del 20 de diciembre de 2000, caso: Asociación Cooperativa Mixta La Salvación, R. L., indicó:

"(...) que el transcrito artículo 252, fundamento legal de la solicitud de aclaratoria, regula todo lo concerniente a las posibles modificaciones que el juez puede hacer a su sentencia, quedando comprendidas dentro de éstas, no sólo la aclaratoria de puntos dudosos, sino también las omisiones, rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en la sentencia, así como dictar las ampliaciones a que haya lugar (...).

Por lo que respecta a la oportunidad en que debe solicitarse la aclaratoria de una sentencia, la disposición comentada establece que la misma es procedente siempre que sea solicitada por alguna de las partes en el día de la publicación del fallo o en el día siguiente".

Considera esta Sala que la norma parcialmente transcrita, así como la citada jurisprudencia, la cual, además de estar vigente es reiterada y pacífica, no dejan lugar a dudas respecto de la oportunidad para efectuar la solicitud de aclaratoria o ampliación de sentencia, estableciéndose al efecto que ésta deberá hacerse en el mismo día de su publicación o en el día siguiente.

Ahora bien, en el caso de autos se observa que la solicitante, mediante escrito del 20 de diciembre de 2016, solicitó la ampliación del fallo emitido por esta Sala el 8 de junio de 2016, por lo que es absolutamente evidente que la misma fue efectuada fuera del lapso previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que no fue presentada ni el día de la publicación del fallo ni el día siguiente, sino luego de transcurridos seis (6) meses, a pesar de que consta en autos que la representación judicial de la solicitante de revisión se encontraba en cuenta de la decisión cuya aclaratoria hoy se peticiona, pues el día 23 de noviembre de 2016, solicitó copias certificadas de la decisión en cuestión; en consecuencia al haberse solicitado la aclaratoria en forma extemporánea por tardía, se determina indefectiblemente su inadmisibilidad.

Por otra parte, vistos los términos en que fue presentada la solicitud de aclaratoria, se estima necesario recordarle a la parte actora el reiterado criterio de esta Sala de conformidad con el cual a través de la figura de la ampliación no puede cuestionarse la sentencia o estimarse que la decisión debió dictarse en una forma distinta. En este sentido, solo por citar un antecedente, esta Sala recuerda que en sentencia N° 673 del 1 de junio de 2015 (caso: Rosemary Castro Salazar), se estableció lo siguiente: "*la figura procesal de la aclaratoria como de la ampliación, aplicables analógicamente al caso de autos, preceptuadas en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, tienen como propósito la de rectificar los errores materiales, dudas u omisiones, que se hayan podido cometer en el fallo. Pero tal posibilidad de realizar aclaratorias y ampliaciones de las decisiones judiciales está limitada a exponer con mayor precisión algún aspecto del fallo que haya quedado ambiguo u oscuro, o que no esté claro su alcance en un punto determinado de la sentencia, pero no comporta en modo alguno la posibilidad de rebatir las solicitudes que cualquiera de las partes realice al Tribunal y menos, como se solicitó en el presente caso, donde se pretende que se corrijan supuestos errores que en nada complementan, modifican o aclaran la sentencia, sino que más bien tienen como objeto buscar el cambio de la decisión*".

Ello así, en virtud del fundamento de hecho y de derecho antes expuesto, lo ajustado al ordenamiento jurídico es declarar inadmisible la presente solicitud de aclaratoria. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la Ley, declara **INADMISIBLE** por extemporánea la solicitud de ampliación del fallo presentada por el abogado Luis de Jesús Valor, actuando en su condición de apoderado judicial de la ciudadana XIOMARA GUILLERMINA FREITES DE ANGULO.

TSJ-SC (1084) **8-12-2017**

Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos

Caso: Johann Manuel Otero Ruíz y José Luis Rodríguez Pérez

La Sala reitera una vez más su doctrina y jurisprudencia referente, que la aclaratoria o ampliación de sentencia constituye un mecanismo que permite determinar el alcance exacto de la voluntad del órgano decisor, a los efectos de su correcta comprensión y ejecución, o para salvar omisiones, hacer rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en la decisión.

Previo a cualquier tipo de consideración, esta Sala advierte que la figura procesal de la aclaratoria o ampliación de sentencia, se encuentra contemplada en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente al caso de autos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En efecto, dicha disposición de la ley adjetiva civil establece lo siguiente:

"*Artículo 252. Después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.*

Sin embargo, el Tribunal podrá, a solicitud de parte, aclarar los puntos dudosos o salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia 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***" (Resaltado del presente fallo).

Esta Sala ha señalado en reiteradas oportunidades, que la aclaratoria o ampliación de sentencia constituye un mecanismo que permite determinar el alcance exacto de la voluntad del órgano decisor, a los efectos de su correcta comprensión y ejecución, o para salvar omisiones, hacer rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en la decisión (sentencias 2.524/2005, del 5 de agosto; y 3.072/2005, del 14 de octubre, entre otras).

En este sentido, en sentencia Nº 2601/2004, del 16 de noviembre, esta Sala señaló lo siguiente:

"*Ha sido expresado en la doctrina y jurisprudencia nacionales, que la posibilidad de aclarar o ampliar la sentencia, tiene como propósito la de rectificar los errores materiales dudas u omisiones, que se hayan podido cometer en el fallo. Pero, con la advertencia, de que la facultad no se extiende hasta la revocatoria o reforma de éste, sino a corregir las imperfecciones, que les resten claridad a sus declaraciones.*

En consecuencia, la posibilidad de hacer aclaratorias o ampliaciones de las decisiones judiciales está limitada a exponer con mayor precisión algún aspecto del fallo que haya quedado ambiguo u oscuro, bien porque no esté claro su alcance en un punto determinado de la sentencia (aclaratoria); o bien, porque se haya dejado de resolver un pedimento (ampliación). Además, la aclaratoria permite corregir los errores materiales en que haya podido incurrir la sentencia (errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos)".

Ahora bien, en cuanto a la oportunidad procesal para la presentación de la solicitud de aclaratoria o ampliación de la sentencia, esta Sala en sentencia N° 1.599 del 20 de diciembre de 2000, estableció lo siguiente:

"(…) que el transcrito artículo 252, fundamento legal de la solicitud de aclaratoria, regula todo lo concerniente a las posibles modificaciones que el juez puede hacer a su sentencia, quedando comprendidas dentro de éstas, no sólo la aclaratoria de puntos dudosos, sino también las omisiones, rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en la sentencia, así como dictar las ampliaciones a que haya lugar (…).

Por lo que respecta a la oportunidad en que debe solicitarse la aclaratoria de una sentencia, la disposición comentada establece que la misma es procedente ***siempre que sea solicitada por alguna de las partes en el día de la publicación del fallo o en el día siguiente***" (Resaltado del presente fallo).

En esta misma línea de criterio, esta Sala en la sentencia N° 482 del 21 de mayo de 2014, indicó lo siguiente:

"Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la solicitud de aclaratoria del fallo número 324, dictado el 2 de mayo de 2014; y a tal efecto observa:

El único aparte del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil establece:

'…(omissis)…el Tribunal podrá, a solicitud de parte, 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'. (Subrayado de la Sala).

Sobre el alcance de la norma precedentemente transcrita, esta Sala se pronunció en sentencia número 1599 del 20 de diciembre de 2000, caso: 'Asociación Cooperativa Mixta La Salvación, R. L.', en los siguientes términos:

'... que el transcrito artículo 252, fundamento legal de la solicitud de aclaratoria, regula todo lo concerniente a las posibles modificaciones que el juez puede hacer a su sentencia, quedando comprendidas dentro de éstas, no sólo la aclaratoria de puntos dudosos, sino también las omisiones, rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en la sentencia, así como dictar las ampliaciones a que haya lugar...'.

En lo que respecta a la oportunidad para solicitar la aclaratoria, en la mencionada sentencia, esta Sala indicó que:

'... la disposición comentada establece que la misma es procedente siempre que sea solicitada por alguna de las partes en el día de la publicación del fallo o en el día siguiente'.

Considera esta Sala, que la norma parcialmente transcrita no deja lugar a dudas sobre la oportunidad para efectuar la solicitud de aclaratoria de sentencia, estableciéndose al efecto que ésta deberá hacerse en el mismo día de su publicación o en el siguiente.

En el presente caso se observa que la sentencia número 324 fue publicada el 2 de mayo de 2014 y la solicitud de aclaratoria fue realizada el 6 de mayo de 2014, es decir, fuera de la oportunidad procesal que prevé la norma. En consecuencia, debido a que la presente solicitud de aclaratoria de sentencia fue presentada extemporáneamente, la misma resulta inadmisible; y así se declara" (Negrillas del presente fallo).

La disposición legal y los criterios jurisprudenciales antes transcritos, no dejan lugar a dudas respecto de la oportunidad para efectuar la solicitud de aclaratoria de sentencia, estableciéndose al efecto que ésta deberá hacerse en el mismo día de su publicación o en el día siguiente.

B. *Vicios. Motivación*

TSJ-SC (1095) **8-12-2017**

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: Framy Alexander Silva Arcila

….Ahora bien, revisadas las actas del expediente, esta Sala Constitucional observa lo siguiente:

Respecto al vicio de inmotivación de las decisiones judiciales, esta Sala ha desarrollado una extensa doctrina, entre cuyas decisiones que versan sobre el punto, cabe resaltar la número 1.963/2001, del 16 de octubre (caso: *Luisa Elena Belisario de Osorio*), en la cual se asentó lo siguiente:

> Dentro de estas garantías procesales se encuentra la referida a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 de la Constitución, la cual, tiene un contenido complejo, que se manifiesta, entre otros, en el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho que ponga fin al proceso. Este contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, se compone de dos exigencias: 1) que las sentencias sean motivadas, y 2) que sean congruentes. De manera que una sentencia inmotivada no puede considerarse fundada en derecho, siendo lesiva del artículo 26 de la Constitución.
>
> (Omissis)
>
> Con respecto a lo anterior, esta Sala advierte que la motivación de las sentencias no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador. La obligación de motivar el fallo impone que la decisión judicial esté precedida de la argumentación que la fundamente, atendiendo congruentemente al núcleo de las pretensiones de las partes. De otro modo, se conculcaría el derecho a la tutela judicial efectiva (subrayado del presente fallo).

En atención a lo cual, la necesidad de que los Jueces y Juezas de la República Bolivariana de Venezuela motiven sus decisiones, no constituye una formalidad suntuosa o que responda a un simple ejercicio de retórica, sino que la motivación es un componente sustancial de la misma, y su carencia es considerada tan lesiva para las partes y demás sujetos procesales, que genera su nulidad absoluta.

Asimismo, resulta pertinente traer a colación lo establecido en la sentencia número 1516/2006, del 8 de agosto (caso: *Eleoriente*), de la cual se transcribe el siguiente extracto:

> Conexo a dicho elemento, dispuesto en el artículo 173 *eiusdem* con respecto a que la decisión debe ser fundada, la misma debe atenerse a lo alegado y probado en autos, por cuanto es de la motivación que se desprende de un determinado fallo, que se puede verificar si se apreciaron o no los argumentos de hecho y de derecho alegados por las partes, ya que si bien es cierto que la procedencia de una pretensión no requiere el análisis exhaustivo de cada alegato, d ebe destacarse que si éstos son relevantes para las resultas del proceso, debe procederse a su apreciación, en aras de la congruencia de la decisión que se trate.
>
> De dicho fundamento, surge la necesidad de que los fallos judiciales resuelvan todos los puntos formulados en la causa, siempre y cuando los mismos resulten necesarios e indispensables para las resultas del proceso, aun cuando previamente se haya determinado la procedencia de la pretensión y éstos puedan generar un cambio en el *animo decidendi* del juez, sin embargo, si por el contrario, éstos constituyen elementos redundantes que no van a modificar el destino de la decisión jurisdiccional los mismos pueden ser omitidos, siempre que se haya estimado previamente la procedencia de la tutela jurisdiccional.

Conforme a lo expuesto, como parte de la necesidad de motivar la decisión judicial, se exige que, entre sus argumentaciones, incluya el análisis integral de los alegatos formulados por las partes, que sean determinantes para la conclusión que arribe, pues la motivación es el sendero que debe transitar el juzgador para llegar al destino, constituido en el dispositivo del fallo.

C. *Improcedencia de fundamentar la impugnación de una Ley en que regula aspectos de una reforma constitucional rechazada por el pueblo*

TSJ.SC (355) 16-5-2017

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

No es posible fundamentar una acción de nulidad de una Ley en el hecho de que en la misma se establezcan *disposiciones que fueron rechazadas en la propuesta de reforma constitucional de 2007.*

Esta denuncia de nulidad, realizada por la representación judicial del Municipio Baruta del Estado Miranda, estriba en la implementación de disposiciones por parte de la Ley impugnada que posiblemente habrían sido rechazadas en la propuesta de reforma constitucional llevada a cabo en el año 2007 y que se estarían reeditando en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal para llevar a cabo su implementación por la vía de la legalidad.

[…]

El análisis correspondiente a este fallo debe centrarse en lo que respecta a los vicios alegados y su posible correlación con respecto a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, normativa cuestionada en esta causa y sobre la cual se circunscribirá únicamente el presente juicio de nulidad.

Siendo así, los términos en que fue presentada la demanda permiten constatar que no existe correlación alguna entre el proyecto de reforma constitucional de 2007 y las modificaciones efectuadas a la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 2010, en cuanto a la reedición de normas, textual o incidentalmente; tampoco se constata coincidencia alguna, en términos coextensivos, entre ambos instrumentos que denoten identidad en sentido, propósito o finalidad que determinen que la reforma de Ley realizada en 2010 estipule la inserción de materias o preceptos que hayan sido propuestos y sometidos a la aprobación popular llevada a cabo en el año 2007.

En todo caso, de cuestionarse la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (2010), en lo referente a la intervención de los grupos comunales y su inviabilidad de participación por incurrirse en la violación de los vicios invocados por esa misma representación judicial, específicamente por contrariarse los principios relativos a la autonomía municipal, descentralización y régimen de competencias de los municipios, esta Sala realizará su análisis en los incisos correspondientes a efectos de verificar si los estamentos propios de la Constitución de 1999 fungen de manera suficiente para establecer las modificaciones planteadas en la reforma de ley.

De acuerdo a lo expuesto, se hace necesario analizar si la intervención de ciertos órganos o entes de la Administración Pública, –como es el caso de los grupos comunales–, dentro de la organización administrativa del Estado, incorporadas en un proyecto de reforma constitucional cuya aprobación haya sido rechazada, implica que éstas no pueden ser incluidas posteriormente en la estructura organizacional de la Administración.

Con fundamento en lo anterior, cabría hacer una primera derivación en cuanto a si con ello existe una restricción de las potestades constitucionales en la materia organizacional de la Administración durante un período determinado o si esta limitación se circunscribe a la restructuración de los Poderes Públicos en cuanto a la organización básica o compleja concebida en el Texto Constitucional.

Al respecto, esta Sala en sentencia N° 2013/2014 estableció que:

"(…) deben ir abordándose los diferentes puntos para determinar si la consagración de las Misiones en el artículo impugnado constituye una violación a la soberanía popular consagrada en el Texto Constitucional. En atención a ello, debe destacase que la naturaleza del referendo para la aprobación de una propuesta de reforma constitucional, no permite concluir aún bajo el principio de participación cuyo contenido y alcance ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional, que el rechazo del proyecto se constituya en una decisión vinculante de la misma entidad jurídica atribuible a la aprobación del mismo.

Ciertamente, al aprobarse una reforma constitucional las normas del proyecto se erigen en parte del ordenamiento jurídico, por lo que son exigibles incluso judicialmente, en tanto operan como normas vigentes según sea el caso, por el contrario las regulaciones propuestas en un proyecto de reforma o enmienda constitucional, no sólo no ostentan un estatus jurídico en lo que respecta a su calificación como normas integrantes del sistema de derecho vigente, sino que además su rechazo en una consulta popular no limita el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos que ejercen el Poder Público en el marco del Estado de Derecho, están regidas entre otros principios por los de no arbitrariedad, racionalidad y legalidad conforme a los artículos 2, 3, 4, 7, 136 y 137 de la Constitución.

Al respecto cabe afirmar, que ciertamente **no puede restringirse las potestades constitucionales establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de ordenar la organización interna de la Administración Pública Nacional conforme a lo establecido en el artículo 236.20 del Texto Constitucional, ya que lo contrario conllevaría afirmar que la consecuente desaprobatoria de un proyecto constitucional sobrellevaría a la limitación de las facultades constitucionales, lo cual envolvería adicionalmente a la disminución de sus funciones a una sanción o limitación no consagrada en la Carta Magna**.

Si bien es cierto que las Constituciones requieren ajustes permanentes para regular la sociedad conforme a los constantes cambios sociales y políticos que se suscitan y deben expresar los valores compartidos por la comunidad política, ello como expresión del derecho que tienen los pueblos de revisar y de reformar su Constitución, es de destacar que para lograr esos cambios se crean en la propia Constitución mecanismos de reforma, por lo que tales procedimientos tienen rango constitucional, lo que impide una reforma constitucional por un procedimiento distinto al previamente establecido y obliga a los órganos del Estado a la aplicación del mecanismo previsto, so pena de ser declarados inconstitucionales por inobservancia de sus preceptos". (Resaltado agregado)

De acuerdo a lo señalado *supra*, la incorporación en la reforma de la Ley objeto de impugnación se materializa por aplicación directa de los mandatos de la Constitución de 1999 y no por identidad con el proyecto sometido a votación popular en el año 2007, toda vez que las propuestas de la reforma constitucional no fueron incluidas en la última modificación realizada a la Ley municipal.

De esta manera, la Sala debe advertir que la mera invocación de los proyectos contenidos en las normas sometidas a consideración en la propuesta efectuada en el año 2007, no constituye fundamento para declarar la inconstitucionalidad de las reformas legales que hayan sido promulgadas posteriormente, ya que para ello también es necesario verificar si las modificatorias realizadas al ordenamiento legal tienen base o no en la Constitución de 1999.

Así, podría suscitarse que una norma contenida en el proyecto de reforma constitucional, desaprobado en el referendo 2007, sea susceptible de ser promulgada posteriormente mediante ley, siempre que su implementación en el plano de la legalidad esté amparada por la Constitución. De ser así, en todo caso, se estaría en presencia de un rechazo al cambio de rango dentro del ordenamiento jurídico, cuando se negó la elevación de la normas y las materias al rango constitucional, sin que pueda extenderse automáticamente la inconstitucionali-

dad del precepto legal que haya sido preexistente o susceptible de implementación mediante reforma o su conformación *ex novo* como fuente de derecho, pues todavía depende de ello que se efectúe un juicio analítico de validez y eficacia frente a la Constitución de 1999. En todo caso, debe recordarse también que el veto político a la propuesta de reforma constitucional sometido a elección popular tiene por límite temporal el período constitucional en el cual fue presentado (*ex* artículo 345 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Por tanto, esta Sala, dada la imposibilidad de establecer un estudio correlativo entre los órdenes normativos, contenidos en el proyecto constitucional y la reforma de la Ley, concluye que no se configura la delación alegada por la recurrente, por lo que desestima dicho alegato de acuerdo a los términos en que se formuló su proposición. Así se decide.*

* Véase sobre la sentencia Nº 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza "Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario" y de José Ignacio Hernández "Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas", publicados en la revista Nº 149-150, primer semestre 2017.

Comentarios Jurisprudenciales

LA MUTACIÓN DE LA NOCIÓN DE CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL HECHA POR LA SALA CONSTITUCIONAL, PARA CERCENARLE A LA ASAMBLEA NACIONAL SUS PODERES DE CONTROL POLÍTICO EN RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS CONSECUENCIAS

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *Este comentario jurisprudencial se refiere a dos sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de 2002 y de 2016, en las cuales se ha mutado la noción de "contratos de interés nacional" reduciéndolos a solo los suscritos por la República, a los efectos de evadir la autorización previa del órgano legislativo para la suscripción del contrato.*

Palabras Clave: *Contratos Públicos. Contractos de interés público nacional. Autorización Legislativa.*

Abstract: *This Paper analyzes two decisions of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, in which the Tribunal has "mutated" the notion of "national public interest contracts," reducing them to only those entered into by the Republic, in order t avoid the need for the Legislative authorization of the contracts.*

Key words*: Public contracts. Public National Interest Contracts Legislative authorization.*

I. DE NUEVO SOBRE LA NOCIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS O CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO

La Constitución de Venezuela de 1999, en sus artículos 150, 151, 187.9, 236.14 y 247, como la anterior de 1961, utiliza la expresión "contratos de interés público" y sus derivados, "contratos de interés público nacional," "contratos de interés público estadal" y "contratos de interés público municipal," como sinónimo de "contratos públicos" o "contratos del Estado," lo que siempre ha exigido la necesidad de encuadrar dicha expresión en la doctrina del derecho administrativo, y en particular, en el derecho de los contratos administrativos, públicos o del Estado, en particular, en cuanto a la intervención contralora de la Asamblea nacional, autorizándolos o aprobándolos.[1]

---

[1] Nuestra primera aproximación al tema la hicimos en 1964 en el estudio: Allan R. Brewer-Carías, "La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos," en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, pp. 61-11.

Dichos artículos de la Constitución, en los cuales se hace mención a los contratos de interés público en sus diversas vertientes (nacional, estadal y municipal), en efecto, son los siguientes:

> ***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.
>
> No podrá celebrarse **contrato alguno de interés público municipal, estadal o nacional**, o con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional.
>
> La ley podrá exigir en los **contratos de interés público** determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías"
>
> ***Artículo 151***. En los **contratos de interés público**, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.
>
> ***Artículo 187***. Corresponde a la Asamblea Nacional: […] 9. Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar **contratos de interés nacional,** en los casos establecidos en la ley. Autorizar los **contratos de interés público nacional, estadal o municipal** con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela."
>
> ***Artículo 236.*** Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: […] 14. Celebrar los **contratos de interés nacional** conforme a esta Constitución y la ley.
>
> ***Artículo 247.*** La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los **contratos de interés público nacional**."

Sobre dichos contratos de interés público, en efecto, como antes hemos dicho, hemos considerado que la expresión abarca a "todos aquellos contratos en los cuales una de las partes (pueden ser las dos –contratos inter-administrativos–) es una persona jurídica estatal,[2] es decir, que está integrada en la organización general del Estado, sea que se trate de una persona jurídica político territorial (República, Estados, Municipios), o de personas de derecho público (pe. los institutos autónomos) o de personas de derecho privado (pe. las sociedades anónimas del Estado o empresas del Estado) estatales."[3]

---

[2] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999," en *Derecho Público Contemporáneo: Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, enero-abril 2003, Volumen 1, pp. 48-54.

[3] Véase en Allan R. Brewer-Carías, "Sobre los Contratos del Estado en Venezuela," en *Derecho Administrativo Iberoamericano (Contratos Administrativos, Servicios públicos, Acto administrativo y procedimiento administrativo, Derecho administrativo ambiental, Limitaciones a la libertad), IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Mendoza, Argentina, 2010, pp. 837-866, y en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo,* Nº 6, Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207-252. Dicho estudio tuvo su origen en la Ponencia elaborada para el IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza, paralelo al *IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho, Universidad de Cuyo, Mendoza, Argentina, septiembre 2010, para cuya redacción, partimos de otros escritos, entre ellos, "Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela", en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías. Contratos Ad-*

Estos contratos del Estado, hemos sostenido, "son los que han sido denominados en la Constitución como "contratos de interés público" (nacional, estadal o municipal), y en el pasado, en escasísimas leyes, algunos de ellos fueron denominados como "contratos administrativos," agregando lo siguiente:

> "La Constitución de 1999, como la ley suprema y principal fuente del derecho administrativo, en materia de contratos del Estado, en la Sección Cuarta del Capítulo I del Titulo IV sobre el "Poder Público", regula a los "contratos de interés público," noción que en los artículos 150 y 151 se adoptó para identificar a los contratos suscritos por las entidades públicas, es decir, las personas jurídicas estatales, o las que integran el sector público y que en general se engloban en la noción de "Estado." Esa noción de contratos de interés público puede considerarse como equivalente a las nociones de *contratos públicos,*[4] *contratos del Estado,*[5] o *contratos de la Administración;*[6] o a la noción en ingles de *Public Contract;*[7] a la francesa de *contrats de l'administration;*[8] a la italiana de *contratti della pubblica ammistrazione;*[9] o a la portuguesa de *contratos de administração pública;*[10] todas tendientes a identificar contratos en los cuales una de las partes de la relación contractual es el Estado, es decir, un órgano de la Administración Pública o una entidad pública, los que además, en general, tienen fines de interés público."[11]

Esa, por lo demás, como fue la intención de la propuesta que formulamos respecto de la norma del articulo 150 en la Asamblea Nacional Constituyente durante la elaboración de la Constitución de 1999,[12] a lo que nos referiremos más adelante.

Hemos agregado, además, que;

> "En virtud de que Venezuela está organizada como un Estado federal (Art. 4, C.) con tres niveles de gobierno (nacional, estadal, municipal) (Art. 136 C.), la intención de la regulación de los "contratos de interés público" en el artículo 150 de la Constitución, que se clasifican en "contratos de interés público nacional", "contratos de interés público estadal" y "contratos de interés público municipal"; fue referirse a los contratos suscritos, respectivamente, por entidades públicas nacionales, entidades públicas estadales y entidades públicas municipa-

---

ministrativos. Contratos del Estado, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, 2006, pp. 449-479, y en *Revista de Derecho Administrativo (RDA)*, Círculo de Derecho Administrativo (CDA), Año 1, Nº 2, Lima, diciembre 2006, pp. 46-69; y "Los contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de aplicación," en Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, 2ª Edición, Caracas 2009, pp. 13 ss.

4 Véase Sabino Álvarez Guendín, *Los contratos públicos*, Madrid, 1934.

5 Véase Jorge Enrique Romero Pérez, *Los contratos del Estado*, San José Costa Rica, 1993.

6 Véase lvaro Pérez Vives, *De los contratos de la Administración*, Bogotá, 1984.

7 Véase Marco D'Alberti, *I "Public contracts" nell'esperienza Britanica*, Napoli, 1984.

8 Véase André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 3 vols., Paris, 1956.

9 Véase Francesco di Renzo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Milano, 1969; Francesco Paolo Pugliese, I *contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d'America*, Padova, 1974.

10 Véase Juárez de Oliveira, *Licitações e Contratos de Administração Pública*, Sao Paulo 1993.

11 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Sobre los contratos del Estado en Venezuela," en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo,* Nº 6, Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207-252.

12 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, Caracas 1999, pp. 173 y ss.

les[13]. En consecuencia, la intención de la regulación constitucional fue considerar como contratos de interés público nacional, a aquellos concernientes al nivel nacional de gobierno (diferente a los niveles estadales y municipales de gobierno), porque son suscritos por entidades públicas nacionales, es decir, por la República o institutos autónomos nacionales o empresas del Estado nacionales."[14]

Durante la vigencia de la Constitución de 1961, sin embargo, surgieron discusiones doctrinales sobre la noción de contratos de interés nacional, al considerar algunos autores que a la noción formal antes mencionada debía agregarse una noción material sobre la "importancia" nacional del objeto de los contratos para poder ser calificados como tales contratos de "interés nacional." Sobre esta discusión, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia hizo mención en su sentencia Nº 2.241 del 24 de septiembre de 2002 (caso: *Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez, nulidad del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público*),[15] en la cual al analizar la noción de contratos de interés nacional, recordó que:

"…la noción de contrato de interés público, expresión que aparece por primera vez en la Constitución de 1893 y se mantiene en los Textos Constitucionales de 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947, 1951, 1961, hasta la vigente de 1999, la doctrina nacional ha propuesto distintas interpretaciones, como la desarrollada por el autor Eloy Lares Martínez, quien al referirse a la expresión examinada, para entonces contenida en el artículo 126 de la Constitución de 1961 señaló: 'existe una expresión genérica –la de contratos de interés público– que consideramos administrativo y expresiones específicas que son: contratos de interés nacional, contratos de interés estadal y contratos de interés municipal, ya que el interés público puede ser nacional, estadal o municipal' ('Contratos de Interés Nacional', en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas, UCV, 1981, p. 117).

En tal sentido, para el autor citado es necesario, pero no suficiente, que una de las partes en la contratación fuera la República, debiendo además exigirse que el contrato celebrado tuviera por finalidad el atender, de modo inmediato y directo, requerimientos de interés general (*Cfr*. *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, UCV, 1996, p. 321).

Un sector de la doctrina, en armonía con la actual regulación constitucional de los contratos de interés público, ha sostenido, atendiendo a la división en tres niveles político-territoriales del Poder Público, que los contratos de interés público constituyen el género mientras que los

---

13 Véase *en* general, Jesús Caballero Ortiz, "Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999", *en Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,* Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 139-154; Jesús Caballero Ortíz, *"Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?," en El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1765-1777; Allan R. Brewer-Carías, "Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa" en *Revista de Derecho Público,* Nº 11, Caracas, 1982, pp. 40-54; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos,* Caracas, 1992, pp. 28-36.

14 Sobre ello, por lo demás, vigente la Constitución de 1961, de nuevo en 1992 reiteramos en que "no hay complicación alguna en señalar que contrato de interés público, en la Constitución, es todo contrato suscrito por los entes públicos territoriales, cualquiera que sea su naturaleza y contenido, es decir, por la República, los Estados y los Municipios, y aún más, también, por los entes descentralizados de derecho público de esos tres niveles. Por tanto, un contrato suscrito por un instituto autónomo nacional, estadal o municipal, también puede considerarse como contrato de interés público." Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

15 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM

> contratos de interés público nacional, estadal y municipal constituyen especies de aquél (*Cfr*. Allan R. Brewer Carías, *Estudios de Derecho Público*, Tomo I, Caracas, 1983, pp. 186 y 187), mientras que otro sector, apartándose de las interpretaciones precedentes, y haciendo énfasis en aspectos cuantitativos, ha expresado que cuando en los textos constitucionales se adopta la fórmula contrato de interés público, ha sido para referirse a aquellas 'grandes contrataciones' susceptibles de comprometer gravemente el patrimonio económico de la República, de exponerla a pérdidas graves o inclusive a reclamaciones internacionales que pudieran llegar a atentar contra la soberanía o la integridad del país (*Cfr*. José Melich Orsini, "La Noción de Contrato de Interés Público", en *Revista de Derecho Público* Nº 7, Caracas, 1981, p. 61).
>
> Profundizando en el criterio cuantitativo acogido por la última de las interpretaciones referidas, se ha advertido en distintos análisis respecto del sentido que ha de atribuírsele que la noción de contrato de interés público, que la gran preocupación del constituyente, al aprobar los textos de las Constituciones antes indicadas, ha girado en torno a cuestiones como los compromisos económicos o financieros que pueden resultar a cargo del Estado, el temor a que se malgasten o dilapiden los fondos públicos, la necesidad de conservar los bienes patrimoniales o los recursos naturales del Estado, o que los mismos no sirvan para beneficiar a unos pocos en detrimento de todos, los requerimientos, inherentes a todo sistema democrático de gobierno, de control sobre los poderes de la Administración, para evitar abusos, favoritismos, etc (*Cfr*. Gonzalo Pérez Luciani, "Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público," en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, 1984, p. 103).
>
> La discusión doctrinal existente durante la vigencia de la Constitución de 1961, entre las expresiones contrato de interés público y contrato de interés nacional, ha sido, como se indicara previamente, resuelta por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su artículo 150 estableció claramente la relación de género-especies que existe entre la noción de contrato de interés público y las nociones de contrato de interés público nacional, estadal y municipal, en las cuales lo determinante sería la participación de la República, los Estados o los Municipios."[16]

Sin embargo, esa relación género especie a la que nos hemos referido, que desglosa a los contratos de interés público en contratos de interés público nacional, contratos de interés público estadal y contratos de interés público municipal, si bien apunta a contratos celebrados en los tres niveles territoriales del Poder Público, no implica que solo se refieran a los celebrados respectivamente por "la República, los Estados o los Municipios," sino que en realidad se refieren a los celebrados en los tres niveles territoriales por los sujetos de derecho estatales que en cada uno existen, y que además de República, los Estados o los Municipios, son los institutos autónomos y las empresas del Estado que existan en cada uno de esos niveles, y que forman la Administración descentralizada en los mismos.

Ello es así, además, porque, en definitiva, en el derecho administrativo contemporáneo, lo más normal y común es que quienes por parte del Estad celebran contratos públicos son los entes descentralizados, siendo más bien la excepción que sean directamente República, los Estados o los Municipios.

---

[16] Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM.

II. EL SENTIDO DE LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LOS "CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO" Y A LOS "CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL" Y A LA APROBACIÓN Y AUTORIZACIÓN PARLAMENTARIA

El anterior, además, estimamos que es el sentido de las previsiones de la Constitución. Así resulta del primer artículo de la Constitución que trata sobre el tema de los contratos de interés público, que como se indicó es el artículo 150, en el cual se precisó que la celebración de los contratos de interés público nacional solo "requerirá la *aprobación* de la Asamblea Nacional *en los casos que determine la ley*; y que la celebración de "contratos de interés público municipal, estadal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela," siempre requerirá de "la *aprobación* de la Asamblea Nacional."

De esta previsión constitucional se derivan, en nuestro criterio, que conforme al sistema constitucional de distribución vertical o territorial del Poder Público entre "el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional" (art. 136) existen como hemos dicho, tres categorías de "contratos de interés público": los "contratos de interés público municipal," los "contratos de interés público estadal," y los "contratos de interés público nacional." Algunas normas constitucionales solo se aplican a los contratos de interés público nacional,[17] y otras se aplican en cambio a los contratos de interés público, es decir, a los contratos de interés público nacional, estadal y municipal.[18]

Lo anterior implica, *primero,* que, respecto de esos contratos de interés público, la Constitución siguiendo una larga tradición que se remonta a fines del siglo XIX, estableció un régimen de control parlamentario respecto de la celebración de dichos contratos, y que en relación con los "contratos de interés público nacional," conforme al artículo 150 de la Constitución, solo deben someterse a la aprobación de la Asamblea Nacional "en los casos que determine la ley."

Ello implica que, de acuerdo con la Constitución de 1999, tiene que haber una ley que expresamente indique que determinados contratos deben ser sometido a aprobación legislativa para que ello sea exigido, habiéndose puesto así fin, en la Constitución de 1999, a las discusiones que en el pasado existieron en el país sobre cuándo la intervención parlamentaria era necesaria. En consecuencia, de acuerdo con la norma constitucional, los contratos de interés público estadal o municipal en ningún caso requieren aprobación por la Asamblea Nacional, y en cuanto a los contratos de interés público nacional solo lo requieren, cuando lo determine expresamente una ley.

---

17 Por ejemplo, el artículo 247 de la Constitución mencionado, que dispone que "La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional." Esta previsión es aplicable solo en el caso de contratos de interés público nacional."

18 La otra norma que emplea la expresión de contratos de interés público es el artículo 151 de la Constitución, en el cual como se indicó, dispone que: "En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras." La previsión es aplicable a todos los contratos de interés público, sea que sean "contratos de interés público municipal, estadal o nacional."

En tal sentido, por ejemplo, el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece respecto de los contratos de interés público de asociación para "la constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias," que los mismos están sujetos a la *aprobación previa de la Asamblea Nacional*, "a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, deberá informarla de todas las circunstancias pertinentes a dichas constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República."[19]

Y segundo que aparte de los casos de aprobación de los contratos de interés público nacional por parte de la Asamblea Nacional en los *casos determinados en la ley*, la Constitución también exige que en todo caso de "contratos de interés público municipal, estadal o nacional" que vayan a celebrarse con "Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela," o cuando vayan a traspasarse a ellos, los mismos deben someterse a la "aprobación de la Asamblea Nacional," sin necesidad, en este caso, de que deba haber alguna ley que lo exija.

De lo anterior resulta entonces, específicamente en cuanto a la intervención del órgano legislativo en materia de celebración de "contratos de interés público," que la Constitución distingue tres supuestos:

Primero, la aprobación por la Asamblea Nacional solo es necesaria respecto de "contratos de interés público nacional," en los casos en los cuales así expresamente lo determine una ley, e independientemente del criterio que se utilice para la definición;

Segundo, la aprobación por la Asamblea Nacional, en todo caso, de "contratos de interés público municipal, estadal o nacional" cuando la contraparte del contrato sea "Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela," y

Tercero, igualmente la aprobación de la Asamblea Nacional es necesaria en todo caso de "contratos de interés público municipal, estadal o nacional" ya suscritos, cuando vayan a traspasarse a "Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela."

Ahora bien, en relación con estos tres supuestos de intervención legislativa en materia de control parlamentario respecto de contratos de interés público, como se ha indicado, además de los casos de "aprobación" parlamentaria a que se refiere el artículo 150 de la Constitución, se debe destacar que el artículo 187.9 de la misma Constitución, también se refiere al tema, pero utilizando la expresión "autorizar" en lugar de "aprobar," al disponer entre las competencias de la Asamblea Nacional está la de:

---

[19] Esta norma fue inconstitucionalmente cambiada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, asumiendo, la propia Sala, la competencia para otorgar dicha autorización previa, en la polémica sentencia Nº 156 de 29 de marzo de 2017, al decidir un recurso de interpretación que habían intentado el día anterior, el 28 de marzo de 2017, los apoderados de la Corporación Venezolana del Petróleo, SA (CVP), empresa filial de Petróleos de Venezuela, S.A. PDVSA, referido específicamente al artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Véase sobre dicha sentencia Allan R. Brewer-Carías, "El reparto de despojos: la usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del estado (sentencia Nº 156 de la Sala Constitucional), New York, 30 de marzo de 2017, en http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/04/149.-doc.-Brewer.-Usurpaci%C3% B3n-definitriva-funciones-AN-por-al-Sala-Const.-Sent-156-SC-29.3.pdf

"9. *Autorizar* al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. *Autorizar* los contratos de interés público municipal, estadal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela."

Del uso indiscriminado de las expresiones "aprobar" y "autorizar" y teniendo en cuenta que conforme a principios generales de derecho, la acción de aprobar es un mecanismo de control *a posteriori,* y en cambio, la acción de autorizar es un mecanismo de control *a priori*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la misma sentencia Nº 2241 de 24 de septiembre de 2002 Caso: *Andrés Velásquez y otros, nulidad parcial artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del sector Público*) dilucidó el tema en cuanto a lo previsto en los dos mencionados artículos 150 y 187.9 de la Constitución, sentando como criterio que en los casos de control parlamentario respecto de los contratos de interés público nacional cuando así lo determine la ley, la "aprobación" a la cual se refiere la Constitución debe otorgarla la Asamblea Nacional con posterioridad a la suscripción del contrato; en cambio, en los casos de control parlamentario respecto de los contratos de interés público nacional que vayan a suscribirse con Estados o empresas extranjeras no domiciliadas en el país, la "autorización" a la cual se refiere la Constitución debe otorgarla la Asamblea Nacional con anterioridad a la suscripción del contrato. La Sala en efecto argumentó como sigue:

"En el encabezado y en el primer aparte del artículo 150 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagraron dos supuestos de hecho distintos, que dan lugar a dos mecanismos de control por parte de la Asamblea Nacional sobre los contratos de interés público nacional celebrados por el Ejecutivo Nacional, correspondiendo el primero de ellos al ejercido por el órgano legislativo nacional *con posterioridad a la celebración del contrato –como condición de eficacia de la contratación– sólo en aquellos casos en que expresamente lo determine la ley*; y el segundo, al ejercido por el órgano legislativo nacional *con anterioridad a la celebración del contrato –como condición de validez de la contratación– en todos aquellos casos en que la República (así como los Estados y Municipios) a través del Ejecutivo Nacional, suscriba contratos con Estados, entidades oficiales extranjeras y sociedades no domiciliadas* en Venezuela." [20]

Es decir, concluyó la Sala que en el segundo caso:

"en virtud de la expresión "no podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estadal o nacional..." contenida en la primera de las referidas disposiciones constitucionales (artículo 150), debe concluirse que este segundo mecanismo de control consiste en una autorización que debe ser otorgada en forma previa a la celebración del contrato de interés público nacional, estadal o municipal por el órgano legislativo nacional, al efecto de que la contratación a celebrar pueda reconocerse como válida, de acuerdo con la Constitución."[21]

---

20 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM

21 *Idem*. La Sala, en este punto citó lo expuesto por Jesús Caballero Ortíz: "si el contrato no puede celebrarse, evidentemente, se trata de una autorización, de una *condicio iuris* para su validez, y el texto mismo de la norma confirma que se trata de un acto previo, pues –insistimos– el contrato ‹no podrá celebrarse›. Entonces, la disposición contenida en el artículo 187, numeral 9 es la que debe prevalecer y aparece correctamente redactada: corresponde a la Asamblea Nacional autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional y autorizar los contratos de interés municipal, estadal y nacional con Estado o entidades nacional extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela." Véase, Jesús Caballero Ortíz, "Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999," en *Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,* TSJ, Caracas, 2001, p. 147.

III. EL COMIENZO DE LA DEFINICIÓN RESTRICTIVA DE LA NOCIÓN DE CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL Y EL TEMA DE LA APROBACIÓN PARLAMENTARIA

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la antes referida sentencia Nº 2241 de 24 de septiembre de 2002 Caso: *Andrés Velásquez y otros, nulidad parcial artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del sector Público*), sin embargo, aparte al precisar cuándo se requiere de una autorización y cuándo de una aprobación en materia de control parlamentario sobre los contratos de interés nacional, lamentablemente y sin que ello fuera necesario para resolver el *thema decidendum*, que era –como se verá más adelante– la nulidad del último párrafo del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, comenzó el inconveniente proceso de restricción sobre la noción de contratos de interés nacional, expresando su criterio de que con las previsiones de la Constitución de 1999 se:

> "eliminó la distinción que la Constitución de la República de Venezuela de 1961 establecía entre contratos de interés público y contratos de interés nacional, por cuanto de la letra misma de los artículos 150 y 187, numeral 9, antes citados, se evidencia la adopción por el constituyente de la categoría genérica "contratos de interés público," de la cual serían especies las de contratos de interés público "nacional, "estadal" y "municipal", siendo así irrelevante en el presente caso entrar a examinar las distinciones o similitudes que en el pasado pudieran haberse formulado entre nociones jurídicas que, en la actualidad, se encuentran debidamente formuladas por el Texto Constitucional;"

agregando, sin embargo, que:

> "La discusión doctrinal existente durante la vigencia de la Constitución de 1961,[22] entre las expresiones contrato de interés público y contrato de interés nacional, ha sido, como se indicara previamente, resuelta por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su artículo 150 estableció claramente la relación de género-especies que existe entre la noción de contrato de interés público y las nociones de contrato de interés público nacional, estadal y municipal, en las cuales lo determinante sería la participación de la República, los Estados o los Municipios."[23]

En realidad, lo determinante en la Constitución para identificar los contratos de interés público no es la participación de la República, de los Estados o de los Municipios, sino que lo determinante es la participación de las personas estatales de derecho público o de derecho

---

[22] Véase por ejemplo, lo expuesto antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, entre otros, por: Allan R. Brewer-Carías, "La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos," en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, pp. 61-11; "Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, p. 306; Eloy Lares Martínez, *"*Contratos de Interés Nacional", en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet,* Tomo I, Caracas, UCV, 1981, p. 117; *José Melich Orsini, "*La Noción de Contrato de Interés Público,*"* en *Revista de Derecho Público Nº 7, Caracas, 1981,* p. 61; Allan R. Brewer-Carías, "Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa" *en Revista de Derecho Público,* Nº 11, Caracas, 1982, pp. 40-54; *Allan R. Brewer Carías, Estudios de Derecho Público*, Tomo I, Caracas, 1983, pp. 186 y 187; *Gonzalo Pérez Luciani, "*Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público," en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez,* Tomo I, Caracas, 1984, p. 103; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos,* Caracas, 1992, pp. 28-36; Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente,* Tomo II, Caracas, 1999, p. 173.

[23] Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM

privado de los tres niveles territoriales, y que además de la República, los Estados o los Municipios, son, por ejemplo, los institutos autónomos o las empresas del Estado de los tres niveles territoriales.

Sin embargo, la Sala Constitucional, haciendo referencia de nuevo a las discusiones doctrinales que había habido en el pasado sobre la distinción entre contratos de interés público y contratos de interés público nacional, en la misma sentencia procedió a elaborar una marco definitorio de los "contratos de interés público" y de los "contratos de interés público nacional," de carácter restrictivo, indicando que "son subsumibles" en el género de los contrato de interés público "todos aquellos contratos celebrados por la República, los Estados o los Municipios en los cuales esté involucrado el interés público nacional, estadal o municipal," y que:

> "estarán incluidos dentro de la especie de contratos de interés público nacional, todos aquellos contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan solo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estadal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estadal o municipal contratante, que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación."

Toda esta precisión terminológica que se hizo en la sentencia, y la restricción de la noción de los contratos de interés público, a los solos celebrados por la República, los Estados y los Municipios, excluyendo de la calificación a los celebrados por los institutos autónomos y las empresas del Estado, con lo cual la noción de contrato de interés público pasó a ser solo una categoría de los contratos públicos, en realidad no tenía ninguna justificación o necesidad de ser establecida para resolver lo que se había demandado, que era solo la nulidad del último párrafo del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público porque, como se comenta de seguidas, permitía que se pudieran celebrar contratos de interés público con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, sin la autorización previa de la Asamblea Nacional; y lo único que originó fue confusión, pues con la inconveniente definición restrictiva que dio la Sala, los contratos de interés nacional quedaron reducidos a los celebrados solo por la "República," excluyéndose de dicha categoría de contratos de interés público nacional, a los que puedan celebrar las entidades descentralizadas, como los institutos autónomos y empresas del Estado, los cuales, por lo demás, en la mayoría de los casos son los más importantes, siendo casi excepcional que los grandes contratos del Estado se firmen directamente por el Ejecutivo Nacional, teniendo como contraparte a la República. Piénsese solo en el campo de la industria nacionalizada más importante del país, que es la actividad más importante del Estado, que es la industria petrolera, en la cual todos los contratos se celebran de parte del Estado, por Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, en tal carácter de empresas del Estado nacionales. Sin embargo, conforme al criterio restrictivo adoptado por la Sala Constitucional, esos contratos no serían "contratos de interés público nacional lo que no tiene mayor sentido en derecho administrativo.

En todo caso, sobre la innecesaria y restrictiva definición adoptada por la Sala Constitucional, en su momento advertimos que la misma excluía "de la denominación a los contratos públicos suscritos por los institutos autónomos o empresas del Estado; doctrina que no compartimos," indicando que:

"Al contrario, en nuestro criterio, los contratos suscritos por ejemplo por institutos autónomos o empresas del Estado nacionales, tienen que ser considerados como "contratos de interés público nacional" conforme al artículo 150 constitucional. Lo contrario no tiene sentido, y conduciría a considerar de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo que, por ejemplo, un contrato suscrito por Petróleos de Venezuela (PDVSA) no podría considerarse como un contrato de interés público nacional, lo que, insistimos, no tiene sentido alguno. A pesar de esa errada doctrina, sin embargo, y sin duda, ese contrato es un contrato de interés público, es decir, es un contrato público nacional suscrito por una entidad pública estatal, en particular, una empresa del Estado o persona jurídica de derecho privado estatal."[24]

En todo caso, y a los efectos de dejar clarificado lo resuelto en la sentencia Nº 2241 de 24 de septiembre de 2002, hay que insistir en que lo que se discutió fue la nulidad de la última parte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público vigente para ese momento, pero no en relación con alguna supuesta aprobación parlamentaria de cada contrato de crédito público como contrato de interés público nacional, como había ocurrido en el pasado, lo que no se estableció en dicha la Ley Orgánica; sino en relación con el mecanismo de intervención parlamentaria previsto en dicha Ley Orgánica consistente en dos fases: primero, la sanción de una ley anual de endeudamiento conjuntamente con la sanción de la ley de presupuesto, y segundo, un sistema de información periódica –y no de autorización previa– por parte del Ejecutivo Nacional a la Asamblea Nacional de las operaciones de crédito público. En dicha norma, en efecto, se estableció lo siguiente en su último aparte que:

Artículo 80. […] Una vez sancionada la ley de endeudamiento anual, el Ejecutivo Nacional procederá a celebrar las operaciones de crédito público en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse e informará periódicamente a la Asamblea Nacional"

Este último párrafo del artículo fue el que fue demandado en nulidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, por los Sres. Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez, por considerar que la norma violaba los artículos 150 y 187.9 de la Constitución, al estimar que la misma facultaba "al Ejecutivo Nacional a realizar, sin necesidad de autorización previa por parte de la Asamblea Nacional, operaciones de crédito público en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse, una vez sancionada la ley de endeudamiento anual," aun cuando se tratara de contratos de crédito público celebrados con "Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela."

En la sentencia, la Sala Constitucional consideró que:

"la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público únicamente puede autorizar al Ejecutivo Nacional a celebrar operaciones de crédito público mediante la sola aprobación de la Ley de Endeudamiento para el Ejercicio Fiscal respectivo, sin necesidad del control consagrado en los artículos 150 y 187, numeral 9, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando tales operaciones consistan en, por ejemplo, la emisión o colocación de títulos o la celebración de contratos de interés público nacional con sociedades

---

[24] Véase en Allan R. Brewer-Carías, "Sobre los contratos del Estado en Venezuela," en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo,* Nº 6, Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207-252; "Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela", en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Contratos Administrativos. Contratos del Estado,* Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, 2006, pp. 449-479, y en *Revista de Derecho Administrativo (RDA)*, Círculo de Derecho Administrativo (CDA), Año 1, Nº 2, Lima, diciembre 2006, pp. 46-69; y "Los contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de aplicación," en Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley de Contrataciones Públicas*, 2ª Edición Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 13 ss.

> domiciliadas en Venezuela, pero no cuando tales operaciones impliquen la celebración de contratos de interés público nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela, pues en tales casos es ineludible la aplicación del sistema del control previo o autorización para la contratación por parte de la Asamblea Nacional."

De ello, concluyó entonces la Sala, en su sentencia, anulando la última parte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, por considerar que mediante la misma, al no haberse fijado una excepción o referencia al control preceptivo (autorización) por parte de la Asamblea Nacional sobre la celebración por parte del Ejecutivo Nacional en el marco de operaciones de crédito público de contratos de interés público nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela, sino en lugar de ello preverse "una autorización general mediante la aprobación de la Ley de Endeudamiento Anual y un régimen de información periódica a la Asamblea Nacional, resultó vulnerado el sentido, propósito y razón de las disposiciones constitucionales" contenidas en los artículos 150 y 187.9 de la Constitución.

Es decir, la Sala consideró que el último aparte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, contrariaba:

> "en forma directa y manifiesta lo establecido en los artículos 150, primer aparte, y 187, numeral 9, segunda parte, de la Constitución, al no consagrar la obligación constitucional del Ejecutivo Nacional de requerir la autorización de la Asamblea Nacional para la celebración de contratos de interés público nacional, en el marco de operaciones de crédito público, *cuando dichos contratos sean celebrados con Estados, entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela*."

Y en consecuencia, como la norma citada, "una vez sancionada la Ley de Endeudamiento Anual, podía efectuar operaciones de crédito público que no implicaran la celebración de contratos de interés público nacional con Estados, entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela, las cuales son fundamentales para el normal funcionamiento de los órganos y entes que conforman el Estado," la Sala anuló el párrafo impugnado del artículo 80 de la mencionada Ley, resolviendo que dicha norma a partir de la sentencia "quedó redactada" como sigue:

> Artículo 80. […]. Una vez sancionada la ley de endeudamiento anual, el Ejecutivo Nacional podrá celebrar operaciones de crédito público en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse e informará periódicamente a la Asamblea Nacional, salvo aquellas que impliquen la celebración de contratos de interés público nacional, estadal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, en cuyo caso se requerirá la autorización previa de la Asamblea Nacional."

Para llegar a esta conclusión, sin embargo, es evidente que no era necesario entrar en una disquisición, como la antes comentada, sobre la noción de contratos de interés nacional, que lo único que logró fue sembrar confusión, permitiendo que una década después se reforzara la definición restrictiva de los contratos de interés público nacional, con el propósito específico de reducir los poderes de control de la Asamblea Nacional sobre el gobierno y la Administración Pública, particularmente cuando a partir de 2016 ello se convirtió en política de Estado, al haber pasado la Asamblea a estar controlada por la oposición. Como ello implicaba la posibilidad de que efectivamente el órgano legislativo comenzara a efectuar actividades de control político respecto de las acciones del gobierno y de la Administración Pública; lo que había dejado de realizar en la década precedente por el control mayoritario que desde 2005 el gobierno había ejercido respecto de la Asamblea, corres-

pondió entonces al Tribunal Supremo, en combinación con el Poder Ejecutivo, anular a la Asamblea Nacional lo que calificamos como la implantación de una dictadura judicial.[25]

IV. LA CONTINUACIÓN DE LA DEFINICIÓN RESTRICTIVA DE LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL ADOPTADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, EN EL MARCO DE LA REDUCCIÓN JUDICIAL DE LOS PODERES DE CONTROL DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Y fue precisamente en ese marco de activismo judicial restrictivo de las funciones de la Asamblea Nacional que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó una nueva sentencia de definición restrictiva de los contratos de interés nacional, pero en este caso con el propósito específico de asegurar la exclusión del control parlamentario respecto de determinados contratos de préstamo celebrados por el Banco Central de Venezuela.

Como se trataba de una persona de derecho público que integra la Administración descentralizada, para el logro del objetico, era necesario reducir de nuevo el ámbito de los contratos de interés público a los solo celebrados por las personas de derecho público territoriales (República, Estados y Municipios), excluyendo de la noción los contratos celebrados por las entidades descentralizadas, incluyendo las empresas del Estado, lo que en nuestro criterio seguía siendo contrario al sentido de lo regulado en la materia en la Constitución.

La Sala Constitucional, para lograr su objetivo, al conocer de recurso de interpretación constitucional de los mencionados artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución que había sido interpuesto por una ciudadana, el 8 de julio de 2016, en tiempo récord, luego de que el representante del banco Central presentase un escrito una semana después, el 14 de julio de 2016, unos días después admitió la demanda, y la decidió el mismo día, dictando la sentencia Nº 618 de 20 de julio de 2016 (caso: *Brigitte Acosta Isasis*, "*Interpretación Constitucional de los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución),*[26] procediendo con la misma a confirmar la interpretación restrictiva que había dado sobre los contratos de interés nacional en la antes mencionada sentencia Nº 2.241 del 24 de septiembre de 2002 (caso: *Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez, Anulación del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público*).[27]

La Sala en efecto, en esta sentencia, argumentó que la noción de "contratos de interés público nacional" utilizada en los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución, había sido reducida en su aplicación a solos los contratos de interés público nacional *suscritos por* la *República*, directamente, excluyendo de tal calificación, todos los contratos suscritos por los diversos entes de la Administración Pública Nacional descentralizada, es decir, por los institutos autónomos y empresas del Estado, que como se ha dicho son la gran mayoría de los que se celebran en el mundo contemporáneo por entes del Estado; logrando con ello excluir específicamente de la necesidad de la aprobación parlamentaria prevista en la Ley Orgánica

---

25 Véase en relación con todas las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo cercenándole las funciones a la Asamblea nacional: Allan R. Brewer-Carías, *La consolidación de la Tiranía Judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo*, asumiendo el poder absoluto, Colección Estudios Políticos, Nº 15, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas / New York, 2017; y. La Dictadura Judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017.

26 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML

27 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM

de Administración Financiera del Sector Público para los contratos de deuda pública, a los contratos de préstamo suscritos por el Banco Central de Venezuela como persona de derecho público de rango constitucional, con entidades extranjeras.

El recurso de interpretación formulado, así como el escrito de adhesión al mismo que presentó el apoderado del Banco Central de Venezuela, en efecto tenía por objeto específico lograr que la Sala Constitucional decidiera que el Banco Central de Venezuela quedaba excluido del control parlamentario respecto de la firma de contratos de interés nacional que suscribiera, específicamente en materia de crédito público, así como del control jurídico que corresponde a la Procuraduría General de la República, respecto de dichos contratos de interés nacional conforme a la Constitución. La Sala, en efecto, concluyó su decisión afirmando que:

> "el potencial contrato de préstamo a ser suscrito por el Banco Central de Venezuela con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), se realiza en ejecución de un Convenio Internacional suscrito y ratificado por La República Bolivariana de Venezuela (Ley Aprobatoria del Convenio para el Establecimiento del Fondo Latinoamericano de Reservas, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 34.172 del 6 de marzo de 1989) y en consecuencia, *no debe considerarse como un contrato de interés público nacional*, y, por ende, no está sujeto a la autorización de la Asamblea Nacional, ni requiere la consulta a la Procuraduría General de la República, órgano asesor del Ejecutivo Nacional, tal como expresamente lo consagra el artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela."

Para decidir, la Sala declaró incluso inadmisible el recurso de interpretación formulado por la abogado recurrente, por falta de legitimación, y en cambio admitió el escrito de adhesión del apoderado del Banco Central de Venezuela, donde argumentó en síntesis que "de manera indefectible" el artículo 150 de la Constitución no era aplicable al Banco Central y que:

> "es falsa la afirmación que suele hacerse respecto a que la totalidad de contratos que impliquen de algún modo el endeudamiento de la nación por ser operaciones de crédito público, son susceptibles de catalogarse como contratos de interés público."

Con la sentencia, sin embargo, a petición en definitiva del propio Banco Central de Venezuela, la Sala Constitucional, a los efectos de excluirlo del control parlamentario por parte de la Asamblea Nacional, lo que hizo fue reducir de nuevo los contratos de interés nacional regulados en las normas constitucionales a sólo los celebrados por la "República" llegando a afirmar que "con la entrada en vigencia del Texto Constitucional de 1999, no se indicó el sentido que debía atribuírsele a la noción de contrato de interés público nacional."

V. SOBRE LAS RAZONES DE LA INCLUSIÓN DE LA NOCIÓN DE CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL EN EL ARTÍCULO 150 EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU DESCONOCIMIENTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL

La anterior afirmación incluida en la sentencia de 2016, sin embargo, es sencillamente falsa, y lo que evidencia es que la Sala Constitucional, para "interpretar" la norma constitucional del artículo 150 no acudió a estudiar la primera de las fuentes de interpretación es este caso, que era la documentación que justificaba la propuesta misma de preservar e incluir esa norma en la Constitución, y así determinar la intención del constituyente.

Lo cierto es que a mí me correspondió, como miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, proponer formalmente que se mantuviera en el texto en la Constitución de 1999, el del artículo 127 de la Constitución de 1961, y por tanto que se preservara e incluyera la misma previsión como artículo 150 de la nueva Constitución, confrontando, con ello, la

propuesta que había formulado el Presidente Hugo Chávez, quien buscaba eliminar la norma y sustituirla por otra previsión menos protectiva de los intereses púbicos.[28] En la propuesta que formulamos, específicamente sobre la noción de contrato de interés nacional, indicamos lo siguiente:

> "En relación con el artículo 127 de la Constitución, ante todo, resulta necesario precisar qué ha de entenderse por contrato de interés público (Véase Allan R. Brewer-Carías, "Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa", *Revista de Derecho Público,* N° 11, Caracas 1982, p. 49 y ss.), a los efectos de determinar a cuáles se aplica esta cláusula.
>
> La Constitución, en efecto, se refiere a la noción de contratos de interés público, en genérico, como sucede en el artículo 127; y aparte especifica las especies de contratos de interés público, al indicar que pueden ser de interés público nacional, de interés público estadal o de interés público municipal (art. 126).
>
> La noción de interés público, por tanto, es de carácter genérico, en contraste con las especies (nacional, estadal o municipal), lo que resulta de la forma Federal del Estado conforme a la distribución vertical del Poder (nacional, estadal y municipal).
>
> Por ello, el texto constitucional habla de interés público nacional, de interés público estadal y de interés público municipal, para hacer referencia a un solo interés público que concierne a los tres niveles territoriales.
>
> Por tanto, contratos de interés público son los contratos suscritos por la República, cualquiera que sea su contenido, y también todos los contratos suscritos por los Estados y por los Municipios, y por sus entes descentralizados de derecho público. Por lo demás, esta noción de interés público, que engloba los tres niveles territoriales, tiene relación con otros aspectos fundamentales del Derecho Público Venezolano, como el concepto de Estado o el de Poder Público.
>
> De lo anterior resulta que contrato de interés público, en la Constitución de 1961, es todo contrato suscrito por los entes públicos territoriales, cualquiera que sea su naturaleza y contenido, es decir, por la República, los Estados y los Municipios, y aún más, también, por los entes descentralizados de derecho público de esos tres niveles. Por tanto, un contrato suscrito por un instituto autónomo nacional, estadal o municipal, también puede considerarse como contrato de interés público."[29]

Precisamente por esta noción amplia de contrato de interés público, la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia dictada el 17 de agosto de 1999 (caso: *acción de nulidad del Acuerdo del Congreso estableciendo las condiciones de contratación de los contratos de la "Apertura Petrolera"*), dictada cuando estábamos en pleno debate en la Asamblea Nacional Constituyente, consideró a los contratos de la apertura petrolera celebrados por PDVSA y las empresas del Estado subsidiarias, evidentemente, como contratos de interés público nacional.[30]

---

28 Véase "Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula calvo en los contratos de interés público (Comunicación enviada a los presidentes de las Comisiones de Integración y Relaciones con la Comunidad Internacional, de la Comisión de Poder Público Nacional, de la Comisión de lo Económico y Social y de la Comisión Constitucional el 08-09-1999)," en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* Tomo I (8 agosto /8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233

29 *Ídem*. Véase también en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, Colección Estudios Jurídicos, Nº 100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, p. 78.

30 Véase el texto de la decisión de la Corte en Pleno de 17 de agosto de 1999 en Allan R. Brewer-Carías (Comp.), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999),* Caracas 2004, dis-

Todo ello estaba acorde con lo que habíamos definido hace tiempo sobre el tema, al expresar:

> "La expresión "interés nacional", para calificar determinados contratos, sin duda constituye un concepto jurídico indeterminado o impreciso que, establecido en el texto constitucional, da amplio margen al legislador para determinar o precisar, discrecionalmente, su contenido. Por tanto, en definitiva, determinar con precisión qué es "interés nacional" (artículos 101 y 126), "interés público" (artículo 127), "conveniencia nacional" (artículo 97), "interés social" (artículos 96 y 105), "función social" (artículo 106), es una tarea que corresponde al legislador.
>
> Por tanto, ante todo, un contrato será de "interés nacional" cuando así lo determine el legislador. Sin embargo, no es frecuente que la ley califique expresamente, en los términos del artículo 126 de la Constitución, a un contrato "como de interés nacional". Por ello, los esfuerzos doctrinales que se han hecho tendientes a determinar su naturaleza, por contraposición a unos contratos que no son de interés nacional, y que podemos resumir como sigue:
>
> 1. Podría decirse, así, que contrato de interés nacional, es aquel que interesa al ámbito nacional (en contraposición al ámbito estadal o municipal), porque ha sido celebrado por una persona jurídica estatal nacional, de derecho público (la República o un instituto autónomo) o de derecho privado (empresa del Estado). Por tanto, no serán contratos de interés nacional aquellos que son de interés estatal o municipal, porque sean celebrados por personas jurídicas estatales de los Estados o de los Municipios, incluyendo los Institutos Autónomos y empresas del Estado de esas entidades político-territoriales. Esta parece ser la interpretación más directa respecto a lo que se entiende, en el artículo 126 de la Constitución, por "interés nacional", contrapuesto a "interés estadal", o "interés municipal".
>
> Todos los contratos de interés nacional, estadal o municipal, serían, por supuesto, contratos de "interés público" (artículo 127),[31]en el mismo sentido que la noción de Poder Público (Título IV de la Constitución) comprende al Poder Nacional, a los Poderes de los Estados y al Poder Municipal.
>
> De acuerdo a este criterio, los contratos celebrados por un Estado miembro de la Federación o sus Institutos Autónomos o empresas del Estado estadales, o por un Municipio o sus Institutos Autónomos o empresas del Estado municipales, no serían contratos de interés nacional, en los términos del artículo 126 de la Constitución.
>
> En nuestro criterio, en ausencia de una precisión del legislador sobre qué ha de entenderse por "interés nacional", la única interpretación que admite el texto constitucional para identificar los "contratos de interés nacional" son los que corresponden al ámbito nacional, por contraposición al estadal o municipal. Por eso, en principio, aquéllos requieren aprobación del Congreso (órgano que ejerce el Poder Legislativo Nacional) (Título V) y éstos no lo requieren. Los contratos de interés de los Estados o Municipios, por tanto, son contratos que no serían de interés nacional."[32]

Sin embargo, ignorando el sentido de la fundamentación de la propuesta formulada para que se incorporara en la Constitución la norma del artículo 150 que regula la materia, ya en la sentencia citada de la Sala Constitucional Nº 2.241 del 24 de septiembre de 2002, indicó falsamente que:

---

ponible en www.allanbrewercarias.com (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, Nº 22, 2004), pp. 280-328.

31 Véase Eloy Lares Martínez, "Contratos de interés nacional", en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Universidad Central de Venezuela, Tomo I, Caracas 1981, p. 117.

32 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos, Nº 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

> "la Constitución vigente no indica qué sentido ha de atribuírsele a la noción de contrato de interés público, motivo por el cual esta Sala, tomando en consideración las interpretaciones previamente examinadas, en tanto máximo y último intérprete del Texto Constitucional, considera que son subsumibles en dicho género todos aquellos contratos celebrados por la República, los Estados o los Municipios en los cuales esté involucrado el interés público nacional, estadal o municipal."[33]

Esta interpretación de la Sala Constitucional, adoptada de paso, como se dijo, al decidir sobre una demanda de nulidad del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público en la sentencia citada N° 2.241 del 3 de septiembre de 2002, en realidad fue contraria a intención de la regulación constitucional que fue, como lo hemos explicado, la de considerar "como contratos de interés público nacional, a aquellos concernientes al nivel nacional de gobierno (diferente a los niveles estadales y municipales de gobierno), porque son suscritos por entidades públicas nacionales, es decir, por la República o institutos autónomos nacionales o empresas del Estado nacionales."[34]

Y en el mismo sentido en contra del sentido de las regulaciones constitucionales, e ignorando de nuevo lo que motivó la propuesta de inclusión de la norma del artículo 150 en la Constitución de 1999, la Sala Constitucional se pronunció en la sentencia Nº 618 de 20 de julio de 2016 (caso: *Brigitte Acosta Isasis, Interpretación Constitucional de los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución*), al resolver, sin realmente interpretar nada, si un contrato de préstamo que el Banco Central de Venezuela tenía planeado suscribir con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), debía o no considerarse como contrato de interés nacional y debía o no requerir de la autorización previa de la Asamblea Nacional, "precisó los elementos esenciales que imprimen a los contratos, el carácter de interés público nacional," indicando que a su juicio eran los siguientes:

> "1. Que sean celebrados por la República, a través de los órganos que componen al Ejecutivo Nacional competentes en esta materia.
>
> 2. Que su objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado Venezolano.
>
> 3. Que satisfagan los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan sólo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estadal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estadal o municipal contratante.
>
> 4. Que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquel en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede generar en la vida económica y social de la Nación."[35]

---

33 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM

34 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Sobre los Contratos del Estado en Venezuela," en *Derecho Administrativo Iberoamericano (Contratos Administrativos, Servicios públicos, Acto administrativo y procedimiento administrativo, Derecho administrativo ambiental, Limitaciones a la libertad*), IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, 2010, pp. 837-866; y en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo,* Nº 6, Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207-252.

35 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML

VI. LA EXCLUSIÓN DEL CONTROL PARLAMENTARIO SOBRE CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL CELEBRADOS POR LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL

Con base en la anterior reiteración de criterios, al analizar el primero de los "elementos esenciales" que según la Sala Constitucional le imprimen a un contrato de interés público el carácter de contrato de interés púbico nacional, y es que sea suscrito solo por la República, la misma constató de acuerdo con las previsiones de la Constitución y de la Ley del Banco Central de Venezuela, sobre dicha institución, que dicho Banco Central de Venezuela:

> "es una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, de naturaleza única, con plena capacidad pública y privada, integrante del Poder Público Nacional, con patrimonio propio, […] dotado de autonomía para el ejercicio de las políticas de su competencia, que no forma parte ni de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada funcionalmente, sino que, atendiendo a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que lo regulan y que han sido desarrolladas por la Ley Especial que lo rige, forma parte de la llamada Administración con autonomía funcional, la cual constituye un elemento fundamental para el cumplimiento de los fines que la ley le asigna; por lo que, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propio y diferente del común aplicable a las demás entidades públicas o privadas. Así se declara."[36]

No siendo la República la que iba a suscribir el contrato de préstamo en cuestión, sino el Banco Central de Venezuela, la Sala constitucional, sobre si el contrato de préstamo que tenía previsto suscribir esta institución estaba o no exceptuado de la autorización parlamentaria para las operaciones de crédito público (art. 101, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público), la misma consideró entonces que resultaba "forzoso concluir" que dicha institución "no requiere de autorización para realizar operaciones de crédito público." Y en cuanto al contrato de préstamo a celebrarse con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), la Sala concluyó que:

> "se realiza en ejecución de un Convenio Internacional suscrito y ratificado por La República Bolivariana de Venezuela (Ley Aprobatoria del Convenio para el Establecimiento del Fondo Latinoamericano de Reservas, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela Nº 34.172 del 6 de marzo de 1989) y en consecuencia, no debe considerarse como un contrato de interés público nacional, y, por ende, no está sujeto a la autorización de la Asamblea Nacional, ni requiere la consulta a la Procuraduría General de la República, órgano asesor del Ejecutivo Nacional, tal como expresamente lo consagra el artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela."[37]

De nuevo, siendo el objetivo de la demanda de interpretación el excluir del control parlamentario por parte de la Asamblea Nacional al contrato de préstamo que el Banco Central de Venezuela suscribiría con Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR) creado por un Convenio internacional que había sido aprobado mediante Ley, la verdad es que tampoco se requería volver a definir en forma restrictiva a los contratos de interés público nacional en su sentencia.

En realidad, con todo ello, en relación con la noción de contratos de interés nacional, lo que hizo la Sala Constitucional fue sentar las bases para definitivamente vaciar dicha noción de contenido, reduciéndola a sr aplicada solo a los contratos suscritos directamente por la República, es decir, por el Presidente de la República o los Ministros directamente. Por ello, refiriéndose al control de la Asamblea Nacional sobre los contratos públicos, la Sala argumentó que:

---

36 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML

37 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML

> "Las disposiciones constitucionales transcritas definen la potestad de control que tiene la Asamblea Nacional, sobre los contratos de interés público que suscriba el Ejecutivo Nacional, cuya celebración estará supeditada, en los casos que establezca la Ley, a la autorización que debe otorgar el referido cuerpo legislativo nacional."

Con esta sentencia, en definitiva, la noción de contrato de interés nacional en cuanto a las funciones de control por parte de la Asamblea Nacional, perdió totalmente de sentido, pues como es bien sabido, el grueso de los contratos del Estado que se celebran, precisamente, se hacen a través de las entidades descentralizadas del Estado.

Por tanto, al analizar "el potencial contrato de préstamo a ser suscrito por el Banco Central de Venezuela con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR)," sobre si "pudiera considerarse como un contrato de interés público nacional, y, por ende, sujeto a la aprobación de la Asamblea Nacional y que requiera la consulta a la Procuraduría General de la República," la Sala consideró que se debían "configurar concomitantemente los elementos para calificarlo como de interés público nacional," sentados en la sentencia mencionada de 2002. En consecuencia, como el mencionado "potencial contrato de préstamo a ser suscrito por el Banco Central de Venezuela con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR)," no iba a ser celebrado por "*la República, a través de los órganos que componen al Ejecutivo Nacional competentes en esta materia*," sino por el Banco Central, entonces, la Sala simplemente concluyó que no era un contrato de interés público nacional.

Y ello, particularmente porque se iba a celebrar por el Banco Central de Venezuela que era "una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, de naturaleza única, con plena capacidad pública y privada, integrante del Poder Público Nacional, con patrimonio propio" que, además, en criterio de la Sala:

> "no forma parte ni de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada funcionalmente, sino que, atendiendo a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que lo regulan y que han sido desarrolladas por la Ley Especial que lo rige, forma parte de la llamada Administración con autonomía funcional, la cual constituye un elemento fundamental para el cumplimiento de los fines que la ley le asigna; por lo que, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propio y diferente del común aplicable a las demás entidades públicas o privadas. Así se declara."

O sea, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, estando al servicio del Poder Ejecutivo Nacional como lo ha estado en los últimos lustros, no sólo minimizó todo tipo de control de la Asamblea Nacional sobre el Banco Central de Venezuela al declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Reforma de la ley reguladora de la institución en la sentencia sentencia Nº 259 de 31 de marzo de 2016,[38] sino que con el objeto de coartar aún más las funciones de la Asamblea Nacional, y excluir los contratos de interés público nacional que celebre el Banco Central de cualquier posibilidad de control parlamentario conforme al artículo 150 de la Constitución, distorsionó en forma general una noción tan tradicional e importante del derecho administrativo como es la de contratos de interés nacional, vaciándola materialmente de todo contenido efectivo.

---

[38] Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186656-259-31316-2016-2016-0279.HTML. Véanse los comentarios sobre dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, "La sentencia de muerte de la Asamblea Nacional. El caso de la nulidad de la Ley de reforma del BCV. Marzo 2016," en http://www.allanbre-wercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/ Content/Brewer.%20La%20sentencia%20de%20muerte%20AN.%20Sentencia%20SC%20Ley%20BCV.pdf.

VII. CONCLUSIÓN: LAS INCONVENIENTES CONSECUENCIAS DE LA ELIMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CALIFICACIÓN COMO "CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL" DE LOS SUSCRITOS POR LOS ENTES DESCENTRALIZADOS DEL ESTADO, EN PARTICULAR EL ABANDONO EN LOS MISMOS DEL PRINCIPIO DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE LA LLAMADA "CLÁUSULA CALVO"

La más notoria consecuencia de las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, antes citadas Nº 618 de 20 de julio de 2016 (caso: *Brigitte Acosta Isasis*, "*Interpretación Constitucional de los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución),*[39] y Nº 2.241 del 24 de septiembre de 2002 (caso: *Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez, Anulación del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público*),[40] al haber reducido la noción de "contratos de interés público" a solo los suscritos por la República, los Estados y los Municipios, y en consecuencia, al haber reducido la noción de "contratos de interés público nacional" a los suscritos solo por la República, es que respecto de los contratos públicos suscritos por los entes públicos nacionales descentralizados, por ejemplo, el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomo y las empresas del Estado, materialmente los artículos 150, 151, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución no tienen aplicación alguna respecto de los mismos:

Primero, respecto de lo establecido en el primer párrafo del artículo 150 y 187.9, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial señalada es que la ley solo podría determinar la necesidad de la aprobación de la Asamblea Nacional respecto de los contratos de interés público nacional que son los suscritos por la República, y en particular, por el Presidente de la República de acuerdo con el artículo 236.14 de la Constitución, pero respecto de dicho requisito podría incluso interpretarse que no podría ser exigido por ley, respecto de los contratos públicos nacionales suscritos por los entes públicos descentralizados nacionales, como son el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales.

Segundo, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 150 y en el 187.9, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial señalada es que los contratos públicos que suscriban los entes públicos nacionales, como son el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, pueden suscribirse libremente con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, e incluso traspasarse a ellos sin que sea necesario obtener la autorización de la Asamblea Nacional.

Tercero, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 151, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial señalada es que en los contratos públicos que suscriban los entes públicos nacionales, como son los el Banco Central de Venezuela, institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, no se considerará incorporada una cláusula, como sí se exige respecto de los contratos de interés público, incluyendo los de interés público nacional, "de acuerdo con la naturaleza de los mismos," y "aun cuando no estuviere expresa," conforme a la cual, "las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras."

---

39 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML

40 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM

Ello significa que respecto de los contratos públicos que suscriban los entes públicos nacionales, como son los institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, en los mismos puede establecerse libremente que el derecho que les es aplicables es algún derecho extranjero y que la jurisdicción aplicable puede ser la de los tribunales de cualquier otro Estado o la de tribunales arbitrales.

Tercero, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 247, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial señalada es que para la celebración de los contratos públicos que suscriban los entes públicos nacionales descentralizados, como son el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos, y las empresas del Estado como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, no tiene que ser consultado el Procurador General de la República, pues de acuerdo a esa norma, solo es necesaria dicha consulta para la aprobación de los contratos de interés público nacional, que de acuerdo con la sala Constitucional son los que celebre la República.

Ahora de las anteriores tres consecuencias derivadas de la interpretación jurisprudencial restrictiva establecida en las sentencias comentadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nº 2144 de 2002 y Nº 618 de 2016 sobre la noción de contratos de interés nacional, quizás la segunda es la más catastrófica en materia de principios del derecho administrativo venezolano relativos a los contratos públicos o contratos del Estado; pues significa el abandono total de los principios más tradicionales de nuestro derecho público en la materia, como son, específicamente, los de la competencia de los tribunales nacionales y de la aplicación de la ley nacional para la solución de controversias derivados de los mismos, y el de la llamada "Cláusula Calvo," por lo que se refiere a los contratos públicos celebrados por los entes descentralizados del Estado.

En efecto, en primer lugar, la errada e inconveniente interpretación jurisprudencial implica que, en dichos contratos celebrados por entes descentralizados en los tres niveles territoriales del Estado, ya no debe considerarse constitucionalmente inserta tácitamente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, la cláusula prevista en el artículo 151 de la Constitución, cuyo objeto es, primero, estipular que la interpretación, aplicación y ejecución de esos contratos debe someterse a la Ley Venezolana, y segundo, que las controversias y dudas que de ellos surjan, deben también someterse al conocimiento de los Tribunales Venezolanos, todo lo cual deriva del principio universal del derecho internacional, de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros.[41]

La cláusula del artículo 151 de la Constitución venezolana, sin embargo, desde el ángulo de la inmunidad jurisdiccional, se aparta del carácter absoluto tradicional, y encaja dentro de la llamada "inmunidad relativa de jurisdicción" de acuerdo con la naturaleza de los contratos y, además, se extiende además de a la República, a los entes públicos nacionales del Estado.[42]

El origen de esta cláusula, en el sistema constitucional venezolano, se remonta a la Constitución de 1892, en la cual se estableció lo que puede calificarse como el principio de la inmunidad absoluta, al disponer que:

---

41 Véase, Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, "Inmunidad de Jurisdicción de los Estados," en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Caracas, 1982, pp. 213 y ss.

42 Véase en general, Ian Sinclair, "The Law of Sovereign Inmunity. Recent Development", Académie International de Droit Comparé, *Recueil des Cours*, 1980, Vol. II, La Haya, 1981, pp. 201 y ss.

> Artículo 149. En todo contrato de interés público, se establecerá la cláusula, de que "las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre su inteligencia y ejecución, serán decididas por los tribunales venezolanos y conforme a las leyes de la República.

De acuerdo a esta norma del Texto Fundamental de 1893 la fórmula era distinta al texto vigente: primero, proveía la inmunidad absoluta, y segundo, prescribía la obligación de que en todo contrato de interés público se debía incorporar la cláusula, lo que difiere del sistema de la Constitución de 1999, que lo que dispone es que la cláusula se entiende tácitamente incorporada a los contratos. Aquél principio de inmunidad absoluta se cambió a partir de la Constitución de 1947 (art. 108), en la cual se lo sustituyó por un sistema de inmunidad relativa, al indicarse que la cláusula se considera incorporada en los contratos "si fuera procedente de acuerdo a la naturaleza de los mismos;" y, además, se adoptó el esquema actual de considerar incorporada la cláusula aun cuando no estuviera expresa, con lo cual no es necesario que se indique en el texto del contrato de interés público que esa cláusula forma parte del mismo, sino que en virtud de la Constitución ella está incorporada.

Sin embargo, toda esta elaboración, que concluyó con la previsión en la Constitución de 1999 aplicable a los contratos de interés público nacional (art. 151), ha sido puesta de lado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en relación con los contratos públicos celebrados por los entes descentralizados del Estado, a los cuales la Sala no se aplica.

Pero además, en segundo lugar, conforme a la interpretación de la Sala Constitucional, lo más grave es que tampoco la llamada "Cláusula Calvo" se aplica a los contratos públicos celebrados por los entes descentralizados del Estado, por ejemplo, el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos y las empresas del Estado nacionales; conforme a la cual por ningún motivo ni causa la ejecución de esos contratos puede dar origen a reclamaciones extranjeras, tal como lo establece el mismo artículo 151 de la Constitución.

El origen de esta cláusula también se remonta a la Constitución de 1893 (art. 149) en la cual, al regularse los contratos de interés público se señaló que los mismos en ningún caso podían ser motivo de reclamaciones internacionales, ratificando la improcedencia de reclamaciones diplomáticas contra el Estado Venezolano por parte de Estados extranjeros actuando por cuenta de súbditos extranjeros, los cuales hallándose en las mismas condiciones que los nacionales, si tienen alguna reclamación deben acudir únicamente ante los órganos locales cuando se puedan considerar lesionados. El objeto de la cláusula, en definitiva, es impedir que las divergencias que pudieran surgir entre partes contratantes en la cual una parte fuera un ciudadano extranjero, pudieran ser consideradas como de naturaleza internacional.

Como se sabe, la denominación de "Cláusula Calvo", derivó de la exposición que hizo Carlos Calvo, en su libro *Tratado de Derecho Internacional*, editado inicialmente en 1868,[43] en el cual, después de estudiar la intervención franco-inglesa en el Río de La Plata y la intervención francesa en México, expresó lo siguiente:

> "Además de móviles políticos, las intervenciones han tenido siempre por pretexto aparente lesiones a intereses privados, reclamaciones y pedidos de indemnizaciones pecuniarias a favor de extranjeros cuya protección no era justificada la mayoría de las veces. Según el derecho internacional estricto, el cobro de créditos y la gestión de reclamaciones privadas no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos, y como los Estados europeos siguen invariablemente esta regla en sus relaciones recíprocas, no hay razón para que no se la impongan también en sus relaciones con los otros Estados del Nuevo Mundo."[44]

---

43 Véase Carlos Calvo*, Le Droit International Théorique et Pratique*, París, 1887.

44 Véase la cita en L. A. Podestá Costa, *Derecho Internacional Público*, tomo I, Buenos Aires, 1955, pp. 445 y 446.

Incluso, la propia "Cláusula Calvo" influyó en la concepción de la llamada Doctrina Drago formulada en 1902 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, quien ante medidas de fuerza adoptadas por Alemania, Gran Bretaña e Italia contra Venezuela, formuló su tesis denegatoria del cobro compulsivo de las deudas públicas por los Estados.[45]

Por ello, cuando propusimos que se mantuviera la norma del artículo 127 en la Constitución (ahora artículo 151) estimamos que "la *Cláusula Calvo* debe ser obligatoria en los contratos que celebre la República y los demás entes de derecho público, conforme a nuestra tradición constitucional, y debe mantenerse en la nueva Constitución."[46]

---

45 Véase Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional*. Madrid, 1927.

46 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, Caracas 1999, pp. 173.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Nº 565 DEL 15 DE ABRIL DE 2008. CRÍTICAS A LA DECISIÓN QUE SIENTA LAS BASES PARA DESARTICULAR LA DESCENTRALIZACIÓN EN VENEZUELA[*]

Jorge Kiriakidis
Abogado Profesor UCAB-UMA

Resumen: *El artículo pretende dar una revisión crítica a las interpretaciones que hace la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en la decisión 565 del 15 de abril de 2008, para demostrar que sus interpretaciones sobre la naturaleza de las competencias a las que se refiere el ordinal 10 del artículo 164 (tanto aquellas que corresponden a los Estados como las que corresponden al Ejecutivo Nacional) no se corresponden –y por el contrario violentan– lo que establece la Constitución de 1999*.

Palabras Clave: *Federación, descentralización, competencias concurrentes, competencias exclusivas de los Estados, coordinación, Leyes Base, carreteras, autopistas puertos y aeropuertos.*

Abstract: *The article intends to give a critical review to the interpretations made by the Constitutional Chamber of the Venezuelan Supreme Court of Justice in decision 565 of April 15, 2008, to demonstrate that its interpretations on the nature of the competences to which the ordinal refers 10 of Article 164 (both those that correspond to the States and those that correspond to the National Executive) do not correspond –and on the contrary violate– what the Constitution of 1999 establishes.*

Key words*: Federation, decentralization, concurrent competences, exclusive competences of the States, coordination, Base Laws, highways, roads, ports and airports.*

INTRODUCCIÓN

En abril de 2008, a tan solo 8 años de vigente la Constitución de 2008 (y hace ya diez años), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció en torno a una solicitud de interpretación constitucional[1] del artículo 164 ordinal 10 de la Constitución,

---

[*] Valga señalar que, entre otros, esta sentencia ha merecido comentarios de: Brewer, Allan. "La Sala Constitucional como Poder Constituyente: la modificación de la forma federal del Estado y del Sistema Constitucional de división territorial del Poder Público" en *Revista de Derecho Público*, Nº 114, EDJV, Caracas, abril-junio 2008, pp. 249-263.

[1] Es conveniente recordar que primero por vía jurisprudencial y luego por vía legislativa, a la Sala Constitucional se ha atribuido la competencia procesal de tramitar y resolver "consultas" sobre las normas de la Constitución, que producen interpretaciones abstractas (no prevista en la Constitución e inédita en nuestro sistema constitucional), a las que, además, se les reconoce fuerza obligatoria y se les propina el trato de normas jurídicas de muy alta jerarquía (incluso constitucional),

norma que asigna a los Estados –como entidad público territorial– la competencia ***exclusiva*** en materia de *"(...) conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional.(...)"*.

La solicitud de interpretación en cuestión la había presentado un representante de la Procuraduría General de la República, y de modo general, lo que pretendía era la interpretación del alcance de la coordinación a que se refiere la parte final del ordinal transcrito.

Efectivamente la Procuraduría justificaba la solicitud de interpretación de esa norma asegurando que existía una "*incertidumbre jurídica en cuanto al alcance y límites de su competencia* [la del Ejecutivo Nacional] *respecto al numeral 10 del artículo 164 del Texto Constitucional, sin invadir las competencias atribuidas a los Estados, toda vez que* ***el precepto constitucional no es lo suficientemente claro para lograr establecer de una forma eficiente y precisa el ámbito y forma de actuación del Ejecutivo Nacional, respecto a la coordinación con los Estados*** *de la Administración, conservación y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial*."

Y de cara a ello le pedía a la Sala Constitucional "*una sentencia de mera certeza sobre el alcance y contenido de la norma constitucional*" concretamente referida a : La "*Naturaleza jurídico-constitucional de la relación de coordinación que vincula la competencia de los Estados con el Ejecutivo Nacional*", y el "Ámbito de actuación del Ejecutivo Nacional en cuanto a la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en virtud de la relación de coordinación que vincula la competencia de los Estados con el Ejecutivo Nacional".

Así el planteamiento de la consulta revela que no había dudas –y por ello no hacia parte de la solicitud de interpretación– la naturaleza ***exclusiva*** de las competencias de los Estados asignadas por esa norma constitucional, ni la naturaleza constitucional y originaria de esa atribución.

Las dudas planteadas eran en cuanto a la "naturaleza" de la relación de coordinación entre el Poder Nacional y el Poder Estadal en esta materia, y el contenido de las atribuciones del Ejecutivo Nacional en el marco de esta coordinación en específico.

Así la interpretación que se solicita va orientada a establecer **en que consiste esa coordinación a la que se refiere el ordinal 10 del artículo 164 y cuáles son las atribuciones del Poder Nacional, y muy especialmente las del Ejecutivo Nacional** –"*sin invadir las competencias atribuidas a los Estados*"– **en esa relación de coordinación de las competencias exclusivas de los Estados a que se refiere el mencionado ordinal 10 del artículo 164 de la Constitución**. En definitiva, de lo que se trataba era de definir ¿en qué consiste la participación del Poder Nacional en la coordinación de las competencias exclusivas de los Estados a que se refiere esta norma?

---

dándole así a la Sala una naturaleza de colegislador nacional (a la par de la Asamblea Nacional) o más aún de "constituyente permanente" (sobre la Asamblea Nacional) que sin dudas excede y escapa al diseño constitucional del texto de 1999. Este cuestionable mecanismo ha sido utilizado en diversas ocasiones para "reescribir" la Constitución, dando a sus previsiones contenidos y alcances que –por decir lo menos– no se parecen a lo originalmente plasmado en el texto de la Constitución. La sentencia 565 del 15 de abril de 2008, objeto de este comentario, es justamente uno de estos casos.

Ahora bien, lo que resultó de ese recurso fue una "interpretación" imposible (porque no se ajusta a lo que dice la Constitución) de lo que la norma y en general el sistema de la Constitución de 1999 plantea en torno a las competencias exclusivas de los Estados y el contenido y alcance de las relaciones de *coordinación* que, en ese marco (el referido a las competencias exclusivas de los Estados), se plantean entre el Poder Estadal y el Poder Nacional.

Pero la gravedad del asunto no es que la interpretación sea imposible por no ajustarse a lo que dice la letra de la Constitución (artículos 164 y 185 de la Constitución), es que además la interpretación es contraria al sistema de distribución de competencias y operatividad de las mismas, y en definitiva, contraria tanto a la estructura federal como a la política de descentralización que impone como mandato la Constitución (artículos 5, 164 ordinal 10 y 158 de la Constitución).

El propósito de estos comentarios es poner de manifiesto este doble exceso de la Sala (interpretar lo que no dice la Constitución e interpretar en contra de lo que dice la Constitución), y para exponerlo, comenzaremos por resumir los razonamientos de la decisión y sus conclusiones (1), luego contestaremos la interpretación que hace la Sala con a los dice la Constitución en el artículo 164 ordinal 10 y sobre la *coordinación* teniendo en cuenta lo que establece el artículo 185(2).

1. *Las conclusiones de la interpretación que hace la sala constitucional en la sentencia 565 del 15 de abril de 2008*

Aun cuando la Sentencia hace una serie de largas consideraciones introductorias, no es sino en el último tercio de la decisión donde se presenta lo que constituye la respuesta a la interpretación que le ha sido requerida. Nuestros comentarios se refieren justamente a esas conclusiones de la interpretación, que la Sala lista asignándoles letras desde la "a" hasta la "d".

A. En la primera de esas conclusiones la Sala sostiene que norma del numeral 10 del artículo 164, supone, en favor del Poder Nacional, el ejercicio de la facultad de *dictar Leyes de Bases* a las que se refiere el artículo 165.

Claro que para sostener esta conclusión la sentencia antes ha resuelto que la *competencia exclusiva* de los Estados en materia de "conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial" es en realidad una *competencia concurrente*, toda vez que el ordinal 26 del artículo 156 le asigna al Poder Nacional competencias en lo referido a "*El régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional; de los puertos, aeropuertos y su infraestructura (…)"*[2].

Y así, calificada de concurrente, esa competencia *resulta* susceptible de ser objeto de legislación Nacional de Bases.

1.2. En la segunda de las conclusiones la Sala sostiene que la norma del numeral 10 del artículo 164, supone, en favor del Poder Estadal, el ejercicio de la facultad de "conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales", así como "los puertos y aeropuertos de uso comercial".

---

[2] Textualmente señala la Sentencia lo siguiente: "*Así, se presenta en principio una concurrencia de las competencias que ostentan, tanto el Poder Público Nacional como el Estadal*."

Sin embargo, afirma el fallo, esa competencia (i) depende de la "transferencia de competencias" que haga el Poder Nacional de acuerdo con el 2 procedimiento de descentralización territorial"; y condicionada a: (ii) el contenido de las Leyes de Bases Nacionales y a (ii) la coordinación con el Ejecutivo Nacional.

La sujeción al proceso de "*transferencia de competencias*", como requisito determinante para el ejercicio de la competencia, resulta no sólo de la alteración de la naturaleza *exclusiva* a *concurrente* de estas competencias (que antes ha hecho la Sala), además depende de una curiosa argumentación previa según la cual, siendo que la República es la "propietaria" de esos bienes, ella los puede gestionar directamente o mediante entes descentralizados funcionalmente, y que solo si los transfiere a los Estados –vía proceso de descentralización territorial– estos podrán aprovecharlos y ejercer así esta competencia, que de otro modo no pueden ejercer[3].

De otra parte, hay que observar que la "coordinación con" a la que se refiere el ordinal 10, es interpretada y leída como "coordinación de" o más precisamente "bajo la coordinación de". En efecto, en sus consideraciones previas la Sala señala, (i) que conceptualmente la coordinación supone un poder de *jefatura coordinación* –que se parece mucho a la que se ejerce cuando rige el Principio de Jerarquía– que debe ejercer un órgano sobre otros[4], y además sostiene que (ii) el federalismo cooperativo diseñado por la Constitución asigna de modo implícito y en favor del Poder Nacional ese poder de *jefatura coordinación*[5].

1.3. En la tercera de las conclusiones la Sala sostiene que la norma del numeral 10 del artículo 164, supone que sólo los Estados pueden ser beneficiados o destinatarios por "descentralización territorial" de la facultad de "conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales". Sin embargo, la Sala ha dicho antes que esto "no excluye la descentralización funcional o la cogestión, sobre bienes y servicios cuya titularidad originaria mantiene la República".

---

[3] A este propósito señala textualmente: "(…) *las vías terrestres estadales*" son calificadas por el constituyente como una competencia exclusiva y originaria de los estados (Artículo 164.9), no sólo en virtud de su carácter regional, sino fundamentalmente debido a su origen demanial.

Por su parte, las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales (no Estadales) –que en la práctica son la gran mayoría, dado que históricamente los existentes en el país, han sido el resultado de la ejecución de planes de desarrollo realizados directamente por el Poder Nacional–, son bienes y servicios cuya titularidad corresponde a la República, ya que los mismos son producto de la inversión de ese ente político territorial dado su carácter de obras y servicios de interés nacional, por lo que en caso de haber sido transferidos a los Estados pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también reasumidos por el Poder Público Nacional mediante un procedimiento de reversión, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República."

[4] La sentencia afirma textualmente: "*Así pues, la coordinación implica la integración de órganos y entes a un objetivo, la jerarquía o superioridad del ente u órgano que coordina y la estandarización de la prestación de un servicio o bien público*."

[5] La sentencia afirma textualmente : "*Así, el enfoque del estado federal descentralizado consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el de un sistema en el cual en el marco de la estructura político-territorial del Estado venezolano, es inherente al nivel nacional la potestad de coordinación en relación a los niveles estadales y municipales del ejercicio del Poder Público, tanto en las materias de competencia concurrente como en aquéllas de competencia exclusiva nacional en las que de alguna forma intervengan los Estados y los Municipios*".

1.4. En la cuarta de las conclusiones la Sala sostiene que norma del numeral 10 del artículo 164, supone, en cabeza del Poder Nacional, "la obligación" de "procurar la satisfacción eficaz de las prestaciones de servicios públicos" vinculados con la materia allí referida y de "asegurar a los usuarios y consumidores un servicio de calidad y en condiciones idóneas".

Ahora bien esa obligación, que en esta conclusión, la Sala sostiene proviene de la norma que interpreta, sin embargo no aparece en modo alguno del texto interpretado, y de hecho un poco antes la misma decisión sostiene que se trata de una obligación implícita que surge de lo que establece el artículo 3 de la Constitución[6].

1.5. En la quinta y última de sus conclusiones la Sala sostiene que norma del numeral 10 del artículo 164, supone, en favor del Poder Nacional, tanto el poder de gestionar y cogestionar estos "servicios" (lo que en definitiva significa que puede ejercer directamente tales competencias) como la facultad de *revertirlos*, toda vez que "la titularidad originaria de los mismos le corresponde".

Evidentemente, la idea que plantea la Sala luce como una conclusión correcta dadas las premisas anteriores. En efecto, si estamos ante una competencia concurrente (entre los Estados y la República), si los bienes afectados a la prestación del servicio con el que se concreta el ejercicio de la competencia le pertenecen a la República, y si efectivamente a la República le corresponde velar por la correcta prestación de esos servicios, parece razonable que ella –la República– pueda retomar la actividad en determinadas circunstancias. Ahora bien, el asunto es, como veremos más adelante, que la veracidad –y más concretamente la constitucionalidad– de las premisas es francamente cuestionable.

En resumen, la interpretación que hace la sentencia de la previsión contenida en el ordinal 10 del artículo 164 es la siguiente:

Las competencias exclusivas a que se refiere el artículo 164 de la Constitución –y especialmente aquellas a las que se refiere el ordinal 10 de ese precepto– no son exclusivas sino en realidad son competencias concurrentes o cuando menos compartidas con el Poder Nacional. Aquello, debido a que –en opinión del Tribunal– los asuntos listados específicamente en el ordinal 10 del artículo 164 son especies que forman parte de un género mayor de atribuciones directamente asignadas al Poder Nacional en el ordinal 26 del artículo 156. Además, debido justamente a la inclusión del mandato de coordinación que el propio ordinal 10 incluye, lo que sin dudas supone –sin dudas para la Sala– una atribución dada al Poder Nacional –y concretamente al Ejecutivo– para ejercer la coordinación como una especia de jefatura. Eso, además, la Sala lo llama "Federalismo Cooperativo" en donde lo cooperativo se traduce

---

[6] La sentencia comentada señala a este respecto: "*Al respecto, se advierte que al constituirse la República Bolivariana de Venezuela como un Estado Social de Derecho y de Justicia, es inherente al ejercicio de sus potestades por cualquiera de los órganos del Poder Público, que su actuación debe velar por la protección y resguardo efectivo de los derechos de los ciudadanos, y propender y dirigir la misma no sólo en el ámbito social, sino en el aspecto económico con la finalidad de ir disminuyendo el desequilibrio existente en nuestra sociedad –Vid. Sentencia de esta Sala N° 85 del 24 de enero de 2002, caso: "Asodeviprilara"–.*

(…) *Así pues, se aprecia que el fin último y objeto primordial del Estado (ex artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), es el desarrollo del ser humano y la consecución de prosperidad social, siendo éste su núcleo de protección, por lo que deben disponerse y ejecutarse todas aquellas medidas necesarias y relevantes para la propensión del mismo; en caso contrario, estaríamos afirmando la existencia y creación de un ser innatural, inocuo e ineficaz de contenido y acción*."

en el poder de la Federación de dirigir e intervenir las competencias de los distintos entes territoriales que la conforman. De otra parte, la Sala abona a favor del carácter concurrente de las competencias al vincular los derechos de propiedad con la competencia, afirmando que, si las carreteras, puertos y aeropuertos son obra del Poder Nacional, le pertenecen al Poder Nacional, y eso hace que sean "competencia" del Poder Nacional. Por último, la Sala señala que ese poder de coordinación que posee el Poder Nacional le permite asumir directamente y re asumir (si han hecho objeto de transferencia previa) las competencias de los Estados, y muy especialmente aquellas referidas al ordinal 10 mencionado.

2. *Las razones por las que la interpretación que hace la Sala Constitucional no se compadecen con la Constitución*

Sucede, y seguidamente nos referimos a ello punto por punto, que lo interpretado por la Sala en relación al contenido del ordinal 10 artículo 164 de la Constitución es, como se ha dicho en un principio, diferente y contrario a lo que expresamente señala la Constitución y su diseño de la forma del Estado, el reparto de las competencias y la coordinación, como forma en la que los diferentes entes que integran el estado se vinculan o relacionan.

Para ser coherentes, la explicación que seguidamente se da sigue el orden de exposición de las conclusiones de la sentencia comentada de la Sala Constitucional.

2.1. La norma del numeral 10 del artículo 164, consagra a una competencia *exclusiva* de los Estados y no supone, en favor del Poder Nacional, el ejercicio de la facultad de dictar Leyes de Bases a las que se refiere el artículo 165.

Lo primero que se debe señalar es que el artículo 164 de la Constitución se refiere a las competencias exclusivas y constitucionalmente originarias de los Estados. La Sala se refiere a ellas señalando que son "*denominadas*" exclusivas, intentando con eso restarle énfasis a la afirmación hecha por el texto de la Constitución. Sin embargo, esa opción interpretativa no es posible. No hay duda o ambigüedad posible en lo afirmado por la Constitución, las enumeradas en el artículo 164 son competencias exclusivas de los Estados. La Constitución "denomina" a esas competencias "exclusivas" con el propósito de darle a estos asuntos un tratamiento diferente al que se propina a las competencias concurrentes y para darles el tratamiento de competencias propias y originarias. Y si bien es cierto la Constitución Venezolana no enumera las competencias concurrentes, y por ello las mismas son susceptibles de ser encontradas por vía de interpretación, no es menos cierto que en ese supuesto las únicas competencias que no pueden ser concurrentes –con toda seguridad– son aquellas que expresamente ha calificado el constituyente como competencias exclusivas.

El que sean originarias supone que –en principio– aquellas competencias pueden ser ejercidas por su titular sin requerir para ello de autorización alguna. Supone, igualmente que aquellas –las competencias– no necesitan de transferencia alguna para ser ejercidas pues su titularidad ha sido constitucionalmente asignada.

El que otra norma de la Constitución –notablemente el artículo 156– asigne al Poder Nacional una competencia que de algún modo pueda parecer vinculada, materialmente, con alguna de las listadas en el artículo 164 como competencias exclusivas en favor de los Estados, no permite sostener que hay una concurrencia. En todo caso esta circunstancia normativa obligaría al intérprete a escindir los asuntos de exclusividad de cada nivel. Pero la realidad es que no hay en este tema la identidad que la Sala pretende apreciar. En efecto, el ordinal 26 del artículo 156 se refiere a una competencia "regulatoria" ("el régimen de") es decir de naturaleza normativa (materialmente legislativa), en cambio el ordinal 10 del artículo 164 se refiere competencias de aplicación o ejecución del régimen jurídico ("la conservación, admi-

nistración y aprovechamiento") típicamente ejecutivas (materialmente administrativas). Y así, la realidad es que no existe una identidad material que pueda llevar a sostener siquiera una compartición de competencias (menos aún una concurrencia perfecta). Y en razón de eso la pretensión de la decisión de darle a estas competencias el trato (y la aplicación del régimen jurídico) de competencias concurrentes es una infracción de lo expresamente previsto en la Constitución.

Ahora bien, esto hace inviable la pretendida aplicación de la previsión contenida en el artículo 165 en torno a las Leyes nacionales de Bases y las Leyes estadales de Desarrollo, al caso de las competencias a las que se refiere el ordinal 10 del artículo 165, pues esa distribución de competencias legislativas –la que hace el artículo 165– entre el Poder Nacional y el Poder Estadal debe tener por marco la regulación de competencias *concurrentes*.

Ahora bien, es cierto que el ordinal 10 del artículo 164 se refiere a la necesidad de una "coordinación ***con*** el Ejecutivo Nacional". De primera impresión, se trata de un supuesto inusual para prever la coordinación, toda vez que se refiere a un caso donde una de las partes que interviene en la coordinación no comparte las competencias que se coordinan. No cabe pretender conducir esa coordinación a lo previsto por el artículo 165, pues no se trata de un asunto de competencias concurrentes con el Poder Nacional (que es, como se dijo antes, y según lo expresamente establecido por la Constitución, el caso previsto en el 165). El requerimiento de esa coordinación, que no prevén los restantes numerales del artículo 164, se justifica en una circunstancia fáctica que refiere la sentencia: el propietario de buena parte de las vías nacionales, los puertos y los aeropuertos del país, es la República. Por eso se requiere de una coordinación para transferir la propiedad o el uso de estos recursos, y eso debe ser hecho, en coordinación con el Ejecutivo Nacional (tal y como lo prevé la norma). Para eso, además, hay en la Constitución prevista una instancia de coordinación: el Consejo Federal de Gobierno. En efecto, el Consejo Federal de Gobierno es (conforme al artículo 185) "*el órgano encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios*." Y si bien la transferencia de recursos no es una "transferencia de competencias" ni una forma de "descentralización", es, no obstante, una acción necesaria para concretar una repartición de competencias hecha por el constitúyete en pro de la descentralización territorial.

Es cierto que la doctrina refiere modalidades de coordinación en las que uno de los participantes ejerce individualmente la coordinación como si se tratara de una jefatura[7]. Sin embargo la doctrina también describe procesos de coordinación en los que los intervinientes actúan concordada y negociadamente y en ocasiones en instancias colegiadas[8]. Ahora bien, en estos casos, la coordinación es atribuida como una *competencia exclusiva* y diferenciada del entre coordinador[9].

Al supuesto del ordinal 10 del artículo 164, no parece aplicable la modalidad de coordinación que se aproxima a la jefatura (o a un poder de ordenación), no sólo debido a la propia de la redacción de la norma (que no establece que la competencia se ejerza "bajo la coordinación" o "sometido a la coordinación" o "coordinados por", sino que establece que esas com-

---

7 Al respecto: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. (Reimpresión de la Quinta Edición). Editorial CIVITAS. Madrid 1990. pp. 341-342.

8 Al respecto: Peña Solís, José. *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen Segundo. Colección Estudios Jurídicos TSJ. Ediciones TSJ. Caracas 2002. pp. 500-506.

9 García de Enterría, Eduardo. *op. cit.* p. 341.

petencias se ejercen "en coordinación con"). Además, no parece posible entender que se refiere la norma a una coordinación unidireccional o jerárquica debido a que el Ejecutivo Nacional (al que la Sala pretende darle esa "jefatura") no es participe de las competencias que deben coordinarse, y además, debido a que para los asuntos vinculados con la descentralización y la transferencia de competencias, la propia Constitución crea (vía artículo 185) un ente de coordinación en el que no hay una posición de jefatura o mando en cabeza del Ejecutivo Nacional.

2.2. La norma del numeral 10 del artículo 164, consagra a una competencia de los Estados, que por ser una competencia *exclusiva* no está condicionada por lo regulado en Leyes nacionales de Bases, y si bien es cierto que en algunos casos para su ejercicio han de requerir de *transferencia* de los servicios (orgánicamente considerados) afectados a esas actividades, no es menos cierto que: (a) esas transferencias no son técnicamente "transferencias de competencias" que deban hacerse con el "procedimiento de descentralización territorial"; **y (b) no suponen, en favor del Ejecutivo Nacional un *poder* de coordinación (tipo coordinación unilateral o de jefatura) sino una *instancia* de coordinación, en todo caso debe manejarse conforme a lo previsto por el artículo 185.**

Ya se dijo antes que las competencias a las que se refiere el ordinal 10 del artículo 164 son competencias ***exclusivas*** de los Estados, y por esa razón las mismas no pueden hacer objeto de regulación por Leyes nacionales de Bases, toda vez que el ámbito material de tales instrumentos está limitado, por mandato de la propia Constitución (artículo 165), a materias de competencia concurrente. Es cierto que la categoría legislativa de las Leyes de Bases no es clara en su definición constitucional y es más o menos extraña a nuestra tradición constitucional, y por eso hay mucho que construir sobre su contenido y alcance, sin embargo, lo que no es objeto de lo discutible es lo que si dice y lo que sí está claro en la Constitución. Y justamente lo que sí está claro y perfectamente definido en la Constitución es que el ámbito de las Leyes de Base se circunscribe la le regulación de las materias de competencia concurrente. Así es constitucionalmente errado sostener –y más aún pretender– que el ejercicio de las competencias *exclusivas* a las que se refiere el ordinal 10 del artículo 164 están condicionadas en su ejercicio a la regulación de Leyes nacionales de Base. Tal pretensión comporta una doble inconstitucionalidad, pues subvierte lo que establece el artículo 165 y contradice lo que establece el 164 ordinal 10.

De otra parte, es cierto, como lo aprecia la sentencia, que buena parte de las vías y carreteras nacionales han sido construidas y le pertenecen a la República, lo mismo va para los puertos y aeropuertos, y es igualmente cierto que, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, tanto la construcción de tales vías y puertos y aeropuertos, como su gestión y aprovechamiento era de la competencia del Poder Nacional. Pero ocurre que, con la aprobación de la Constitución de 1999, si bien la propiedad de los bienes afectados a ese servicio es de la República, la competencia para prestar tales servicios o para aprovechar y mantener los bienes afectados a tales servicios, le pertenece, de manera exclusiva, a los Estados. Este asunto no admite interpretaciones.

La sentencia parece sostener que la propiedad de los bienes afectos al servicio supone la titularidad de la competencia. Pero esta idea es completamente errada y pasa por alto el enunciado mismo del Principio de Legalidad a que se refiere el artículo 137. Los bienes afectos al servicio y la competencia para prestarlo son realidades y categorías jurídicas completamente distintas. Y el caso es que es perfectamente posible que un ente sea propietario de un bien y que otro sea el competente para prestar los servicios que requieren de ese bien.

El constituyente conoce esta circunstancia (que la República es el propietario de los bienes necesarios para que los Estados ejerzan esta competencia) y por eso el ordinal 10 del artículo 164 es el único que habla, en la norma que enumera las competencias exclusivas de los Estados, de coordinación. En efecto, la norma tiene en cuenta que, si bien se está asignando la competencia a los Estados, los bienes afectos a esa competencia, por razones históricas, pertenecen a la República (al Poder Nacional), y así la situación es que una administración es dueña de los bienes, pero no es titular de las competencias para hacer uso de ellos y otra distinta es titular de las competencias, pero no posee los bienes y elementos necesarios para ejercerlas. Pero el Constituyente no inadvierte esta situación, y para hacer frente a este cambio de paradigmas establece como solución un mandato de "coordinación" entre los involucrados. Una coordinación para que el Poder Nacional ceda la propiedad o por lo menos parte de los elementos del derecho de propiedad a los Estados, para que estos ejerzan, con esos bienes, sus competencias.

Hay además que observar que –a diferencia de lo que sostiene la sentencia– el diseño constitucional y la aplicación del Principio de Legalidad, impiden –en este caso– que el propietario de los bienes (la República) ejerza esas competencias. Pese a la vuelta argumental que da la Sentencia, las competencias regulatorias a las que se refiere el ordinal 26 del artículo 156, no permiten sostener y no le atribuyen en modo alguno al poder nacional la competencia para "*conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial*". Y así, el único modo de que esos servicios sean prestados en Venezuela es que los presten los Estados. No es posible –o por lo menos no es jurídico por ser inconstitucional– que la República pretenda ejercer estas competencias administrativas, pues según la Constitución, aquellas son competencias exclusivas de los Estados. El aeropuerto de Maiquetía –ejemplo al que se refiere la sentencia– no es más que una situación inconstitucional.

Frente a esta situación, no hay otra salida, es imperioso que la República y los Estados negocien el modo en como los Estados van a disponer de esos bienes propiedad de la República para ejercer sus competencias y prestar esos servicios. Y ese espacio de negociación es lo que la Constitución refiere como "coordinación". Si se observa, la norma no le asigna al Ejecutivo Nacional un poder de coordinación, la norma coloca a todos los sujetos de su regulación –los Estados y el Ejecutivo Nacional– en plano de paridad frente a la coordinación. Y así, les obliga a negociar estas transferencias para hacer eficientes las competencias de los Estados.

Ese proceso de *coordinación*, por el cual, en definitiva, el Poder Nacional entrega a los Estados los bienes afectos a la prestación de estos servicios Estadales (servicios para cuya atención el Poder Nacional no posee competencias), no es un proceso de "descentralización territorial". No lo es, pues no tiene por objeto transferir competencias exclusivas del Poder Nacional a los Estados. Ya los Estados son –por mandato constitucional– titulares ***exclusivos*** de esas competencias. Tampoco es un proceso de *"transferencia de servicios"* de aquellos referidos en la Ley de descentralización, delimitación y transferencia de Competencias del Poder Público (artículo 6), pues esa transferencia se produce respecto de *servicios* afectos a **competencias concurrentes**. De modo que nos enfrentamos a unas transferencias cuyo proceso no ha hecho objeto de regulación legal, lo cual no necesariamente les hace inviables.

La realidad es que la Constitución crea un espacio de coordinación entre la República y los Estados para planificar y coordinar las políticas y acciones referidas a descentralización y transferencia de competencias. Ese espacio es el Consejo Federal de Gobierno (artículo 185). Si bien es cierto que el objeto de la coordinación a que se refiere el ordinal 10 del artículo 164 no es técnicamente una "transferencia de competencias" ni una "descentralización" (que

son las materias propias de la coordinación que ejerce el Consejo Federal de Gobierno), es, en todo caso, un espacio de coordinación para asuntos referidos al funcionamiento del reparto de competencias de la federación. En todo caso, ese espacio ha de producir directrices o directivas, pero no sustituye la negociación directa –y los convenios– entre cada Estado y el Ejecutivo Nacional.

2.3. La norma del numeral 10 del artículo 164, hace a los Estados únicos destinatarios de una "descentralización territorial" sobre las materias de "conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales", y no es cierto que esas competencias puedan ser objeto de descentralización funcional o cogestión por parte del Poder Nacional.

El ordinal 10 del artículo 164 no consagra ni se refiere a proceso de descentralización alguno. Esa norma atribuye competencias exclusivas y de manera originaria a los Estados. Mal puede sostenerse entonces que de esa norma surge que solo los Estados pueden ser los beneficiarios de la descentralización de esas competencias. En efecto, los Estado no pueden recibir esas competencias por vía de la transferencia que haga la República, pues (a) esas competencias ya le pertenecen por mandato de la Constitución y merced del reparto que hace el artículo 164, y concretamente el ordinal 10, y (b) esas competencias no le pertenecen en modo alguna a otro ente que se las pueda pretender transferir. Los Estados son ya –y por mandato constitucional– exclusivos titulares de esas competencias.

De otra parte, y dado que esas competencias le pertenecen, originariamente a los Estados, no pueden hacer parte de proceso alguno de descentralización funcional que haga la República ni pueden hacer objeto de cogestión con aquella. Solo los Estados son titulares de estas competencias y solo ellos pueden gestionarlas directamente o descentralizarlas funcional o incluso territorialmente (conforme a lo previsto por el artículo 165).

Hay que recordar que el artículo 157 solo le permite al Poder Nacional descentralizar, en favor de Estados o Municipios, "materias de la competencia nacional". Y las del ordinal 10 del artículo 164, son competencias exclusivas de los Estados.

Así, lo interpretado por la Sala a este punto se aparta no sólo de lo expresamente establecido por el ordinal 10 del artículo 164, además desconoce el alcance y contenido del artículo 157.

2.4. De la norma del numeral 10 del artículo 164, no surge, en cabeza del Poder Nacional, "la obligación" de "procurar la satisfacción eficaz de las prestaciones de servicios públicos" vinculados con la materia allí referida y de "asegurar a los usuarios y consumidores un servicio de calidad y en condiciones idóneas".

Es cierto que todos los órganos del Estado, y no sólo los del poder nacional, tienen la obligación general de respetar e incluso garantizar los derechos humanos (artículo 19), incluido el derecho a servicios de calidad (artículo 117) y es igualmente cierto que la Administración Pública (la nacional pero igualmente la de los Estado y de los Municipios) está al servicio de los ciudadanos. De modo que todos los órganos del Estado, y no sólo los órganos del Poder Nacional, tienen una obligación con respecto a la satisfacción de los derechos y la prestación de servicios con determinados estándares de calidad.

Sin embargo, esa obligación genérica se concreta de modo general atendiendo, en primer lugar, a los servicios y las provisiones que de modo concreto son encargadas a cada autoridad, mediante las fórmulas de atribución de competencia.

Así las cosas, si algún ente está obligado de modo concreto a proteger los derechos de los ciudadanos y prestar a estos servicios de calidad, en materia de vías nacionales, puertos y aeropuertos, por mandato efecto del ordinal 10 del artículo 164, esos entes son los Estados.

En contra a lo que sostiene la Sentencia, la obligación y el compromiso general con los derechos de los ciudadanos y la calidad general de los servicios, no autoriza, de modo concreto, a la Administración Nacional (o al Ejecutivo Nacional o al Poder Nacional) a inmiscuirse en el ejercicio de las competencias exclusivas que poseen los Estados, o a suplantar la obligación y el compromiso general con los ciudadanos y la calidad de los servicios que tienen los Estados, en las materias de su competencia.

En fin, en contra de lo sostenido por la Sentencia, de la norma interpretada no surge una obligación específica o especial en cabeza del Ejecutivo Nacional, de "*procurar satisfacción eficaz de las prestaciones de servicios públicos vinculados con la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, con el fin de asegurar a los usuarios y consumidores un servicio de calidad en condiciones idóneas y de respeto de los derechos constitucionales de todas las partes involucradas*".

2.5. De la norma del numeral 10 del artículo 164, no surge, en favor del Poder Nacional, el poder de gestionar y cogestionar estos "servicios" ni la facultad de *revertirlos*, pues aun cuando la República sea propietaria de los bienes afectos al servicio no es titular de la competencia para la gestión de esos servicios.

El caso es que aun cuando la República sea propietaria de los bienes afectos a la prestación de los servicios o las tareas a las que se refiere el ordinal 10 del artículo 164, el caso es que la titularidad de la propiedad supone la asignación de competencias públicas. La titularidad de derechos de propiedad sobre bienes no da a los entes públicos la facultad para prestar determinados servicios sirviéndose de esos bienes o recursos. Y de hecho el ordinal 10 del artículo 164 asigna de manera exclusiva determinadas materias como competencia exclusiva a los Estados.

Y así, la afirmación contraria a la que hace la Sala es la que resulta coherente con la previsión constitucional: lo cierto es que la titularidad de los derechos de propiedad no le permite a la República ejercer en modo alguno las competencias a las que se refiere esta norma, toda vez que las mismas han sido atribuidas de manera exclusiva a los Estados.

No es posible, constitucionalmente hablando, que la República pretenda ejercer estas competencias. Ni aún debido a su condición de propietario de los bienes.

Tampoco es posible, desde lo que prevé la Constitución, que la República pretenda *revertir* la competencia para prestar estos servicios en su favor. Mal puede la República recuperar para si una competencia que constitucionalmente no le pertenece. Hay que recordar que solo cuando se está en presencia de competencias concurrentes es posible pensar en la cogestión o en la posibilidad de que la República revierta una competencia o una transferencia. Pero en este caso no estamos en presencia de competencia concurrentes o en el supuesto de la transferencia de una competencia originaria de la República, estamos frente a competencias exclusivas de los Estados.

De hecho, ocurre que incluso los derechos de propiedad de la República se encuentran condicionados merced de esta norma, pues esos bienes, afectos esos servicios, obligatoriamente deben permanecer afectados a ese servicio, aun cuando ahora no lo gestione el Poder Nacional. Esos bienes solo pueden ser utilizados para esos servicios y solo pueden ser gerenciados por los entes declarados constitucionalmente competentes para esas prestaciones.

El único destino y el único uso de esos bienes es el que les asigna la Constitución, y por eso lo único que puede hacer la República y entregarlos coordinadamente a los Estados, para que estos los administren.

CONCLUSIÓN

Más allá de la declaración que hace la Constitución en torno a que el venezolano es un *Estado federal descentralizado* (artículo 4)[10], debemos observar que el texto constitucional de 1999 organiza y distribuye las competencias entre los distintos niveles político-territoriales que consagra.

El reparto lo hace tal vez de manera no muy sistemática, pero enumera las competencias del Poder Nacional (artículo 156), del Poder Estadal (artículo 164) y del Poder Municipal (artículo 178). Y en esas enumeraciones incluye una cláusula residual en favor de los Estados (en el ordinal 11 del artículo 164) que coexiste con una cláusula de competencias implícitas en favor del Poder Nacional (ordinal 33 del artículo 156). Por otro lado, la Constitución distingue entre unas competencias concurrentes o comunes a todos los entes político-territoriales, que, sin embargo y lamentablemente no enumera o identifica expresamente, y a otras exclusivas de unos u otros, a las que expresamente identifica como tales.

Además, la Constitución plantea un modelo dinámico de distribución de competencias, en el sentido de que establece mecanismos para que las competencias, concretamente asignadas, puedan pasar de los entes "mayores" a los entes "menores" mediante procesos de descentralización. Y de hecho la Constitución hace de la descentralización una política con rango constitucional (artículo 158) y crea una instancia de coordinación de dichos procesos (185).

Así, se trata de una estructura en movimiento, pero ese movimiento esta direccionado del centro (del Poder Central o Nacional) a la periferia (al Poder Estadal o Municipal).

Es decir, la Constitución relaja la rigidez que la caracteriza (artículos 340 y siguientes) en los asuntos referidos al reparto de competencia, pero lo hace sujeto a dos extremos, el primero direccional, ese cambio del reparto solo puede ser hecho por vías diferentes a la enmienda, reforma o asamblea constituyente, si supone transferir competencias de los niveles superiores o centrales (República o Estados) a los niveles inferiores o periféricos (Estados o Municipios), y no al revés, y el segundo, que el mecanismo este enmarcado en instrumentos legales (artículos 16, 157, 165 y 184). De otro modo, no es posible alterar la estructura de reparto de competencias que establece la Constitución.

Ahora bien, ha ocurrido que esta estructura ha sido modificada merced de una interpretación que ha hecho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la Sentencia Nro. 565 del 15 de abril de 2008, que antes hemos comentado.

Como hemos visto, a lo largo de estas notas, los fundamentos, razonamientos y conclusiones a los que llega la Sala Constitucional en esa decisión, y con los que altera la atribución de una competencia material (aquella o aquellas referidas en el ordinal 10 del artículo 164), son o bien ajenos a la Constitución o bien contrarios a la Constitución, y por eso, en definitiva, inconstitucionales.

---

[10] Declaración acusada de "nominalista" y ajena a lo que luego desarrolla el propio texto constitucional por Brewer, Allan. *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional Nº 1 de 2009. Estudio Preliminar sobre la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2011. pp. 59-61.

Pero, y en adición, sucede que la situación que esta interpretación genera, comporta una inconstitucionalidad adicional, por ser un atentado a la rigidez constitucional, toda vez que la Sala Constitucional ha pretendido alterar el sistema de distribución de competencias que establece la Constitución entre los distintos niveles político territoriales, y lo ha pretendido hacer (i) sin tener competencias legislativas y (ii) en contra de la direccionalidad que establece la Constitución para estas modificaciones.

Así lo que ha ocurrido es que el órgano judicial encargado de vigilar la supremacía de la Constitución es el culpable de atentar contra aquella.

Frente a esta situación, que debe llamar a la reflexión sobre el papel de la Sala Constitucional y a la necesidad de revisar los procesos para la designación de sus integrantes, y a despecho de un análisis más profundo de los cauces procesales que pueden abrirse frente a esta circunstancia, solo debemos concluir, por el momento, recordando que "*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*." (Artículo 333)

BIBLIOGRAFÍA

Brewer-Carías, Allan R. "La Sala Constitucional como Poder Constituyente: la modificación de la forma federal del Estado y del Sistema Constitucional de división territorial del Poder Público", en *Revista de Derecho Público* Nº 114, EDJV, Caracas, abril-junio 2008.

_____. *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional N° 1 de 2009. Estudio Preliminar sobre la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2011.

García DE Enterría, Eduardo y Fernández, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Reimpresión de la Quinta Edición. Editorial CIVITAS. Madrid 1990.

García-Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Tercera Reimpresión. Editorial Ex Libris/Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas 2010.

Peña Solís, José. *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen Segundo. Colección Estudios Jurídicos TSJ. Ediciones TSJ. Caracas 2002.

Subero Mujica, Mauricio. "La organización federal descentralizada del Estado venezolano. Balance y perspectivas". No publicado.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE vs. LA FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA (JUNIO-AGOSTO 2017)

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *Este Comentario se refiere a las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo durante los meses de junio a agosto de 2017, en contra de la Fiscal General de la República, provocando su huida del país.*

Palabra Clave: *Fiscal General de la República. Asamblea Nacional Constituyente.*

Abstract: *This Paper analyzes the role of the National Constituent Assembly and of the Constitutional Chamber od the Supreme Tribunal of Justice, against the Prosecutor General of the Republic, provoking her escape from he country.*

Key words: *Prosecutor General of the Republic. National Constituent Assembly.*

I. EL PRIMER SABLAZO JUDICIAL CONTRA LA FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA: A ANULACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA DESIGNACIÓN DEL VICE-FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LA USURPACIÓN DE LOS PODRES DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Una de las últimas usurpaciones de autoridad que ocurrió en Venezuela antes de que la Asamblea Nacional Constituyente entrara en funcionamiento, lo perpetró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al declarar nula, *sin juicio ni proceso de nulidad alguno*, la designación hecha por la Fiscal General de la República del Vice-Fiscal del organismo; disponer que dicha designación debía ser sometida a la Sala Constitucional en lugar de a la Asamblea Nacional, y finalmente, decidir la asunción directamente del nombramiento de dicho funcionario, violando la Constitución.

Debe recordarse que la Fiscal General de la República, el Vice-Fiscal y el Director General de Actuación Procesal del organismo habían solicitado ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo la declaratoria de nulidad del el Decreto Nº 2.878, del 23 de mayo de 2017, mediante el cual el Presidente de la República estableció las "Bases Comiciales" para la Asamblea Nacional Constituyente que había convocado inconstitucionalmente y en fraude a la voluntad popular, mediante Decreto Nº 2.830 de 1º de mayo de 2017.[1]

---

[1] Véase sobre ello Allan R. Brewer-Carías, *La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popula*r, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas 2017.

La Sala Constitucional, mediante sentencia Nº 470 de 27 de junio de 2017[2] declaró inadmisible el recurso de nulidad intentado, única y exclusivamente "por haber operado la cosa juzgada" en virtud de que la misma Sala ya había "juzgado sobre la constitucionalidad" del Decreto impugnado, al declarar sin lugar mediante sentencia Nº 455, del 12 de junio de 2017, el recurso de nulidad que había intentado contra el mismo el abogado Emilio J Urbina Mendoza.[3]

Sin embargo, la sentencia no quedó allí como procesalmente hubiese correspondido, sino que la Sala como paso previo procedió a juzgar *de oficio* sobre la validez del nombramiento de Rafael González Arias como Vice-Fiscal de la República, quien aparecía firmando el recurso de nulidad, quien solo aparecía firmando el recurso de nulidad, y quien había sido nombrado en carácter de "encargado" por la Fiscal General, conforme a sus competencias previstas en la Ley Orgánica del Ministerio Público,

La Sala Constitucional consideró que dicho Vice-Fiscal carecía de legitimación para actuar en el proceso, por considerar ilegal su designación (a pesar de su carácter de "encargado.) porque debía "contar con la previa autorización de la mayoría de los integrantes del órgano legislativo nacional," lo que "no había ocurrido." Y agregó entonces la Sala que al estar la Asamblea Nacional en situación de desacato y "mantenerse en desacato," lo que debió haber hecho la Fiscal General para poder nombrar al Vice Fiscal:

> "*era acudir a esta Sala Constitucional*, dada la situación de anormalidad institucional existente que choca con el Estado de Derecho, para el debido aval constitucional como consta de otras competencias atribuidas a la Asamblea Nacional, y que, por la actitud de la mayoría en desacato, debe resguardar esta máxima instancia judicial para asegurar el orden constitucional, la institucionalidad, la democracia y la justicia (véanse sentencias Nº 06 del 20 de enero de 2017, 90 del 24 de febrero de 2017, entre otras), razón por la cual esta Sala como garante de la constitucionalidad y del Estado de Derecho, *declara nula* por ser contraria al Texto Constitucional y a la Ley que rige las funciones del Ministerio Público, la Resolución N° 651 de fecha 17 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.132 de esa misma fecha, donde la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su condición de Fiscal General de la República, designó al prenombrado abogado como Vicefiscal General de la República (Encargado). Al adolecer de nulidad absoluta tal designación, los actos y actuaciones realizadas por el prenombrado ciudadano, en las cuales haya fungido como "Vicefiscal General de la República" son nulos de nulidad absoluta y no tienen por tanto efectos jurídicos. Así se decide."

Y no contenta con lo decidido, sin proceso ni contradictorio alguno, violando el derecho a la defensa tanto de la Fiscal General que había nombrado al Vice-Fiscal encargado, como de éste mismo, la Sala Constitucional pasó a usurpar la competencia exclusiva de la Fiscal General de la República y de la propia Asamblea Nacional, decidiendo que "esta Sala por auto separado designará de manera temporal un Vicefiscal General de la República. Así se decide."

---

[2] Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/200380-470-27617-2017-17-0665.HTML. Véase sobre esta sentencia: Allan R. Brewer-Carías, "La última usurpación: la Sala Constitucional vs. la Fiscalía General de la República. 28 de junio de 2017, en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/06/163.-doc.-Brewer.-%C3%BAltima-usurpaci%C3%B3n-contra-FGR-1.pdf

[3] Véase sobre dicha sentencia Allan R. Brewer-Carías, "El Juez Constitucional vs. el pueblo, como poder constituyente originario," (Sentencias de la Sala Constitucional Nº 378 de 31 de mayo de 2017 y Nº 455 de 12 de junio de 2017), 16 de junio de 2017, en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/06/161.-doc.-Sobre-proceso-constituyente-SC-sent.-378-y-455.pdf. Véase igualmente Allan R. Brewer-Carías, *La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popular*, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas 2017, pp. 131 y ss.

No es difícil imaginar lo que la Sala persiguió con esa absurda sentencia,[4] que no fue otra cosa que neutralizar totalmente a la Fiscal General de la República en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales. Es decir, que una vez que la Sala procediera a designar directamente al Vice-Fiscal, asegurar así que éste, subordinado a la propia Sala Constitucional, entonces pudiera proceder a solicitar un antejuicio de mérito contra la propia Fiscal General conforme al artículo 25.5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Precisamente para ello, en la misma sentencia la Sala decidió que la Fiscal General supuestamente habría incurrido "en un error inexcusable en los términos establecidos en el artículo 22 numerales 8 y 10 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano."

Sobre la sentencia Nº 470 de 27 de junio de 2017, la propia Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz –quien no debe dejar de recordarse, durante 12 años había sido el brazo político ejecutor del gobierno para perseguir a toda la disidencia en el país–, en rueda de prensa que dio el día 28 de junio de 2017, declaró lo siguiente respecto de los magistrados de la Sala Constitucional:

> "ellos destituyen al Vicefiscal, esta competencia es exclusiva según la Ley Orgánica del Ministerio Publico de nombramiento de la Fiscal General, en tal caso, debe ser aceptada por la Asamblea Nacional, no por parte del Tribunal Supremo de Justicia.
>
> Los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia son los que están derogando la Constitución, ¡Esto yo no lo voy a permitir! Si ellos lo hicieron con la Asamblea Nacional, Diputados ustedes no están en desacato, eso no existe, eso no se le puede aplicar a los Diputados, ustedes no hicieron nada, eso es problema de la Asamblea Nacional.
>
> Yo estoy investida de autoridad, y estoy obligada y tendrá el deber de garantizar la Constitución, me impone a mí la obligación de defenderla a ella misma, según el Artículo 333 de la CRBV, yo desconozco estas sentencias.
>
> ¡Defenderé la democracia y la Constitución con mi vida, Lo juro!"[5]
>
> Ese mismo día, el Tribunal Supremo le prohibió la salida del país y le congeló sus cuentas bancarias. !![6]

Días después, el 3 de julio de 2017, la Fiscal General de la República acudió a la Asamblea Nacional a solicitar se autorizara el nombramiento que ya había efectuado del Vice-Fiscal (Sr. Rafael González Arias), lo cual fue acordado.[7]

La reacción ante ello fue que la Sala Constitucional, mediante decisión Nº 532 del mismo día 3 de julio de 2017, luego de ratificar la situación de "desacato" en la cual se encontraría la Asamblea Nacional, y estimar que la Fiscal General, al haber acudido ante la Asamblea Nacional conforme se dispone en la Ley Orgánica del Ministerio Público, habría "desatendido" la mencionada sentencia Nº 470 de 27 de junio de 2017, procediendo, en consecuencia, a declarar las decisiones dictadas tanto por la Asamblea Nacional como por la Fiscal General

---

4 Véase José Ignacio Hernández, "El TSJ avanza en su intento de anular y remover a la Fiscal," en *Prodavinci*, 27 de junio de 2017, en http://prodavinci.com/blogs/el-tsj-avanza-en-su-intento-de-anular-y-remover-a-la-fiscal-por-jose-ignacio-hernandez-g-1/

5 Transmitido por VPI TV, 27 de junio de 2017, en: https://www.youtube.com/watch?v=ab6B4Pclkj8

6 En "TSJ congela cuentas de Luisa Ortega y le prohíbe salir del país," en *CNNespaño*l, 28 de junio de 2017, en http://cnnespanol.cnn.com/2017/06/28/tsj-congela-cuentas-de-luisa-ortega-y-le-prohibe-salir-del-pais/

7 Véase en http://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/_an-autorizo-por-unanimidad-la-designacion-de-rafael-gonzalez-diaz-como-vicefiscal-de-la-republica

de la Repúblicas, como "nulas de nulidad absoluta por producirse en abierto desacato de las decisiones de este Alto Tribunal de la República, respecto de las cuales no cabe recurso alguno." Luego, de seguidas, conforme a la "atribución" que la propia Sala se había autoasignado, procedió a "designar en el cargo de Vicefiscal General de la República a la ciudadana Katherine Nayarith Haringhton Padrón."

Sobre esta designación, como lo explicó José Ignacio Hernández, la misma:

> "es consecuencia de la usurpación de funciones privativas del Ministerio Público y de la Asamblea Nacional, por lo tanto, es nula e ineficaz, de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución. Esto quiere decir que tal designación no surte efectos jurídicos, pues el legítimo Vicefiscal es, y sigue siendo, Rafael González.
>
> La Sala Constitucional no puede designar funcionarios del Ministerio Público, pues ello es competencia exclusiva del Fiscal General. Tampoco puede la Sala Constitucional cuestionar el control parlamentario ejercido por la Asamblea invocando la falsa tesis del llamado desacato: ni la Asamblea Nacional está en desacato, ni en todo caso puede la Sala asumir decisiones propias de la Asamblea."[8]

En todo caso, ese fue el primer sablazo de la Tiranía Judicial contra la Fiscal General de la República dado en el mes de julio.

II. EL SEGUNDO SABLAZO DE LA TIRANÍA JUDICIAL CONTRA LA FISCAL GENERAL MEDIANTE UN FRAUDE PROCESAL: LA CONDENA EN AMPARO CONTRA UNA PERSONA QUE NO ERA LA "PERSONA AGRAVIANTE" Y NI ERA LA AUTORA DEL "ACTO LESIVO"

1. *Una acción de amparo "por manpueso"*

El segundo sablazo de la Tiranía Judicial contra la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz se produjo mediante sentencia de la Sala Constitucional Nº 528 del mismo día 3 de julio de 2017, mediante la cual se declaró con lugar una acción de amparo que había sido intentada unas horas antes del mismo día 3 de julio de 2017, por el Sr. Antonio J. Benavides Torres, "militar en servicio activo quien se desempeña como Jefe de Gobierno del Distrito Capital" (nombrado el 21 de junio de 2017) contra "la ciudadana Luisa Marvelia Ortega Díaz, en su condición de Fiscal General de la República."

Sobre esta sentencia, debe decirse que es difícil encontrar en un solo texto de decisión del Tribunal Supremo de Justicia, tantos errores jurídicos juntos, como en el caso. Lástima, en todo caso, que la sentencia no indicó la hora de consignación de la demanda y la hora en la cual se tomó la decisión, para poder captar en toda su magnitud la eficiencia de la Sala Constitucional, en el "juicio de amparo" más breve que registra la historia judicial del país.

En efecto, como lo narra la propia sentencia, en este caso, la "acción de amparo constitucional ejercida contra "la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su condición de Fiscal General de la República," no se formuló contra acto, hecho u omisión alguno que ella hubiese dictado y que hubiera podido imputársele sino, como lo dijo expresamente el demandante, contra una comunicación de fecha 28 de junio de 2017, dirigida "por el ciudadano Oliver Uribe Pinto, en su condición de Fiscal Provisorio 49° Nacional Pleno del Ministerio Público," al Sr. Benavides, con la finalidad de que compareciera el día 6 de julio de 2017 a fin "de rendir declaración en calidad de imputado" de unos delitos.

---

[8] Véase José Ignacio Hernández, "¿Qué viene luego de la audiencia a la Fiscal General?; por José Ignacio Hernández," en *Prodavinci*, 4 de julio de 2017, en http://prodavinci.com/blogs/que-viene-luego-de-la-audiencia-a-la-fiscal-general-por-jose-ignacio-hernandez/

El acto lesivo denunciado, por tanto, era uno emanado del Fiscal provisorio 49, quien en todo caso era la presunta "persona agraviante." Sin embargo, no fue así. Tanto el abogado asistente del Sr. Benavides, como la propia Sala Constitucional ignoraron que la acción de amparo es, ante todo, una acción personalísima que se tiene que intentar solo por la persona agraviada contra la persona o ente agraviante por un acto, u omisión de su autoría.

En este caso, como hemos dicho, el "acto lesivo" se identificó por el accionante como el emanado del "Fiscal Provisorio 49° Nacional Pleno del Ministerio Público," por lo que la acción de amaro la debió intentar contra dicho funcionario y no contra "la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su condición de Fiscal General de la República."

La Sala, por ello, ante la demanda lo que debió haber hecho fue haber declarado *in límene* su incompetencia, y remitir la acción intentada al tribunal penal de primera instancia competente para tramitarla, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Amparo.

Pero por supuesto, como el fraude procesal sin duda ya estaba preparado,[9] una acción contra un acto lesivo emanado de un funcionario inferior de la Fiscalía identificado con toda precisión ("Oliver Uribe Pinto, en su condición de Fiscal Provisorio 49° Nacional Pleno del Ministerio Público"), se formuló contra toda regla de derecho, contra "la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su condición de Fiscal General de la República" a sabiendas de que no era la autora del acto lesivo.

Y todo ese "error" que no quiso ver la Sala en su sentencia que fue dictada con Ponencia Conjunta (es decir, con la participación de todos sus siete magistrados, ninguno de los cuales se percató del mismo), fue para que la Sala Constitucional, simple y fraudulentamente declarara su propia competencia en el caso, ya que las acciones de amparo contra los altos funcionarios como la Fiscal General solo se pueden intentar ante la Sala Constitucional (art. 8 de la ley Orgánica de Amparo), ignorando que la acción en este caso en realidad se había intentado contra el acto emanado del Fiscal Provisorio Nº 49, que fue el acto denunciado como lesivo, y cuya nulidad incluso se solicitó en la demanda, lo que obligaba a la Sala a haber remitido los autos al tribunal competente que en este caso eran los tribunales penales de primera instancia.

Pero no; la Sala más bien invocó el artículo 25.18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que le otorga competencia para conocer en única instancia las demandas de amparo constitucional que sean interpuestas contra los altos funcionarios públicos nacionales *de rango constitucional,*" ignorando que el haber intentado la acción contra "la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su condición de Fiscal General de la República" no era más un subterfugio fraudulento para violar las reglas de competencia, siendo como era que el acto lesivo denunciado no había emanado de la Fiscal sino del "Fiscal Provisorio 49 Nacional Pleno del Ministerio Público.

2. *La violación al derecho a la defensa por no permitírsele a la Fiscal General siquiera alegar que ella no era la "presunta agraviante"*

Con base en el texto de la acción propuesta por el Sr. Benavides, que fue contra la comunicación de 28 de junio de 2017 que le dirigió para imputarlo de delito el "el ciudadano Oliver Uribe Pinto, en su condición de Fiscal Provisorio 49° Nacional Pleno del Ministerio

---

[9] A pesar de la "telaraña" judicial, el objetivo de defenestrar a la Fiscal parece haber estado claro desde el inicio. Véase el comentario de *Acceso a la Justicia*, "La telaraña jurídica del TSJ contra la Fiscal General," Caracas, 4 de julio de 2017, en http://www.accesoalajusticia.org/wp/infojusticia/noticias/la-telarana-juridica-del-tsj-contra-la-fiscal-general/

Público," y que se identificó como "acto lesivo," la Sala pasó a admitir la acción, no contra dicho funcionario, sino contra "la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su condición de Fiscal General de la República" afirmando falsamente que la acción de amparo podía "resolverse con las actas que conforman el presente expediente y sin necesidad de escuchar a las partes."

Es decir, la Sala llegó al extremo de considerar que no era necesario que una persona demandada por un acto que no dictó, no tenía entonces "necesidad" de al menos poder alegar eso, es decir, que debía declararse inadmisible la acción porque se la demandó por una acción que no podía serle atribuida.

Pero la Sala Constitucional ignoró este hecho, y violándole abiertamente su derecho a la defensa, no le permitió a la Fiscal Luisa Ortega Díaz alegar que en el proceso ella no era la "persona agraviante" y que el "acto lesivo" no había sido dictado por ella sino por el Fiscal Provisorio 49.

3. *El asunto planteado no era de mero derecho, y los alegatos del demandante sí requerían prueba*

Pero es que además, contrariamente a lo afirmado por la Sala Constitucional, el asunto planteado en la demanda "contra" la Fiscal por un acto que no dictó, no era de mero derecho, es decir, no se trataba de discutir como lo dijo en alguna sentencia que citó la Sala (Nº 993, del 16 de julio de 2013, caso: *"Daniel Guédez Hernández y otros*"), "un punto netamente jurídico que no necesita ser complementado por algún medio probatorio ni requiere de un alegato nuevo para decidir la controversia constitucional."

Para afirmar esto, por supuesto, la Sala Constitucional simplemente ignoró lo que el demandante alegó en su demanda contra la Fiscal General de la República en relación con un acto que ella no dictó pues fue dictado por el Fiscal Provisorio 49, y que en síntesis fue lo siguiente:

Primero, que la decisión que la Fiscal General no adoptó, es decir, el supuesto acto lesivo emanado del Fiscal Provisorio 49, supuestamente desconocía "la prerrogativa procesal que [el demandante] ostenta como Jefe de Gobierno del Distrito Capital, supuestamente desconociendo "la competencia constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en materia de antejuicio de mérito de altos funcionarios del Estado," alegando que el Jefe del Distrito Capital tiene igual rango constitucional que los Gobernadores de Estados, cuando ello es falso, pues el Distrito federal se organizó como entidad dependiente del Ejecutivo Nacional y su Jefe de Gobierno no es electo por votación popular.

Segundo, que supuestamente el demandante Sr. Benavides no había "tenido el conocimiento previo que debe tener todo ciudadano que sea imputado en cuanto a los elementos de convicción que obran –presuntamente– en su contra," y que "con la comunicación recibida para rendir declaración en calidad de 'imputado' se ha producido una violación de los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y juez natural;" desconociendo lo más elemental en el proceso penal, que es que si se lo cita como imputado es precisamente para que conozca de dichos elementos de convicción y pueda defenderse. Para defenderse en una investigación penal, el imputado precisamente tiene el derecho a que se le informe formalmente de los elementos de convicción para poder defenderse.

Tercero, que supuestamente era un "hecho notorio comunicacional" que la Fiscal General de la República tendría "animadversión" contra el componente de la Guardia Nacional como órgano de Seguridad de la Nación, así como de los miembros que la conforman."

"Animadversión" es sinónimo de enemistad, antipatía, animosidad, malquerencia, tirria, ojeriza, rencor o resentimiento, lo cual, siendo un ánimo de conducta, esencialmente tiene que ser probado en juicio.

Cuarto, que la Fiscal General habría violado "el principio de presunción de inocencia al notificarlo en calidad de imputado," cuando la Fiscal General no fue quien lo hubiera notificado de nada ni suscribió el acto supuestamente lesivo.

Y *quinto*, que "la ciudadana Luisa Ortega Díaz, se encuentra en desacato frente a la sentencia de la Sala Constitucional, en la que interpretó en forma vinculante las competencias del Defensor del Pueblo," y respecto de la sentencia que declaró nula su designación del Vice-fiscal General de la República.

Contrariamente a lo afirmado por la Sala Constitucional, sin embargo, y no es necesario ser abogado para que cualquiera se percate de ello, que los asuntos planteados *no son* de mero derecho y, por tanto, quien los alega está obligado a probarlos, y la Sala tiene que atenerse a lo que se pruebe en autos, no estando autorizada a relevar al demandante en este caso de su obligación de probar.

Sin embargo, la Sala, al contrario, pasó a decidir el caso como si fuera "un asunto de mero derecho," considerando que lo que se debía determinar era:

> "si –en este caso– la funcionaria señalada como presunta agraviante violó los derechos constitucionales invocados por la parte accionante –tutela judicial efectiva, defensa, debido proceso, juez natural y presunción de inocencia–, al haberlo convocado a la sede fiscal para rendir una declaración en condición de "imputado", sin tomar en consideración conforme a lo alegado por el accionante, la prerrogativa procesal que ostenta como Jefe de Gobierno del Distrito Capital, desconociendo las normas constitucionales y legales relacionadas al antejuicio de mérito, por lo que la Sala decidirá la presente acción de amparo constitucional en esta oportunidad, prescindiendo de la audiencia oral y pública. Así se declara."

Lo insólito de todo este caso fue que la Sala Constitucional volvió a considerar que la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz, había sido "*la funcionaria señalada como presunta agraviante,"* cuando la demanda que le fue presentada identificó con precisión que el funcionario supuestamente agraviante habría sido el Fiscal Provisorio 49, con ocasión de haber enviado la comunicación citando al Sr. Benavides a compareciera como imputado.

Es falso, por tanto, lo afirmado por la Sala Constitucional en el sentido de que la Fiscal General hubiera sido quien habría *"*convocado" al demandante "a la sede fiscal para rendir una declaración en condición de "imputado." Como lo alegó el propio demandante, Fue el Fiscal provisorio 49 el que lo hizo.

4. *Era falso que el Jefe de Gobierno del Distrito Capital gozara de la prerrogativa del antejuicio de mérito*

El supuesto "acto lesivo" en este peculiar "proceso de amparo" que duró sólo unas escasas horas del día 3 de julio de 2017, como lo reseño la propia Sala Constitucional, que por lo demás no emanó de la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz, sino que fue "suscrito por el Fiscal Provisorio 49 Nacional Plena Derechos Fundamentales, ciudadano Oliver Uribe Pinto," fue el oficio N° 00-F-49NP-457-2017 de 28 de junio de 2017 mediante el cual dicho Fiscal citó al demandante Sr Benavides para que compareciera *"*el día 6 de julio de 2017, a las 10:00 horas de la mañana," a la sede del Ministerio Público, "fin de rendir declaración en calidad de "imputado en la causa número MP-288988-2017."

Entre todos los argumentos esgrimidos por el demandante en este caso, *el único que consideró la Sala Constitucional para decidir*, y declarar con lugar la acción de amparo

intentada, fue el alegato de que la Fiscal General de la República Luis Ortega Díaz habría supuestamente desconocido "en forma abierta y grosera la prerrogativa procesal que ostenta como Jefe de Gobierno del Distrito Capital," en "materia de antejuicio de mérito de altos funcionarios del Estado."

Bastó el simple alegato del demandante, ignorando por supuesto los términos del artículo 266.3 de la Constitución que regula la materia, para que la Sala Constitucional simplemente concluyera que

> "es evidente que ostentando el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Capital, que es un cargo de alta investidura a tenor de lo previsto en el artículo 44 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, al convocársele en la forma efectuada, la Fiscal General de la República como titular del Ministerio Público, quien al igual que el actor es una alta funcionaria del Estado, ha incurrido en la infracción de los derechos constitucionales invocados por el actor, ya que inició una causa penal según se observó en los recaudos, y se practicó la "citación" a fin de que el Jefe de Gobierno del Distrito Capital acuda a la sede del Ministerio Público en calidad de "imputado", subvirtiendo las formas y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico venezolano, contrariando los principios de legalidad e imparcialidad, generando una lesión de orden público constitucional, al no sólo transgredir los derechos denunciados sino una prerrogativa procesal que ostenta el accionante y que es inexcusable su desconocimiento por parte de la agraviada al ostentarlo ella también por el cargo que la misma ocupa, el cual supone la solicitud de antejuicio de mérito si se pretende la instauración de un proceso penal en su contra (artículos 266.3 de la Constitución y 24.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)."

Basta recordar lo que dice el artículo 266.3 de la Constitución sobre el antejuicio de mérito para percatarse de lo errado de la afirmación de la Sala Constitucional, que enumera entre las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia en pleno:

> "3. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo, de los integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros, del Procurador General, del Fiscal General, del Contralor General de la República, del Defensor del Pueblo, los Gobernadores, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva."

En todos los casos de funcionarios enumerados en este artículo (salvo los miembros indicados de las fuerzas armadas), los que gozan de la prerrogativa de antejuicio de mérito son solo funcionarios de rango constitucional, algunos designados por el Presidente de la República (como los Ministros, el Procurador General y los Jefes Misiones Diplomáticas), otros electos popularmente en forma directa (como los integrantes de la Asamblea Nacional y los Gobernadores) y otros electos en forma indirecta en segundo grado por la Asamblea nacional (como el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República, del Defensor del Pueblo).

El Jefe de Gobierno del Distrito Capital no es un funcionario de rango constitucional, y conforme a la inconstitucional Ley Orgánica del Distrito Capital,[10] dicho Distrito fue organi-

---

[10] Véase sobre dicha Ley ver: Allan R. Brewer-Carías: "Introducción general al régimen del Distrito capital y su incidencia en el régimen municipal del Distrito Metropolitano de Caracas," en el libro: Allan R. Brewer-Carías, Manuel Rachadell, Nelson Socorro, Enrique Sánchez Falcón, Juan Carmona Borjas, Tulio Álvarez, *Leyes sobre el Distrito Capital y el Área Metropolitana de Caracas*, Colección Textos Legislativos Nº 45, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2009. pp. 9-37

zado inconstitucionalmente como una dependencia del Poder Ejecutivo Nacional (no como la "entidad federal" como debió ser conforme a la Constitución), atribuyéndose al Presidente de la República el libre nombramiento y remoción de dicho Jefe de Gobierno del Distrito.

Es falsa, por tanto, la afirmación de la Sala Constitucional de que el Jefe del Distrito Capital "equivale a un Gobernador de Estado."

Un Gobernador de Estado es un funcionario electo por votación popular, directa y secreta en el Estado respectivo; en cambio, el Jefe del Distrito Capital no es electo por el pueblo, sino del libre nombramiento del Presidente de la República. Es una falsedad o ignorancia inexcusable que la Sala Constitucional afirme que el Jefe del Distrito Capital "equivale a un Gobernador de Estado," para pretender justificar, en contra de lo que prescribe la Constitución, que dicho funcionario "goza de la prerrogativa del antejuicio de mérito a los efectos de su eventual enjuiciamiento."

En consecuencia, no sólo la Fiscal General de la República no erró en forma alguna, ni incurrió en abuso de poder ni en extralimitación de atribuciones, pues ella no fue quien citó al demandante a comparecer ante el Ministerio Público para rendir declaración como imputado; sino que el Fiscal Provisorio 49 del Ministerio Público, al citar al demandante, no "erró en forma grave e inexcusable," ni incurrió "en abuso de poder y extralimitación de atribuciones," ni "lesionó con su actuar los derechos invocados por el actor al debido proceso, la defensa, la presunción de inocencia, el juez natural, la tutela judicial efectiva, al subvertir el procedimiento," pues no desconoció en absoluto ninguna prerrogativa procesal, pues el demandante en este caso no tenía derecho constitucional alguno a dicha prerrogativa del antejuicio de mérito.

En este caso, quien erró e incurrió en abuso de poder y en extralimitación de atribuciones fue la Sala Constitucional, la cual, con su sentencia, actuó en forma "abiertamente contraria al Estado de Derecho y de Justicia que propugna el Texto Fundamental," declarando con lugar la acción de amparo intentada contra la Fiscal General de la República, a pesar de que ella no fue la autora del "acto lesivo" el cual fue dictado por otra autoridad (que debió haber sido citada como agraviante); "acto lesivo" que sin siquiera haber sido citado su autor, la Sala Constitucional decidió anularlo inconstitucionalmente, cuando bien sabe la misma Sala Constitucional que el proceso de amparo contra actos administrativos no tiene carácter anulatorio, es decir, que mediante una acción de amparo no se pueden anular actos administrativos, pues ello es competencia exclusiva de los tribunales contencioso administrativos (art. 259 C.)

Y no contenta con anular la citación que le había hecho el Fiscal Provisorio 49 al demandante, Sr. Benavides, la Sala Constitucional procedió *Urbi et Orbi*, hacia futuro, protegiéndolo "para siempre" que:

> "cualquier actuación de la Fiscal General de la República o de los funcionarios que actúen bajo su dependencia o jerarquía, que pretendan iniciar una investigación al Jefe de Gobierno del Distrito Capital, ciudadano Antonio José Benavides Torres, con prescindencia del procedimiento de antejuicio de mérito aplicable en atención a las normas constitucionales y legales referidas. Así se decide."

III. LOS INCONSTITUCIONALES "EFECTOS EXTENSIVOS" DE LA SENTENCIA Y LOS INICIOS DEL TERCER SABLAZO CONTRA LA FISCAL

Por último, no contenta con la arbitrariedad e inconstitucional cometida, la Sala Constitucional resolvió en la sentencia que el supuesto "restablecimiento de la situación jurídica, ante la infracción constitucional constatada," tenía que "*alcanzar a todos lo que comparten tal situación y que a su vez son perjudicados por la violación*," anunciando por tanto una

especie de "inmunidad total" para todos los funcionarios que hayan violado derechos humanos y hayan cometido delitos atroces en la represión de las manifestaciones públicas en los últimos meses, declarando a tal efecto con toda impunidad:

> "los efectos extensivos de este fallo, en razón de lo cual, cualquiera que se encuentre en situación similar, podrá invocar la presente decisión. Así se decide."

Ello nunca se había visto nunca en materia de amparo en el país.

Y así se dieron en un solo día, los dos primeros sablazos por parte de la "Justicia," en este caso, de la Tiranía Judicial, contra la Fiscal General de la República Luisa Ortega Díaz, por haber resuelto, aun cuando tardíamente, velar por la defensa de la democracia y del Estado de derecho.

En todo caso, el tercer sablazo contra la Fiscal, se comenzó a dar el día 4 de julio de 2017, con ocasión de una sin sentido audiencia pública celebrada ante el Tribunal Supremo en Sala Plena, que se había fijado en un proceso iniciado por una denuncia formulada para determinar la remoción de la Fiscal General, a la cual, con razón, la Fiscal general no asistió expresando que "desconocía" a los magistrados del Tribunal Supremo, al cual calificó de ilegítimo.

En efecto, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia el 20 de junio de 2017,[11] había decidido admitir una solicitud formulada por un diputado para que se calificara como falta grave las actuaciones de la Fiscal General de la República en defensa de la Constitución y del orden constitucional; solicitud que se hizo en violación abierta del artículo 25.5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de 2007 que indica que sólo el Vice Fiscal o un representante de la Asamblea Nacional pueden solicitar ante el Tribunal Supremo de Justicia que se inicie un antejuicio contra la Fiscal.

Lo insólito es que quien no tenía legitimación alguna para actuar, acusó a la Fiscal General ante el Tribunal Supremo por sólo haber comenzado a defender la Constitución y denunciar los atropellos del régimen contra la ciudadanía, alegando que habría incurrido en incumplimiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus atribuciones y deberes; que había atentado contra la respetabilidad del Poder Ciudadano, que habría puesto en peligro su credibilidad e imparcialidad comprometiendo la dignidad del cargo, que al tomar decisiones administrativas habría incurrido en grave e inexcusable error, o al hacerlo haría hecho constar hechos que no sucedieron o habría dejado de relacionar los que ocurrieron. Más insólito aún fue el alegato de solicitante de que conforme a los ordinales 2 y 3 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Fiscal habría actuado con grave e inexcusable ignorancia de la Constitución, de la ley y del derecho y que habría violado, amenazado o menoscabado los principios fundamentales establecidos en la Constitución. Todo ello por haber comenzado a defender la Constitución.

---

[11] Véase en la reseña en *El Nacional*, caracas 21 de junio de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/sala-plena-del-tsj-aprobo-antejuicio-merito-fiscal-ortega-diaz_188686. NO se pudo acceder al link de la página web del Tribunal Supremo: http://www.tsj.gob.ve/es/-/sala-plena-del-tsj-admitio-solicitud-de-antejuicio-de-merito-contra-la-fiscal-general-de-la-republica

Con esta decisión, se concretó la amenaza de la remoción de la Fiscal General por el Tribunal Supremo de Justicia, cuando ello es potestad exclusiva y excluyente de la Asamblea Nacional,[12] lo que muestra no es otra cosa que la consolidación en Venezuela de una tiranía judicial, conducida por un Tribunal Supremo de ilegítimo origen.[13]

En este marco, como concluyó José Ignacio Hernández,

> "todos estos procesos no son más que un fraude que forma parte del golpe de Estado permanente en ejecución desde diciembre de 2015. Pues al final, los juicios ante la Sala Constitucional y la Sala Plena son meros instrumentos para lograr la separación de la Fiscal y la designación de quien ocupará la máxima jerarquía del Ministerio Público."[14]

Sobre todo, ello la Fiscal General de la República, en declaración pública formulada al mismo momento en el cual en el Tribunal Supremo se desarrollaba la audiencia a la cual se rehusó a asistir, expresó:

> "Este es un fraude procesal con el que se pretende intimidar a la Fiscal General. Pretenden callarme porque advertí nacional e internacionalmente que los integrantes de la Sala Constitucional, así como los magistrados que asignaron de manera rápida, abandonaron el sometimiento a la Constitución usurpando cualquier poder. […] Si el Tribunal Supremo de Justicia decidiera removerme arbitrariamente, tendré del deber de colaborar en el restablecimiento de su debida vigencia al igual que todo el pueblo venezolano. Esto es un golpe de Estado más grotesco que el de Carmona."[15]

IV. LA INCONSTITUCIONAL REMOCIÓN DE LA FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA, POR PARTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

El "proceso" iniciado contra la Fiscal General de la República por la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con los sablazos dados por la Tiranía Judicial antes mencionados, culminaron con la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, recién electa y constituida, adoptada el día 5 de agosto de 2017, de "remover" de su cargo a la Fiscal General de la República,[16] luego de que las fuerzas militares le impidieron el

---

12 Véase Juan Manuel Raffalli, ¿Qué hay detrás del antejuicio a la Fiscal?" en *Prodavinci*, 21 de mayo de 2017, en http://prodavinci.com/blogs/que-hay-detras-del-antejuicio-a-la-fiscal-por-juan-manuel-raffalli/

13 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo asumiendo el Poder Absoluto*, Caracas 2017, pp. 31-32.

14 Véase José Ignacio Hernández, "¿Qué viene luego de la audiencia a la Fiscal General?; por José Ignacio Hernández," en *Prodavinci*, 4 de julio de 2017, en http://prodavinci.com/blogs/que-viene-luego-de-la-audiencia-a-la-fiscal-general-por-jose-ignacio-hernandez/

15 Véase "Fiscal: "Esto es un golpe de Estado más grotesco que el de Carmona" // #MonitorProDa-Vinci, 4 de julio de 2017, en http://prodavinci.com/2017/07/04/actualidad/fiscal-esto-es-un-golpe-de-estado-mas-grotesco-que-el-de-carmona-monitorprodavinci//

16 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.322 Extraordinario de 5 de agosto de 2017, Véase igualmente la reseña "Asamblea Constituyente remueve del cargo a la fiscal general de Venezuela," en *cnn.español*, 5 de agosto de 2017, en http://cnnespanol.cnn.com/2017/08/05/asamblea-constituyente-suspende-del-cargo-a-la-fiscal-general-de-venezuela/ Véase el Comunicado oficial del Ministerio Público, en la reseña "Ortega Díaz: No me rindo, Venezuela no se rendirá ante la barbarie, el hambre, la oscuridad y la muerte," en *aporrea.org*, 5 de agosto de 2017, en https://www.apo-rrea.org/ddhh/n312596.html. Véase sobre todo ello: Allan R. Brewer-Carías, "El gran temor: la remoción de la Fiscal General de la República y el pavor frente a sus investigaciones," New York, 12 de agosto de 2017, en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/ 2017/08/172.-doc.-Brewer.-Gran-Temor.-Remoc-FGR.pdf

ingreso a la sede del Ministerio Público; decisión que fue absolutamente inconstitucional, y contraria al artículo 279 de la Constitución que le atribuye esa competencia en forma exclusiva a la Asamblea Nacional.[17]

La decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, se adoptó supuestamente "en ejercicio de su poder originario para reorganizar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático, tal como lo dispone el artículo primero del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, en concordancia con las Bases Comiciales, Cláusula Décima Primera;" base "constitucional" absolutamente falsa, pues primero, como lo hemos explicado,[18] la Asamblea Constituyente no tiene "poder originario" alguno, pues el poder constituyente originario indelegablemente permanece en el pueblo que es su único depositario; y segundo, porque la tarea que la Constitución encomienda a una Asamblea Nacional Constituyente, así hubiese sido inconstitucionalmente electa, para "reorganizar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático" solo puede reflejarse en la nueva Constitución que estaría llamada a redactar, no teniendo competencia alguna, mientras ésta no entre en vigencia luego de su aprobación popular, para modificar ni violar la Constitución de 1999.

La Asamblea Nacional Constituyente, además, en la decisión expresó que "aplicaba" la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 349 de la Constitución que indica "los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente," lo que por supuesto se limita a las materias que conforman la misión de la misma que en definitiva es solo "redactar una nueva Constitución" conforme al diseño que realice sobre la reforma del Estado y el nuevo ordenamiento jurídico; pero que en forma alguna la autoriza para usurpar las competencias de los Poderes Constituidos ni para violar la Constitución que permanece en vigencia.

Para tomar la decisión de remover a la Fiscal General de la República, la Asamblea tomó en consideración una "notificación" recibida del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena relativa a una supuesta decisión de 4 de agosto de 2017, cuyo texto el país no conocía, en la cual se habría decretado "la suspensión de la ciudadana Luisa Marvelia Ortega Díaz, titular de la Cédula de Identidad Nº 4.555.631, como titular del cargo de Fiscal General de la República Bolivariana de Venezuela, ordenando en consecuencia su inhabilitación para el ejercicio de cualquier función pública." Y simplemente, con base en esa "notificación," sin motivación alguna, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente decretó "remover" a la mencionada ciudadana del cargo de Fiscal General de la República:

> "por sus actuaciones contrarias a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, realizadas con contumacia, discriminación y parcialidad, llevando los márgenes de impunidad del país a históricos nunca antes vistos y que promovieron la violencia delictiva y con fines políticos, alterando gravemente la paz y la tranquilidad de la República."

Y nada más. Sin haberse indicado o referido ninguna conducta o hecho específico atribuido a la Fiscal General se la removió de su cargo, por supuesto violándose abiertamente la

---

17 Véase sobre las reacciones en el mundo en contra de la medida, en la reseña: "Así reaccionó el mundo a la destitución de la fiscal general de Venezuela," en *Cnn.español*, 5 de agosto de 2017, en http://cnnespa-nol.cnn.com/2017/08/05/asi-reacciono-el-mundo-a-la-destitucion-de-la-fiscal-general-de-venezuela/.

18 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La Gran Mentira: La Asamblea Nacional Constituyente ni es soberana, ni es depositaria del poder constituyente originario, ni es reconocida globalmente," de agosto de 2017,' http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/171.-doc.-La-Gran-mentira.-ANC-no-es-soberana.pdf

Constitución, porque conforme al artículo 279 es competencia exclusiva de la Asamblea Nacional (y dicho artículo no ha sido reformado ni derogado), decidir sobre la remoción de los integrantes del Poder Ciudadano, entre quienes está la Fiscal General.

Como consecuencia de lo anterior, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente decretó designar al "Presidente del Consejo Moral Republicano, Tarek Willians Saab, titular de la Cédula de Identidad Nº 8.459.301, como Fiscal General de la República," indicándole que debía ejercer sus funciones:

> "de acuerdo a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica del Ministerio Público y los actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente, depositaria del poder constituyente originario. Cesando en sus funciones como Defensor del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela, a partir de la presente fecha."

En esta forma, un órgano que conforme a la Constitución debe ser autónomo en el ejercicio de sus funciones, que debe cumplir exclusivamente sujeto a la Constitución y las leyes, la Asamblea Nacional Constituyente lo convirtió, violando la Constitución, en un órgano que debe cumplir con sus funciones sujeto a lo que decida la Asamblea. Ello, sin duda, es el fin de la autonomía del Ministerio Público prevista en el artículo 273 de la Constitución, el cual también se violó con dicho decreto.

Demás está reiterar que es mentira que la Asamblea Nacional Constituyente sea "depositaria del poder constituyente originario" como se insiste en repetir en el artículo único de este decreto, porque es claro que conforme al artículo 347 de la Constitución, "el pueblo es el depositario del poder constituyente originario" constituyendo una usurpación de la soberanía del pueblo tal declaración, lo que hace éste y todos los actos de la fraudulenta Asamblea nacional Constituyente nulos, de nulidad absoluta conforme a lo establecido en el artículo 138 de la Constitución.

Tercero, en la misma fecha, y luego de remover a la Fiscal General de la República y de nombrar un sustituto sometido a sus designios, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, decretó

> "la emergencia y reestructuración del Ministerio Público, por su inactividad manifiesta conforme a los índices delictivos y de actos conclusivos acusatorios mínimos, según constan en la Memoria y Cuenta de esta Institución durante los últimos diez años, colocando a la República en situación de vulnerabilidad en su combate contra la violencia delictiva y la violencia con fines políticos, generando por esta vía la desestabilización del país."

Ante esas decisiones evidentemente inconstitucionales, la Asamblea Nacional mediante Acuerdo de 7 de agosto de 2017, expresó categóricamente y con razón que:

> "la decisión de remover a la Fiscal General de la República adoptada por el órgano constituyente espurio es absolutamente nula e inexistente, pues implica usurpación de las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional; igualmente nulo e inexistente es el acto de designación de Tarek William Saab como Fiscal General de la República."[19]

La Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz, por su parte, el 6 de agosto de 2017, con razón había expresado que:

---

[19] Véase el texto del Acuerdo en http://www.asambleavenezuela.com/documentos_archivos/acuerdo-contra-la-constituyente-56.pdf.

> "No puede ser que la primera decisión de esta Asamblea, esta Constituyente presidencial, teniendo instrucciones del Ejecutivo cuando la Constitución dice que el poder constituido no le va a dar instrucciones a la Asamblea Constituyente, […] procedieron a remover, de manera ilegítima, a la Fiscal General. Yo desconozco esa remoción. Yo sigo siendo la Fiscal General de este país".

Y agregó:

> "Estamos ante un poder de facto porque no es un gobierno. Aquí no hay gobierno. Los gobiernos, además de todo el concepto doctrinario y filosófico que existe, son para garantizar la felicidad al pueblo. Y aquí, quien está ocupando de manera ilegal el poder es la Asamblea Nacional Constituyente." [20]

Esta posición fue respaldada por la Asamblea Nacional en su Acuerdo del 7 de agosto de 2017, en el cual resolvió:

> "respaldar a la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz, en su determinación de continuar en el desempeño de las funciones para las que fue designada por la Asamblea Nacional y rechazar el proceder arbitrario de efectivos militares que, siguiendo instrucciones del régimen dictatorial, fuera de toda legalidad, impidieron a la titular del Ministerio Público el ingreso a la sede de la institución, así como deplorar la violación del derecho al debido proceso cometida por el Tribunal Supremo de Justicia y por el órgano supuestamente constituyente." [21]

Dichos actos inconstitucionales tuvieron amplio rechazo nacional, pues como lo resumió José Ignacio Hernández,

> "De haber sido electa conforme a la Constitución, la asamblea nacional constituyente no podría haber tomado esa decisión, pues su única función –así definida en el artículo 347 constitucional– es dictar una nueva Constitución. No puede, por ello, ejercer funciones de los otros órganos del Poder Público, como es la función de la Asamblea Nacional de designar y remover a la Fiscal conforme a la Constitución de 1999.
>
> Al haber sido constituida de manera ilegítima y fraudulenta, menos podría esta asamblea usurpar funciones de la Asamblea a fin de remover a la Fiscal y designar a su sustituto. Con lo cual, tanto la decisión de remoción de la Fiscal como la designación transitoria de quien ejercería tal cargo, son actos nulos e inexistentes, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución.

Por más que la constituyente diga lo contrario, Luisa Ortega Díaz sigue siendo la Fiscal General de la República. Y quien hoy ocupa ese cargo no es más que un funcionario que de hecho usurpa funciones."[22]

El rechazo a la inconstitucional decisión, en todo caso, también fue generalizado a nivel internacional,[23] de manera que entre muchas manifestaciones, por ejemplo: el Secretario

---

20 Véase en la reseña "Oposición y chavismo disidente en un mismo foro: ¿qué dijeron? // #MonitorProdavinci, en *Prodavinci,* 6 de agosto de 2017, en http://prodavinci.com/2017/08/06/actualidad /oposicion-y-chavismo-disidente-en-un-mismo-foro-que-dijeron-monitorprodavinci/.

21 Véase el texto del Acuerdo en http://www.asambleavenezuela.com/docu-mentos_archivos/acuerdo-contra-la-constituyente-56.pdf.

22 Véase lo expuesto por José Ignacio Hernández, "Sobre el intento de remover a la Fiscal General de la República," en *Prodavinci*, 6 de agosto de 2017, en http://prodavinci.com/blogs/sobre-el-intento-de-remover-a-la-fiscal-general-de-la-republica-por-jose-ignacio-hernandez/?platform=hootsuite.

23 Véase José Ignacio Arcaya, "Estos son los países enfrentados a la constituyente de Maduro," 11 de octubre de 2017, en El Estímulo http://elestimulo.com/blog/estos-son-los-paisesenfrentados-a-la-constituyente-de-maduro/.

General de la Organización de Estados Americanos (OEA), Luis Almagro, dijo que el organismo desconocía la destitución de Ortega y la designación de Saab; la Cancillería y la Fiscalía mexicanas condenaron la destitución de la Fiscal, llamando al gobierno a cesar "los actos de hostigamiento y uso de la fuerza pública contra las instituciones del Estado;" la Presidenta de Chile, Michelle Bachelet, dijo que la destitución de Ortega era "un paso más en el quiebre democrático" de Venezuela; la Fiscalía General de Guatemala expresó su "profunda preocupación por la grave vulneración de la independencia institucional del Ministerio Público de Venezuela;" la Cancillería de Canadá condenó la remoción de Ortega y dijo que la primera acción de la Asamblea Constituyente había sido desmantelar aún más la separación de poderes y la democracia en Venezuela; y el presidente del Parlamento Europeo, Antonio Tajani, dijo que la destitución de la fiscal era "otra prueba de la alteración del orden institucional" en Venezuela.[24]

Este desconocimiento global respecto de la decisión de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente de remover a la Fiscal General, violando la Constitución porque ello solo corresponde a la Asamblea Nacional, fue generalizado en el ámbito de los Fiscales y Ministerio Público de América Latina, habiendo recibido el respaldo de la Cumbre de Fiscales Generales Iberoamericanos, lo que incluso le permitió a la Fiscal General, luego de abandonar el país, haber intervenido en la reunión de dicha Cumbre realizada en México el mismo día de 18 de agosto de 2017.[25]

Por todo lo anterior, también, con razón, el Presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, expresó que la "destitución de Fiscal Luisa Ortega es el primer acto dictatorial de una Constituyente ilegítima;"[26] y la representante de la Unión Europea para la Política Exterior, Federica Mogherini, indicó que:

> "La investidura de la Asamblea Constituyente y sus primeras acciones, incluyendo la remoción de Luisa Ortega de su puesto en el Ministerio Público, han debilitado más las perspectivas de una vuelta pacífica al orden democrático en Venezuela." [27]

Por otra parte, en la misma fecha de remoción de la Fiscal General de la República y de nombrar un sustituto sometido a sus designios, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, decretó

---

24 Véase la reseña: "Así reaccionó el mundo a la destitución de la fiscal general de Venezuela," en CCN español, 5 de agosto de 2017, en http://cnnespanol.cnn.com/2017/08/05/asi-reacciono-el-mundo-a-la-destitucion-de-la-fiscal-general-de-venezuela/#0

25 Véase la reseña: "¡Rompió el Silencio! Luisa Ortega en Cumbre de Fiscales en México: "Les pido que no abandonemos a Venezuela"", en www.noticias-videos, 18 de agosto de 2017, en https://noticiasvi-deos1.com/rompio-silencio-luisa-ortega-cumbre-fiscales-mexico-les-pido-no-abandonemos-venezuela/. Véase también la reseña: "Fiscales iberoamericanos respaldaron a Luisa Ortega e impidieron ingresar a una reunión a la enviada del régimen chavista. Katherine Harrington intentó irrumpir en la Asamblea extraordinaria en Buenos Aires y los procuradores de la Asociación se negaron. Solo permitieron la entrada de la enviada de la fiscal general de Venezuela."

26 Véase en la reseña "Colombia calificó destitución de la FGR como "primer acto dictatorial" de la constituyente cubana," en la patilla. 5 de agosto de 2017, en http://www.lapatilla.com/site /2017/08/05/colombia-califico-destitucion-de-la-fgr-como-primer-acto-dictatorial-de-la-constituyente-cubana/.

27 Véase en la reseña "Unión Europea: Instalación de Constituyente y "remoción" de Fiscal dificulta vuelta al orden democrático," en *Lapatilla.*com, 7 de agosto de 2017, en http://www.lapatilla.com/site/2017/08/07/union-europea-instalacion-de-constituyente-y-remocion-de-fiscal-dificulta-vuelta-al-orden-democratico/.

> "la emergencia y reestructuración del Ministerio Público, por su inactividad manifiesta conforme a los índices delictivos y de actos conclusivos acusatorios mínimos, según constan en la Memoria y Cuenta de esta Institución durante los últimos diez años, colocando a la República en situación de vulnerabilidad en su combate contra la violencia delictiva y la violencia con fines políticos, generando por esta vía la desestabilización del país."

Y para velar mediante esas declaraciones por el "fiel cumplimiento y seguimiento de esta decisión soberana," la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente nombró una comisión presidida por uno de sus miembros, usurpando de nuevo la soberanía que conforme al artículo 5 de la Constitución "reside intransferiblemente en el pueblo," y nadie puede arrogársela; y mucho menos una Asamblea inconstitucional que el pueblo no convocó como lo impone el artículo 347 de la Constitución.

Luego, la Fiscal General de la Republica, quien persiguió sin límites durante más de una década a toda la disidencia política en el país, y dejó de perseguir igualmente sin límites a quien debía, denunció bien tardíamente hechos delictivos cometidos por funcionarios del régimen en materia de corrupción,[28] narcotráfico,[29] y violaciones a los derechos humanos.[30] No se refirió, sin embargo, a otros hechos delictivos que en su momento también dejó de investigar y denunciar, como los relativos a la progresiva y sistemática violación impune de la soberanía nacional por países extranjeros con la anuencia del régimen, que fueron denunciados por la Mesa de la Unidad Democrática, MUD el 13 de agosto de 2017, al rechazar "la intervención cubana," explicar "la presencia e injerencia en los asuntos internos de nuestro país y, muy especialmente, de nuestra Fuerza Armada Nacional Bolivariana, de personal civil y militar extranjero," y destacar el hecho de que "Venezuela tiene años intervenida militar y políticamente por Cuba no solo afectando nuestra soberanía e independencia, sino también constituyendo una de las principales causas de la violencia y la represión por parte del Gobierno."[31]

En todo caso, lo que la Fiscal General removida aparentemente conocía, es quizás lo que explica las decisiones tomadas en su contra ante el gran temor que el régimen debía tener respecto de las investigaciones que había adelantado, y que solo removiéndola de su cargo y sometiendo el Ministerio Púbico a control de la Asamblea Constituyente, se pensó que podían detener.

Esto fue lo que en todo caso captó el diario *The Wall Street Journal* de Nueva York, en su edición de 12 de agosto de 2017, en la cual se lee lo siguiente sobre la Fiscal Ortega Díaz:

---

28 Véase las reseñas: "Ortega Díaz anunció que pronto acusarán a funcionarios por caso Odebrecht," en *Runrunes*, 11 de julio de 2017, en http://runrun.es/nacional/317135/ortega-diaz-anuncio-que-pronto-acusaran-a-funcionarios-por-caso-odebrecht.html; "Fiscal Ortega denuncia que el TSJ bloquea investigación de Odebrecht en Venezuela," en *CNNespañol*, 14 de julio de 2017, en http://cnnespa-nol.cnn.com/2017/07/14/fis-cal-ortega-denuncia-que-el-tsj-bloquea-investigacion-de-odebrecht-en-venezuela/.

29 Véase la reseña: "Luisa Ortega Días se refirió al caso de los "narcosobrinos," en *El Nacional,* 4 de julio de 2017, en http://www.el-nacional.com/videos/politica/luisa-ortega-diaz-refirio-caso-los-narcosobrinos_38206

30 Véase la reseña: "Luisa Ortega Díaz: ha sido grave la violación de DDHH en el país," en El Estímulo, 20 de junio de 2017, en http://elesti-mulo.com/blog/luisa-ortega-diaz-ha-sido-grave-la-violacion-de-ddhh-en-el-pais/

31 Véase el texto en http://www.noticiasbarquisimeto.com/2017/08/13/hablo-la-mud-y-rechazo-amenazas-militares-de-donald-trump/

"Ayudada por países amigos, está adelantando su trabajo. Ella, anteriormente, formuló docenas de cargos en materia de corrupción contra funcionarios, muchos en conexión con la gigante constructora brasileira Odebrecht SA, y fue la compiladora principal de las denuncias de abusos contra los derechos humanos bajo el gobierno de Nicolás Maduro en las recientes protestas antigubernamentales […].

Como la Constitución le impedía destituir a la Sra. Ortega, el Sr. Maduro acudió a la Asamblea designada a dedo y establecida para sobreponerse sobre la Asamblea nacional controlada por la oposición. Horas después que se instaló la semana pasada, la Asamblea Constituyente por unanimidad votó para destituirla. El gobierno se movió para cerrar sus investigaciones y para intimidar a los fiscales leales a ella, dijo la Sra. Ortega."

El diario *The Wall Street Journal*, concluyó su reseña, indicando que:

"Los Fiscales brasileiros dijeron que consideran a la Sra. Ortega la Fiscal General legítima del país, y continúan cooperando con ella en los cargos de corrupción relacionados con los dos países."[32]

El temor o miedo que provocaron estas primeras decisiones de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente removiendo a la Fiscal General para frenar las investigaciones que había iniciado, pareció desde entonces que se podía tornar en pavor, si la Fiscal General continuaba sus investigaciones y tenía a buen resguardo los documentos necesarios para sustentarlas.[33]

---

[32] Véase Anatoly Kurmannaev, Luciana Magalhaes y Juan Alonso, "Fired Prosecutor is still on Maduro's Trial," en *The Wall Street Journal*, New York, 12 de Agosto de 2017, p. A8.

[33] Según información publicada el 11 de agosto de 2017, "Antes de que se instalara la Asamblea Constituyente y previo a su destitución, **la fiscal general Luisa Ortega Díaz *obtuvo copias digitales de los documentos*** *que necesitaba* para avanzar con sus investigaciones sobre los casos de corrupción del Gobierno./ Anteriormente, Ortega había presentado cargos de corrupción contra funcionarios ***por sus nexos con la constructora brasileña Odebrecht SA,*** y el Sebin, por ser el principal compilador de presuntos abusos de derechos humanos durante los últimos cuatro meses de disturbios antigubernamentales." Véase la reseña en: "EEUU y Brasil colaborarán con Ortega Díaz en investigación de caso Odebrecht," en *Notitotal*, 11 de agosto de 2017, en http://notitotal.com/2017/08/11/eeuu-brasil-colaboraran-ortega-diaz-caso-odebrecht/

LA ANULACIÓN ANTICIPADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL, EN "JUICIO SUMARIO," DE LA ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO, Y EL SOMETIMIENTO DE LOS MISMOS A JUICIO MILITAR

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *El comentario que sigue se refiere a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Nº 545 del 20 de julio de 2017, dictada en un juicio sin proceso ni partes desarrollado en 24 horas, declarando la nulidad de actos futuros de la Asamblea Nacional de designación de nuevos magistrados del Tribunal Supremo;*

Palabras Clave: *Tribunal Supremo de Justicia. Magistrados*.

Key words*: The following Paper refers to the decision of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, Nº 545 of July 20, 2017, issued in a trail without process nor parties developed in just 24 hours, declaring the nullity of future acts of the national Assembly electing new Justices of the sa e Supreme Tribunal*.

Abstract: *Supreme Tribunal of Justice. Justices*.

I

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, integrada entre otros por tres de los llamados magistrados "exprés" nombrados por la anterior Asamblea Nacional el 23 de diciembre de 2015,[1] violando la Constitución y luego de haber terminado sus sesiones,[2] mediante sentencia Nº 545 del 20 de julio de 2017,[3] dictada en un "juicio de nulidad" en el cual no identificó el acto estatal alguno objeto del recurso, que se desarrolló sin proceso alguno en menos de 24 horas –sentando sin duda un record universal en materia de Justicia Constitucional–, firmada por jueces que decidieron en su propia causa; declaró prospectivamente, es decir, hacia futuro, la "nulidad absoluta" de eventuales decisiones que pudiera adoptar la Asamblea Nacional en relación con la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, incluidos tres de la misma Sala Constitucional en sustitución de los inconstitucionalmente designados; reiterando además, de pasada:

---

1 Véase el "Acuerdo mediante el cual se designa a los Magistrados y Magistradas Principales y Suplentes del Tribunal Supremo de Justicia, en *Gaceta Oficial* Nº 40.816 de 23 de diciembre de 2015.

2 Véase los comentarios sobre esa designación en Allan R. Brewer-Carías, "El irresponsable intento de "golpe judicial" electoral, y la necesaria revocación inmediata de la inconstitucional "designación" de los magistrados de la Sala Electoral efectuada por la asamblea moribunda," 4 de enero de 2016, en: http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/LA%20IRRESPONSABILIDAD%20EN%20EL%20GOLPE%20JUDICIAL%20ELECTORAL%20Y%20LA%20REVOCACI%C3%93N%20DE%20LOS%20JUECES%2004-01-2016.pdf.

3 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/201349-545-20717-2017-2017-0799.HTML

"que la Asamblea Nacional se encuentra en desacato y, en consecuencia, todos sus **actos son nulos de nulidad absoluta**, carentes de validez y eficacia jurídica derivada del permanente desacato en que se encuentra la Junta Directiva designada el 5 de enero de 2016, como se declaró en sentencia de esta Sala número 02 del 11 de enero de 2017."[4]

II

Debe recordarse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisiones adoptadas durante el año 2016, había materialmente "abolido" la potestad de la nueva Asamblea Nacional que comenzó sus funciones el 5 de enero de 2016 luego de la elección parlamentaria del 6 de diciembre de 2015, para poder revisar sus propios actos legislativos y poder revocarlos,[5] en particular, la mencionada inconstitucional decisión que había adoptado la Asamblea Nacional precedente nombrando inconstitucionalmente trece magistrados y veinte Magistrados suplentes del mismo Tribunal.[6]

En un Estado de derecho, es inherente a los órganos del Estado ejercer su poder de auto-tutela respecto de actos dictados con anterioridad pudiendo revocarlos máxime cuando estimen que están viciados de nulidad absoluta. Ese poder de auto-tutela, por supuesto, lo tiene la Asamblea Nacional, en forma ilimitada cuando se trate de actos normativos como las leyes, las cuales como lo dice la Constitución, se derogan por otras leyes (art. 218; y en cuanto a los demás actos parlamentarios sin forma de ley, en todo caso en el cual se considere que los mismos fueron dictados violándose la Constitución Por ejemplo, tratándose de elección de autoridades en segundo grado, la Asamblea Nacional estima que se hizo violando la Constitución, está obligada a revocar la elección pues siendo inconstitucional, la elección daría lugar a una usurpación de funciones y sus actos en todo caso serían nulos de acuerdo con la misma Constitución (art. 138).

En base en ello, y a pesar de las inconstitucionales sentencias de la sala Constitucional pretendiendo despojar a la Asamblea Nacional de sus poderes y facultades para elegir os Magistrados cuya constitucional elección estaba pendiente, durante los últimos meses desarrolló el procedimiento constitucionalmente previsto para la selección y elección de los mismos, de manera que luego de conformado el Comité de Postulaciones Judiciales previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (arts. 64 ss.) y habiendo la Comisión par-

---

4 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001.HTML Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La consolidación de la Tiranía Judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, Nº 15, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas / New York, 2017, pp. 116 y ss.

5 Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "Un nuevo golpe contra la voluntad popular y la Constitución. La Sala Constitucional privó a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y redujo inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública (sentencia Nº 9 de 1-3-2016)," en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2016/03/127.-BREWER.-NUEVO-GOLPE-CONTRA-LA-VOLUNTAD-POPULAR-SC-sent.-9-1-3-2016.pdf

6 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML. Véase el comentario 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 Nº 9 de 1-3-2016," en http://www.allanbrewer-carias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016).pdf.

lamentara Especial designada desarrollado sus actividades para cumplir ese proceso, fijó para el día 21 de julio de 2017 la sesión especial de la Asamblea para hacer la elección y tomar juramento de los Magistrados electos.

III

Ante tal anuncio que era por supuesto del dominio público, el día 19 de julio de 2017, un ciudadano abogado, interpuso ante esta Sala Constitucional, un "*recurso de nulidad por inconstitucionalidad*" no de un acto específico como lo exige la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (art. 25.1), sino "del proceso para la designación de Magistrados y Magistradas al Tribunal Supremo de Justicia que actualmente conduce la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, por afectación directa de interés colectivos (sic) y difusos debido a los efectos de este proceso".

Ese mismo día miércoles 19 de julio se dio cuenta en Sala, se designó Ponente, posteriormente se resolvió resolver el asunto "en forma conjunta" y se pasó a dictar sentencia al día siguiente 20 de julio de 2017.

En los anales de la Justicia universal, no se registra ningún caso en el cual un juicio de nulidad por inconstitucionalidad de un acto o actuación parlamentaria, se haya realizado en menos de 24 horas, es decir, de un día para otro. Ese récord universal, ahora lo tiene el Tribunal Supremo de Justicia en este caso.

En esas breves horas, que incluyeron las de la noche, durante las cuales algún sueño tuvieron que tener los siete magistrados que decidieron conjuntamente el asunto, los mismos estudiaron la pretensión del recurrente, un abogado que lo único que alegó fue que efectivamente la Asamblea Nacional desde el día 13 de junio de 2017 había resuelto iniciar el procedimiento de elección de los Magistrados del Tribunal Supremo que estaba pendiente, procediendo a juramentar el respectivo Comité de Postulaciones Judiciales; que dicho Comité se había dirigido al Consejo Moran Republicano sobre la selección efectuada, y que había fijado para el 21 de julio de 2017 la sesión de la Asamblea para realizar la elección, con todo lo cual el recurrente consideró que se pretendía " usurpar las funciones jurisdiccionales" de los Magistrados que habían sido designados en diciembre de 2015; y que el procedimiento que había seguido la Asamblea era "irregular y caprichoso," pues supuestamente no existía vacante alguna en el Tribunal, y el "procedimiento" que se había seguido era un "evidente fraude a la Constitución."

Agregó el demandante que el Tribunal Supremo había desestimado diversas "solicitudes de impugnación de los cargos a magistrados" basándose en la apreciación de que en el procedimiento para su designación supuestamente se había cumplido con las formalidades de ley; y que la "pretensión de la Asamblea Nacional" podía "constituir usurpación de funciones públicas por parte de las personas que pretenden ocupar esos cargos, lo cual constituye el delito previsto en el artículo 213 del Código Penal venezolano." Adujo además el recurrente que "de concretarse la designación se crearía un órgano judicial paralelo," solicitando finalmente que se declarara con lugar el recurso intentado se declarara "con lugar la nulidad del procedimiento y de los actos efectuados por la Asamblea Nacional para la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia."

La Sala sin mayores consideraciones, a pesar de que no se identificaba ningún acto estatal impugnado ni se denunciaba la violación de ninguna norma constitucional, declaró su competencia para conocer de la acción interpuesta, admitió la demanda y declaró la resolución de la misma como de mero derecho pues supuestamente, en la causa no se requería "la evacuación de prueba alguna, al estar centrado en la obtención de un pronunciamiento objetivo sobre la constitucionalidad o no de una actuación de un órgano del poder público (asamblea nacional)," y que era "de carácter urgente su resolución".

IV

En las consideraciones para decidir, la Sala fue precisa en indicar que "el recurso de nulidad por inconstitucionalidad" se había incoado para "impugnar el proceso iniciado, el 13 de junio de 2017, por la Asamblea Nacional para la designación de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, así como de todos los actos efectuados para tal designación," sin identificarse acto alguno, "por ser contrarios a lo dispuesto en el artículo 264 del Texto Fundamental" que establece la forma de selección y elección de los magistrados, y a normas no identificadas de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano y de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En particular, la Sala hizo mención al hecho de que a pesar de que el Consejo Moral Republicano había declarado "extemporánea la lista de candidatos preseleccionados por haberse producido ya esa selección en fecha 16 de diciembre de 2015," sin embargo, la Asamblea había anunciado que el día 21 de julio de 2017, efectuaría la designación y juramentación formal de los nuevos Magistrados.

La Sala pasó entonces a decidir indicando que "tal y como lo alegara el recurrente, la Asamblea Nacional que se encuentra "en manifiesta expresión de no acatar la Constitución" y, específicamente, las sentencias de la Sala Constitucional números 260 del 30 de diciembre de 2015, 1 del 11 de enero de 2016 y 108 del 1 de agosto de 2016 de la Sala Electoral y las números 269 del 21 de abril de 2016, 808 del 2 de septiembre de 2016, 810 del 21 de septiembre de 2016, 952 del 21 de noviembre de 2016, 1012, 1013, 1014 del 25 de noviembre de 2016 y 2 del 11 de enero de 2017,"[7] designando un Comité de Postulaciones e iniciando un procedimiento de selección de magistrados, argumentando lo siguiente:

1. Que la Asamblea Nacional había desconocido que la oportunidad para la preselección de los Magistrados había precluído ya que designación y juramentación de los mismos se había producido el 16 de diciembre de 2015 (*Gaceta Oficial* Nº 40.816 de 23 de diciembre de 2015), siendo "grotescamente extemporánea" la segunda selección como lo declaró el Consejo Moral Republicano. La Sala además, destacó sobre la selección de los Magistrados que la misma ya se había pronunciado en sentencia Nº 9 de 1 de marzo de 2016, en la cual había declarado "***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,*"[8] al estimar que se trata de un manifiesto fraude constitucional a la luz del contenido del artículo 265 de la Constitución." Igualmente, la Sala citó su sentencia No 614 de 19 de julio de 2016, en la cual "declaró nulo el acto parlamentario por medio del cual los Diputados de la Asamblea Nacional aprobaron el informe presentado por la anulada "Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia." La Sala, al referirse a estas sentencias, en forma totalmente inusual, concluyó diciendo que su "contenido se ratifican en esta oportunidad."

---

7 Véase sobre todas esas sentencias los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017; y *La consolidación de la Tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, Nº 15, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas / New York, 2017.

8 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML

2.- Y segundo que en el Tribunal Supremo de Justicia no se había producido falta absoluta de uno o de alguno de sus Magistrados, que hiciera necesaria "la ocupación del cargo vacante," considerando que con ello se infringía lo dispuesto en el artículo 10.8 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano sobre el procedimiento de preselección de candidatos por dicho Poder. De ello dedujo la Sala que en el caso que decidía, el procedimiento estaba "viciado y los actos realizados en el mismo están en abierta contradicción con el Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia," al pretender "desconocer a las autoridades legítimamente designadas conforme a la Constitución y a las leyes de la República por la Asamblea Nacional mediante el acto legislativo publicado en Gaceta Oficial Nº 40.816 de 23 de diciembre de 2015. Además, indicó la Asamblea Nacional, que "los actos de la Asamblea Nacional que se impugnan mediante la presente acción de nulidad," sin que se hubiesen en ninguna parte identificado los mismos, "violan el principio constitucional de seguridad jurídica sobre el cual se fortalece un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia." De lo anterior, la Sala Constitucional, en su sentencia, terminó declarando que "en el presente caso se ha pretendido usurpar funciones, se ha menoscabado la seguridad jurídica y la legalidad necesarias dentro del Estado de Derecho, al iniciar un procedimiento y dictar actos con el pretendido fin de designar nuevos Magistrados y Magistradas de este Alto Tribunal de la República, contrariando la certeza jurídica que debe tener la población del país sobre su ordenamiento jurídico, su fiel aplicación y las autoridades competentes y legítimamente designadas para tal efecto."

V

Con base en todo lo anterior, la Sala Constitucional, "vista la infracción constitucional a los principios de legalidad, seguridad jurídica y orden público constitucional," terminó declarando

> "con lugar el recurso de nulidad interpuesto y, en consecuencia, nulo el procedimiento iniciado por la Asamblea Nacional, así como todos los actos efectuados por ésta para la aludida designación. Así se decide."

De nuevo, la Sala no declaró la nulidad de ningún acto jurídico específico dictado pro la Asamblea Nacional, ya que no se había impugnado ninguno, sino solo declaró la nulidad del procedimiento iniciado por la Asamblea. Para cuando esta decisión de publicó el 20 de julio de 2017, no se había dictado acto alguno por la Asamblea Nacional alguno sobre la materia, pasando entonces la Sala a referirse a que lo que había era una "amenaza inminente de la Asamblea Nacional de designar y juramentar a los ciudadanos seleccionados como presuntos magistrados a través del procedimiento declarado nulo por ser contrario a la Constitución (artículo 138)," advirtiendo entonces a:

> "dicho órgano legislativo nacional así como a cualquier ciudadano que se pretenda investir del cargo de Magistrado o Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia, que la usurpación de funciones está prevista como delito en el artículo 213 del Código Penal, y que los fallos no son de cumplimiento potestativo como se desprende de la Constitución (artículo 7), la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 1) y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 3), sino que **son de obligatorio cumplimiento**, so pena de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento venezolano ha dispuesto para el respeto y mantenimiento del orden público constitucional y más aún para el respeto y preservación del sistema democrático."

La Sala Constitucional, así, lo que en definitiva hizo fue declarar nulos actos futuros que ni siquiera sabía si se iban a producir; y además, anticipadamente como lo observó Jesús Loreto, procedió a condenar "la designación y la asunción de los magistrados del TSJ, que todavía no ha ocurrido," y lo hizo "sin siquiera haber escuchado lo que tienen que

decir al respecto los que resulten seleccionados como Magistrados y terminan asumiendo como tales, lo que es la más clara violación al sagrado derecho a la defensa y al debido proceso."[9]

VI

En todo caso, y paralelo a esa amenazas y condenas anticipadas, la Asamblea Nacional, como anunciado y reafirmando su autonomía como representación popular, efectivamente celebró el día 21 de julio de 2017 la sesión especial que se había convocado para considerar el Informe de la Comisión Especial, y elegir los 13 Magistrados principales y 20 magistrados suplentes del Tribunal Supremo de Justicia, los cuales fueron debidamente juramentados.[10]

Frente a ello, el Tribunal Supremo de Justicia, a través del Presidente de su Sala Constitucional el mismo día declaró que "*los órganos civiles y militares deben ejecutar las acciones necesarias para enfrentar la supuesta usurpación de cargos* en la que incurrieron los 33 jueces que designó como magistrados este viernes la Asamblea Nacional," y además, "ejecutar las acciones de coerción a fin de mantener la paz y la estabilidad," agregando que:

> "Al realizar ese acto írrito estamos en presencia de un delito en flagrancia permanente. Estos ciudadanos no solo cometieron el delito de usurpación de funciones, sino traición a la patria", agregó el juez al referirse tanto sobre los nuevos magistrados y como sobre los parlamentarios que los nombraron."[11]

Lo insólito de la orden del Tribunal Supremo, es que haya sido dirigida a militares, lo que significa la aberrante sugerencia de someter a juicio militar a unos Magistrados por el solo hecho de haber sido electos como tales por la Asamblea Nacional, que es la única autoridad que representa al pueblo.

Y efectivamente, siguiendo esta insólita orden del Tribunal Supremo, el día siguiente 22 de julio de 2017, en violación de todas las reglas del debido proceso, las autoridades de policía comenzaron a detener sin formula de juicio a Magistrados designados por la Asamblea Nacional, como sucedió con el destacado profesor Ángel Zerpa Aponte,[12] quien de seguidas, el 24 de julio de 2017, quedó privado de libertad por orden de una juez militar de Caracas.[13]

---

9 Véase Jesús Alejandro Loreto, "Sala Constitucional y su 'Minority Report," en *Prodavinci*, 21 de julio de 2017, en http://prodavinci.com/blogs/sala-constitucional-y-su-minority-report-por-jesus-alejandro-loreto-c/

10 Véase "Asamblea Nacional juramentó nuevos Magistrados del TSJ," en *NotiEspartano.com*, 21 de julio de 2017 en https://notiespartano.com/2017/07/21/asamblea-nacional-juramento-nuevos-magistrados-del-tsj/

11 Véase la reseña: "TSJ: Órganos civiles y militares deben actuar contra magistrados ilegítimos. La Sala Constitucional aseguró que tanto diputados como los magistrados designados hoy incurrieron en delitos penados en la jurisdicción civil y en la castrense," en *El Nacional*, 21 de julio de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/tsj-organos-civiles-militares-deben-actuar-contra-magistrados-ilegitimos_194477

12 Véase la reseña: "Sebin detuvo a uno de los nuevos magistrados del TSJ. Los funcionarios se llevaron al magistrado de la Sala Político Administrativa, Ángel Zerpa Aponte," en *El Nacional*, Caracas 22 de julio de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/sebin-detuvo-uno-los-nuevos-magistrados-del-tsj_194713

13 Véase la reseña en Rosalie Méndez Rea, "Magistrado Ángel Zerpa se declaró en huelga de hambre tras ser privado de libertad," en *El Carabobeño*, 24 de julio de 2017, en https://www.el-carabobeno.com/

SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LAS DEMANDAS DE ABSTENCIÓN

Carlos Reverón Boulton
Abogado

Resumen: *Análisis de las causales de inadmisibilidad de las demandas de abstención según lo previsto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y las decisiones de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que analizan esas causales.*

Palabras Clave: *Inadmisibilidad, caducidad, abstención o carencia, omisión*.

Abstract: *Analysis of the grounds for dismissal of the appeal for failure to act pursuant to the relevant provisions contained in "Constitutional Law of the Jurisdiction Contentious Administrative" and the rulings of the Political Administrative Chamber of the Venezuelan Supreme Court that have addressed this issue.*

Key words*: Dismissal, prescription, appeal for failure to act, omission.*

INTRODUCCIÓN

Estas breves notas tienen por objeto analizar cómo ha sido contemplado el ejercicio de la demanda de abstención (tradicionalmente conocida como recurso de abstención o carencia) en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante "LOJCA") y cómo ha sido interpretado éste por parte de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia[1].

De manera muy concreta nos referiremos a las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 35, numerales 1 y 7 de la LOJCA; el primero de ellos, relacionado con la *caducidad de la acción*; y el segundo, con *otros requisitos* que estén expresamente contemplados en la Ley, como lo es el caso de lo establecido en el artículo 66 *eiusdem*, el cual prevé que en las demandas de abstención se deberá cumplir con el requisito adicional de acompañar al libelo copia de la gestión realizada ante la Administración para obtener un pronunciamiento sobre la petición realizada.

El análisis que a continuación se realizará tiene como motivo fundamental el hecho de que la gran mayoría de estas demandas que se han presentado ante la Sala Político Administrativa *se han declarado inadmisibles* en virtud de que, principalmente, se ha incumplido con la carga que establecen los artículos 35.7 y 66 de la LOJCA referidos a la exigencia de acom-

---

[1] En la LOJCA el tradicional recurso de abstención o carencia ha sido definido como demanda de abstención y tiene por objeto conocer -según la ley- la abstención o la negativa de las autoridades a producir un acto al cual estén obligados por la ley (art. 9.2). El procedimiento para sustanciar estas demandas por abstención está consagrado a partir del artículo 65 de la LOJCA.

pañar, junto con el libelo de la demanda, las gestiones realizadas para que la Administración cumpla con los deberes que le son jurídicamente exigibles[2].

I. CAUSALES DE INADMISIBILIDAD DE LAS DEMANDAS DE ABSTENCIÓN SEGÚN LA LOJCA

A continuación, nos referiremos a dos causales concretas de inadmisibilidad establecidas en la LOJCA, como son, la caducidad de la acción y otras causales previstas en la Ley, que en ese caso concreto se trata de las gestiones que deben realizarse para obtener una decisión de la petición administrativa.

1. *Caducidad de la acción*

La caducidad de la acción ha sido prevista como una causal de inadmisibilidad en el numeral 1 del artículo 35 de la LOJCA. Ésta se trata de la extinción de una acción por vencimiento del plazo concedido para su ejercicio, lo cual se justifica por ser necesario indicar un plazo determinado de forma objetiva para que el que quiera ejercer un derecho lo ejerza o renuncie a él, sin que ese plazo pueda ser interrumpido como sucede con la prescripción[3].

Por ser la caducidad un hecho objetivo que opera al transcurrir el tiempo y que no es susceptible de interrupción o suspensión[4], en el caso particular del derecho de acceso a la

---

[2] En efecto, en los últimos cinco años de decisiones (2013, 2014, 2015, 2016 y 2017) de la Sala Político Administrativa hemos observado que casi en su totalidad se han declarado inadmisibles los recursos de abstención o carencia por incumplir el mandato contenido en el artículo 66 de la LOJCA como se observa de las decisiones: Nº 57 del 30 de enero de 2013 (caso: *Gilberto Rua*); Nº- 76 del 30 de enero de 2013 (caso: *Inversiones Triantafilia, C.A.*); Nº 218 del 27 de febrero de 2013 (caso: *Otoniel Pautt Andrade*); Nº 267 del 13 de marzo de 2013 (caso: *Conceta María Lapi De Macarrone*); Nº 1152 del 16 de octubre de 2013 (caso: *Atel Trading, C.A.*); Nº 1228 del 06 de noviembre de 2013 (caso: *Carlos Ramón Paredes*); Nº 1500 del 18 de diciembre de 2013 (*Comité de afectados por apagones*); Nº 60 del 23 de enero de 2014 (caso: *Otoniel Pautt Andrade*); Nº 249 del 19 de febrero de 2014 (caso: *Ingeniería de Turbomáquinas, C.A.*); Nº 444 del 23 de abril de 2015 (caso: *Econoinvest Capital, S.A.*); Nº 935 del 05 de agosto de 2015 (caso: *Asociación Civil Transparencia Venezuela*); Nº 243 del 02 de marzo de 2016 (caso: *Inversiones QZNO Maiquetía, C.A.*); Nº 525 del 11 de mayo de 2017 (caso: *Carla Barreto*); Nº 637 del 30 de mayo de 2017 (caso: *Francisca Daboín*); y Nº 1036 del 28 de septiembre de 2017 (caso: *Pedro Albornoz y otros*).

Téngase en cuenta, que aún cuando se ha cumplido con ese requisito de admisibilidad, en otras causas distintas a las señaladas, la Sala ha declarado inadmisible algunas demandas de abstención por considerar que la información que se solicitaba no era proporcional al uso que se pretendía dar, con lo cual reiteró el criterio establecido por la Sala Constitucional en la decisión Nº 745 del 15 de julio de 2010 (caso: *Asociación Civil Espacio Público*).

[3] "La norma legal que establece la caducidad de la acción obedece al criterio del legislador de que, vencido el tiempo señalado por él, ha cesado ya la necesidad de otorgar un derecho a la protección judicial y de que, por tanto, la niega a partir de ese momento. En consecuencia, el Estado por órgano del legislador fija sí un límite negativo a un derecho público y al correlativo deber de actuación de sus órganos jurisdiccionales, materias que son evidentemente de orden público" (Aguilar Gorrondona, José Luis. "Prescripción y Caducidad" en *Doctrina de la Procuraduría General de la República*. Caracas, 1972, p. 46).

[4] "Existe la caducidad cuando la Ley o la voluntad del hombre prefija un plazo para el ejercicio de un derecho (realización de un acto cualquiera, o ejercicio de la acción judicial), de tal modo que, transcurrido el término, no puede ya el interesado verificar el acto o ejercitar la acción" (Coviello, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducción de Felipe De Jesús Tena, cuarta edición, Editorial Hispano-americana. México, 1949, p. 520).

justicia para ejercer una pretensión, se traduce en el hecho de que solo se podrá ejercer la acción en el plazo determinado por la Ley, a lo cual se refiere el artículo 32 de la LOJCA.

Queremos hacer especial énfasis al contenido de la decisión dictada por parte de la Sala Político Administrativa N° 667 del 06 de junio de 2012 (caso: *Marianna Belalba*)[5], según la cual el plazo de caducidad de 180 días al que se refiere el numeral 3 del artículo 32 de la LOJCA, se deberá contar a partir de que venza el lapso para que la Administración decida la solicitud que le fue presentada.

En el caso concreto se trataba de una petición que debía resolverse con arreglo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[6], vale decir, una solicitud que no requería de sustanciación y que debía decidirse dentro de los 20 días siguientes a su presentación.

Según lo establecido en esa sentencia Nº 667 y el artículo 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el lapso de caducidad de 180 días al que se refiere el artículo 35.1 de la LOJCA, deberá computarse a partir del día 21 siguiente a la fecha en que se presentó la solicitud ante la Administración. Es decir, la conclusión a la que arribó la Sala en esa sentencia es lo que claramente se desprende de lo establecido en el artículo 32.3 de la LOJCA, según el cual el lapso de caducidad de 180 días deberá computarse *desde el momento en el cual la administración incurrió en la abstención.*

A la postura asumida por la Sala en esa decisión surgen dos críticas; en *primer* lugar, el lapso de caducidad no parece ser tan fatal, visto que, aún transcurrido el lapso de 180 días de caducidad, el peticionante podrá presentar una nueva solicitud para "reabrir" el lapso para que la Administración de respuesta y, en caso de una segunda omisión, comenzará a correr un nuevo lapso de caducidad, aunque esta solución no ha sido aceptada[7].

---

5 Ese criterio fue reiterado en las decisiones Nº 549 del 20 de mayo de 2015 (caso: *Nelson Correa y otros*) y Nº 1040 del 23 de septiembre de 2015 (caso: *Wilfrido Rojas*).

6 "A falta de disposición expresa toda petición, representación o solicitud de naturaleza administrativa dirigida por los particulares a los órganos de la administración pública y que no requiera substanciación, deberá ser resuelta dentro de los veinte (20) días siguientes a su presentación o a la fecha posterior en la que el interesado hubiere cumplido los requisitos legales exigidos. La administración informará al interesado por escrito, y dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud, la omisión o incumplimiento por este de algún requisito" (énfasis añadido).

7 Claro está que esta nueva solicitud podrá ser entendida como un trámite para que se le dé respuesta a la primera petición o, peor aún, solamente se tomará en cuenta la primera petición, sobre la cual se aplicará el lapso de caducidad de 180 días, independientemente de cuántas solicitudes posteriores se presenten. Ese segundo escenario es el que ha entendido, por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la sentencia Nº 2010-666 del 09 de agosto de 2010 (caso: *Ana Cristina Aguilera*) en la que se sostuvo lo siguiente: "Visto lo anterior, dado que el lapso de caducidad transcurre fatalmente y no es susceptible de interrupción, ni suspensión, no se pueden valorar las comunicaciones que posteriormente la recurrente dirigió a la Zona Educativa del Estado Mérida, ya que de hacerse, se establecería que el lapso de caducidad nacería nuevamente con la simple interposición de una nueva comunicación, lo que en la práctica implicaría la desaplicación de dicha formalidad procesal".

Estimamos que esa postura asumida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa no se compadece ni con el derecho de petición ni con el de tutela judicial efectiva, toda vez que la Administración debe emitir un pronunciamiento concreto sobre todas las peticiones que le sean formuladas, aunque sean sobre un mismo asunto, pues el derecho de los ciudadanos no se agota con presentar una sola petición, sino con obtener una decisión y con ese criterio se estaría protegiendo

En *segundo* lugar, creemos que, en aras de garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, la omisión en dar respuesta por parte de la Administración no debería estar sujeta a un lapso de caducidad.

Abogamos por la necesidad de que esa acción no esté sometida a un lapso de caducidad en virtud de que esa falta de la Administración podría convertirse en perpetua (mientras que la Administración siga en mora, visto que la obligación de la Administración se mantiene hasta que emita una decisión sobre la petición presentada), por lo que, en nuestro criterio, el solicitante podría optar por esperar la respuesta o por recurrir la omisión en cualquier momento[8], lo cual garantiza realmente el acceso de los ciudadanos a los órganos de justicia[9] para hacer valer sus derechos por la inactividad de la Administración con respecto a decidir la petición que le ha sido formulada. Sin embargo, el legislador prefirió establecer un lapso de caducidad, aun cuando la omisión puede perdurar perpetuamente en el tiempo mientras la Administración no emita un pronunciamiento.

---

e incentivando la inactividad de la Administración quien escudará su omisión en la institución de la caducidad.

[8] Una postura similar fue acogida por parte de la Sala Electoral en la decisión Nº 176 del 21 de noviembre de 2002 (caso: *Vestalia Sampedro de Araujo vs. CNE*), por medio de la cual, se indicó que: "En este sentido, dado que el Consejo Nacional Electoral no ha emitido pronunciamiento alguno sobre la admisión del recurso jerárquico incoado por la parte recurrente, incumpliendo de esa forma con su obligación constitucional y legal de dar oportuna respuesta respecto de los planteamientos que se le formulen, en aras de preservar el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente y en aplicación del principio "*in dubio pro actione*" o interpretación más favorable al ejercicio de las acciones, esta Sala, en virtud del control difuso de la constitucionalidad previsto en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo previsto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente al presente caso por remisión expresa del artículo 238 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, desaplica para el presente caso el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, relativo al lapso de caducidad para la interposición de los recursos contencioso electorales. Así se decide".

Esa decisión, fue revisada por la Sala Constitucional en decisión Nº 727 del 08 de abril de 2003 (caso: *Osmar Enrique Gómez Denis*), por medio de la cual, se expusieron criterios vinculantes en relación con la caducidad, en razonamientos tales como: "Por otra parte, la Sala estima relevante un pronunciamiento respecto de lo que pudiera entenderse como una confrontación de derechos constitucionales, esto, el derecho de todo ciudadano de acceso a la jurisdicción, y sus especies que se concretan en el derecho a la defensa, debido proceso y tutela judicial eficaz, con el principio constitucional de la seguridad jurídica. Pues bien, como quedó razonado anteriormente, dentro del catálogo de derechos y principios constitucionales que entran en juego en casos como el de autos, los de acceso a la justicia y tutela judicial están garantizados a través del medio judicial que, en efecto, se ejerció, y la seguridad jurídica –de los interesados e, incluso, del colectivo– está materializada con la existencia de un lapso de caducidad cuyo respeto y resguardo también son deber del juez que conozca del medio judicial que corresponda" .

[9] La Sala Constitucional sugirió en la sentencia Nº 870 del 29 de mayo de 2001(caso: *Caridad Rodríguez de Alfonso*) que en caso de que exista una omisión o abstención, es necesario analizar, entre otros, la conducta de la Administración de modo de favorecer el acceso a la justicia en vez de declarar la caducidad. En efecto afirmó que: "Ciertamente que, cuando el daño ilegítimo le es imputado a una omisión o abstención (un no hacer), es decir, que aquél no es causado por un hecho o acto, es necesario atender, en caso de estar presentes, a otros elementos, como lo serían: la propia conducta del administrado, de las autoridades involucradas o la complejidad del procedimiento, haciendo, en todo caso, un análisis desde el principio pro actione, es decir, de tutelar con preferencia el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, sin que ello suponga el predominio de una desaconsejada jurisprudencia del caso, antes que el ejercicio de una jurisprudencia de valores".

En todo caso, esa omisión en resolver la petición presentada, por tratarse de una omisión formal (y material, en última instancia), con arreglo a la LOJCA, debería ser controlada por una pretensión de condena para otorgar lo solicitado, cuya decisión siempre dependerá del grado de discrecionalidad con el que cuente la Administración en relación con la petición que le ha sido formulada[10]. En definitiva, la figura del silencio negativo debe revisarse en aras de garantizar la tutela judicial efectiva. Así ha sido previsto y consagrado en el párrafo II del artículo 28 de la Ley Nº 107-13 de República Dominicana[11].

2. *Trámites ante la Administración*

Dentro de las causales de inadmisibilidad previstas en la LOJCA, está la contemplada en el numeral, 7 del artículo 35 *eiusdem*, referida a otra disposición expresa de la Ley. En el caso particular, el artículo 66 de la LOJCA establece como requisito que en esas causas es obligatorio *acompañar los documentos que acrediten los trámites efectuados, en los casos de reclamo por la prestación de servicios públicos o por abstención*.

A través de esa causal de inadmisibilidad se evalúa la conducta del recurrente a los efectos de permitirle el acceso a los órganos de justicia[12], siempre y cuando se cumpla con la carga legal prevista en el artículo 66 de la LOJCA. Lo anterior ha sido establecido en diversas decisiones, tales como la N° 1179 del 24 de noviembre de 2010 (caso: *Procuraduría del Estado Carabobo*) y la N° 640 del 18 de mayo de 2011 (caso: *Gustavo Jiménez Bustamante*)[13], entre otras.

Se debe precisar que en ninguna de esas decisiones (como tampoco en la norma) que se refieren a esa causal de inadmisibilidad, se analizó o establecieron condiciones particulares de *modo* y *tiempo* en que los ciudadanos deben realizar los referidos trámites ante las autoridades competentes, es decir, no se sabe cómo se debe cumplir de manera cierta con el requisito establecido en el artículo 66 de la LOJCA, de modo que se admitan tales demandas. Sobre este particular, Miguel Ángel Torrealba afirma que "…cabe preguntarse cuántas veces habrá que instar a la Administración para que ejerza sus competencias (lo cual es de por sí contradictorio dada la naturaleza irrenunciable de éstas) y a la vez satisfaga el derecho constitucional de petición y oportuna respuesta, con el fin de que pueda

---

10 Para un mejor entendimiento del tema recomendamos la lectura de Urosa Maggi, Daniela y Hernández G., José Ignacio, "Vicisitudes del silencio administrativo de efectos negativos en el derecho venezolano", en *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo: Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, FUNEDA, Caracas, 2010, pp. 719- 746.

11 **Párrafo II:** Cuando la Administración no decida expresamente el procedimiento iniciado, en los plazos establecidos en la ley, incurrirá en una inactividad administrativa contraria a derecho. El funcionario público que omitiere dar respuesta oportuna al procedimiento previamente iniciado comprometerá su responsabilidad personal, sin perjuicio del derecho de los interesados a la tutela judicial efectiva frente a la inactividad de la Administración. La Administración mantendrá en todos los casos obligación de resolver expresamente el procedimiento iniciado.

12 Tal y como fue sugerido en la decisión Nº 870 del 29 de mayo de 2001 citada en la nota anterior.

13 Sobre la inadmisibilidad de esas demandas se puede también revisar las decisiones de esa Sala Nº 1311 del 19 de octubre de 2011(caso: *Rafael Terán Santaella*); Nº 1748 de fecha 8 de diciembre de 2011 (caso: *Procuraduría del Estado Carabobo*) y; Nº 384 del 25 de abril de 2012 (caso: *César Ramón Batiz Cermeño*).

considerarse cumplida la exigencia ya referida en criterio del máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa"[14].

Ese mismo autor nos señala que conforme a la sentencia de la Sala Político Administrativa N° 1504 del 16 de noviembre de 2011 (caso: *Carlos Eduardo Olivares Cruces*) aun habiéndose realizado dos requerimientos a la Administración previo a la presentación de la demanda no fueron suficientes para que se admitiera dicha acción[15]. La interpretación restrictiva de esa norma afecta evidentemente el ejercicio de la acción, más aún ante el silencio de la ley para saber cuándo se da por cumplido con ese trámite exigido.

Al no haberse establecido en la LOJCA esas condiciones de modo y tiempo, consideramos que no admitir esas demandas por dicha causal atenta de manera abierta en contra del principio *in dubio pro actione*, conforme a los términos en que éste fue analizado por parte de la Sala Constitucional en la sentencia Nº 97 del 2 de marzo de 2005 (caso: *Banco Industrial de Venezuela C.A.*), por medio de la cual se sostuvo lo siguiente:

> "El alcance del principio pro actione (a favor de la acción) ha sido objeto de un sistemático tratamiento por parte de esta Sala. La conclusión que se puede extraer de las decisiones que han considerado el tema, es que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, toda vez que "el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia".

Obsérvese que según ese principio deben interpretarse las normas procesales, en este caso las normas que condicionan el ejercicio de la pretensión, *en el sentido en que favorezcan el acceso de los justiciables a los órganos de justicia*, ya que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión[16], como sucede con el requisito establecido en el artículo 66 de la LOJCA, puesto que no ha sido establecido de manera cierta cómo se debe realizar ese trámite ante la Administración para que cumpla con una obligación que le ha sido impuesta.

II. RECAPITULACIÓN

Según la decisión de la Sala Político Administrativa Nº 667 del 06 de junio de 2012 (caso: *Marianna Belalba*), el lapso de caducidad de 180 días al que se refiere el artículo 35.1 de la LOJCA deberá computarse a partir del día 21 siguiente a la fecha en que se presente la solicitud ante la Administración para que cumpla con la obligación de dar respuesta a una petición que le fuere formulada. Ese lapso de 21 días se colige con el lapso de dar oportuna respuesta establecida en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

---

[14] Torrealba Sánchez, Miguel Ángel. "Notas sobre algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa en aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (primera parte)" en *Revista de Derecho Público Nº 128 octubre-diciembre*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, p. 216.

[15] Miguel Ángel Torrealba considera "innecesaria la inclusión de tal exigencia como requisito expreso adicional en el caso de la pretensión de condena frente a la actividad Administrativa (…), toda vez que tal inactividad se produce justamente ante la falta de respuesta oportuna (…) el tema de la prueba de tales supuestos, por tanto, luce más como un asunto de procedencia de la pretensión, y por tanto atinente al examen de mérito del asunto, y no como un requisito exigible para la admisión de la demanda" (Torrealba Sánchez, Miguel Ángel. *Ob. Cit.*, p. 214).

[16] Sentencia Nº 381 de la Sala Constitucional de fecha 12 de mayo de 2010 (caso: *Carlos Vicente Golindano Moreno*).

Con respecto a la postura asumida por la Sala en la decisión N° 667 mencionada, es preciso establecer dos reflexiones; la *primera* de ellas, es que el lapso de caducidad establecido en la LOJCA no es del todo fatal, porque aun transcurrido ese lapso se podrá optar por interponer una nueva solicitud para "reabrir" tanto el lapso en que la Administración debe pronunciarse sobre la solicitud presentada, como el de caducidad en caso de que exista una nueva omisión, aunque ese no ha sido el criterio sostenido por parte de nuestro contencioso administrativo[17]; en *segundo* lugar, en aras de garantizar el derecho de los ciudadanos de acceder a la justicia, estimamos que la omisión en no dar respuesta por parte de la Administración no debería estar sujeta a un lapso de caducidad, ya que esa falta de la Administración podría convertirse en perpetua (mientras la Administración siga en mora), por lo que el solicitante, en nuestro criterio, podría optar por esperar la respuesta o por recurrir la omisión en cualquier momento. Lo anterior garantizaría realmente el derecho a obtener una respuesta.

Abogamos por el replanteamiento de la figura del silencio administrativo negativo a la luz de la LOJCA, con el objeto de que ante cualquier inactividad de la Administración se pueda presentar ante el contencioso administrativo una pretensión de condena, para que se otorgue lo solicitado, tal y como sucede con la Ley Nº 107-13 de República Dominicana. Se deben superar los dogmas y soluciones derivadas de la idea ya en desuso del contencioso administrativo como objetivo y mero revisor del acto, en aras de verdaderamente garantizar la tutela judicial efectiva.

Atenta en contra del principio *in dubio pro actione* el hecho de que al no haberse establecido en el artículo 66 la LOJCA condiciones de *modo y tiempo* en que los ciudadanos deben realizar los trámites ante las autoridades competentes de modo que se admitan esas demandas, inadmitirlas por tal razón, aun cuando no se sabe cómo se debe cumplir de manera cierta con el requisito establecido en el artículo 66 de la LOJCA, desconoce que las normas procesales se deben interpretar para favorecer a los ciudadanos el acceso a los órganos de justicia.

---

17 *Vid.* Nota 7.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL Nº 355 DE 16 DE MAYO DE 2017, MEDIANTE LA CUAL DECLARÓ SIN LUGAR LA IMPUGNACIÓN DE LA LEY DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL DE 2010

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *El comentario que sigue se refiere a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Nº 355 del 16 de mayo de 2017, dictada rechazando las impugnaciones por razones de inconstitucionalidad de la Ley de reforma de la ley Orgánica del Poder Público Municipal.*

Palabras Clave: *Poder Público Municipal. Participación. Democracia representativa. Reforma Constitucional 2007.*

Abstract: *This Paper analyzes the decision of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice Nº 355 of May 16, 2017, rejecting the judicial review challenges against the Organic Law on the Municipal Public Power.*

Key words*: Municipal Public Power. Participation. Representative Democracy. Constitutional Reform 2007.*

I

La Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010[1] fue una de las leyes orgánicas sancionadas a la carrera junto con el conjunto de Leyes Orgánicas del Poder Popular,[2] en unas breves sesiones extraordinarias celebradas en diciembre de ese año por la Asamblea Nacional que estaba concluyendo su mandato (2015-2010).

La misma fue objeto de cinco demandas de nulidad por inconstitucionalidad intentadas por diversos Alcaldes, Síndicos, funcionarios y ciudadanos residentes de varios Municipios del país, por diversos motivos, entre ellos, por el hecho de que el proyecto de ley no fue sometido a la consulta popular que establece el artículo 211 de la Constitución, máxime cuando por "los lapsos en que se llevó a cabo la reforma de la ley impedían a todo evento la realización de la consulta" (fines de diciembre de 2010).

---

1 Véase en *Gaceta Oficial* Extra. 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

2 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.011 Extra. de 21 de diciembre de 2010. Véase en general sobre estas leyes, Allan R. Brewer-Carías, Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilanza, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal)*, Colección Textos Legislativos Nº 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011; Allan R. Brewer-Carías, "La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela," en *Revista de Derecho Público*, Nº 124, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 81-101,

En efecto, una de las pocas regulaciones sobre participación ciudadana directamente previstas en la Constitución (artículo 211) es la obligación directamente impuesta a "la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes," para que "durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes," consulten dichos proyectos no sólo "a los otros órganos del Estado," sino "a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos." Más clara no puede ser la Constitución en la previsión sobre esta obligación en cuanto a los *sujetos obligados* (la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes); la *oportunidad de cumplimiento de la obligación* (durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes); los *sujetos a ser consultados* (los ciudadanos y la sociedad organizada); y el *objeto de la consult*a (oír su opinión sobre los proyectos).

Sin embargo, en esta materia fue la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la cual al conocer de las impugnaciones mencionadas contra dicha Ley Orgánica, simplemente eliminó la obligación de la consulta legal en la forma como fue establecida constitucionalmente, mediante sentencia No. 355 de 16 de mayo de 2017 (Caso: *impugnación de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*).[3]

En efecto, en el juicio, la única información recibida sobre la materia, según informó la sentencia, fue la contenida en un "Informe" sin fecha elaborado por el Presidente de la Comisión Permanente del Poder Popular y Comunicación de la Asamblea, indicando que entre julio y septiembre de 2010 se habían realizado unas "jornadas del proceso de consulta con las comunidades, organizaciones sociales e instituciones del Estado" de los proyectos de leyes del Poder Popular, reconociendo el Informe que "la propuesta de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal se originó a partir de la consulta popular del bloque de Leyes del Poder Popular," y que "en este caso […] el *objeto de la consulta no fue directamente la Ley reformada.*"

Mas clara confesión de la violación de la Constitución era imposible. Sin embargo, el Juez Constitucional pasó a "revisar" la "estructura" del artículo 211, buscar en el diccionario de la real Academia de la Lengua Española el significado de las palabras "consultarán" y "oír," para concluir en que la obligación constitucional impuesta al "cuerpo legislativo" se reduce a "que lleve a cabo de la mejor manera la solicitud de opiniones a los posibles interesados," aceptando, en contra de la Constitución, que:

> "también se cumple con este extremo constitucional cuando el proceso de apropiación del fin y de los medios normativos para alcanzarlo, opera en una fase previa a la instancia legislativa, esto es, cuando como manifestación de su consciencia política, son los colectivos sociales los que diagnostican la necesidad de reformar artículos de leyes ya existentes para la coherencia en la mejor configuración del cuerpo social, que fue precisamente lo que ocurrió en el caso de autos, dando fundamento a la desestimación de la denuncia planteada en este aspecto, aun cuando la consulta, desde la perspectiva jurídica –ya no política– sea un mecanismo auxiliar de consulta conexo al proceso legislativo, pero que no se mimetiza con la función legislativa."

---

[3] Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/199013-355-16517-2017-11-0120.HTML. Véase los comentarios a esta sentencia en Emilio J. Urbina Mendoza, "Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario," y José Ignacio Hernández G., "Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas sobre la sentencia N° 355/2017 de 16 de mayo," en *Revista de Derecho Público*, Nº 150-151 (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 107-116 y 349-352.

O sea, pura retórica con referencias dispersas sobre temas como la "conciencia política," los "colectivos sociales," y la "configuración del cuerpo social" para terminar la Sala Constitucional apreciando en este caso, "que la sociedad tuvo oportunidad de participar en la elaboración y corrección del proyecto de ley correspondiente," eliminando así la obligación constitucional tan precisamente establecida en el artículo 211 sobre la forma y modo de la consulta popular de los proyectos de leyes, que no admite excepción y menos su relajamiento total al reducirla a que no se sabe quién, en el aparato del Estado, "lleve a cabo de la mejor manera la solicitud de opiniones."

II

Pero la sentencia resolvió otros aspectos de la reforma denunciados por inconstitucionalidad, igualmente declarándolos sin lugar, entre los cuales estaba la denuncia de la violación del derecho al sufragio propio de la democracia representativa, con la previsión de la elección de los miembros de las Juntas Parroquiales por los Consejos Comunales, eliminándose la elección directa universal y secreta que estaba prevista en la Ley anterior.

En efecto, la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de diciembre de 2010 le asignó a los "voceros" de los Consejos Comunales regulados en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, la función de designar a los miembros de las Juntas Parroquiales, las cuales, en consecuencia, fueron "degradadas," dejando de ser las "entidades locales" que son, conforme a la Constitución, con gobiernos electos por sufragio universal directo y secreto; pasando a ser simples órganos "consultivos, de evaluación y articulación entre el Poder Popular y los órganos del Poder Público Municipal" (art. 35), cuyos miembros, además, los deben designar los voceros de los consejos comunales de la parroquia respectiva (art. 35), y sólo de entre aquellos avalados por la Asamblea de Ciudadanos "de su respectivo consejo comunal" (at. 36).[4]

Ante la impugnación de estas previsiones por violación al derecho al sufragio y a la democracia representativa, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en la mencionada sentencia Nº 355 de 16 de mayo de 2017 (Caso: *impugnación de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*), simplemente desconoció el pilar de la democracia en Venezuela, que es la democracia representativa y admitió la constitucionalidad de que los miembros de las Juntas parroquiales sean designados por los Consejos Comunales, en un proceso que ni siguiera es una elección de segundo grado, porque no hay elección de primer grado en la designación a mano alzada de los voceros de los consejos comunales.

Para pretender privilegiar la participación sin sufragio sobre la participación mediante el sufragio, la Sala Constitucional en la retórica "participativa" vacía que ha utilizado en muchas de sus decisiones, en esta sentencia Nº 355 afirmó que el "derecho general a participar en los procesos de decisión en las distintas áreas como la económica, social y cultural," supuestamente se ha establecido:

---

[4] Adicionalmente, en forma evidentemente inconstitucional, la Ley de reforma del Poder Municipal de 2010, decretó la "cesación" en sus funciones de "los miembros principales y suplentes, así como los secretarios o secretarias, de las actuales juntas parroquiales, quedando las alcaldías responsables del manejo y destino del personal, así como de los bienes correspondientes" (Disposición Derogatoria Segunda.

> "no limitándose a la designación de representantes a cargos públicos de representación popular, toda vez que lo que se plantea, en definitiva, es el protagonismo fundamental de las ciudadanas y ciudadanos, la participación como nuevo paradigma determinante del nuevo régimen constitucional, lo que implica una nueva concepción de desarrollo integral que asume la preeminencia de los valores humanos y privilegia la participación de la población en el proceso de desarrollo económico y social."

Y por ello, según la Sala, supuestamente la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010," estableció los mecanismos de participación y protagonismo, que de manera articulada y soberana, se lleva adelante entre las asambleas de ciudadanos y los consejos comunales, para la elección de los miembros de las juntas parroquiales comunales, […] a diferencia de la democracia representativa que consagraba la Constitución de 1961, el cual no entra en contradicción alguna con los mecanismos de participación electoral previstos en los artículos 62 y 63 de la Constitución;" como si en la Constitución de 1999 no se estableciera como pilar del sistema político precisamente la "democracia representativa."

No es que el derecho a la participación política previsto en el artículo 62 de la Constitución se limite a la participación mediante el sufragio conforme al artículo 63 del mismo texto constitucional; sino que tratándose de pretendidas entidades políticas territoriales como son los Consejos Comunales, la designación de sus autoridades no puede realizarse en otra forma que no sea mediante elección por sufragio universal directo y secreto; por lo que, contrario a lo resuelto por la Sala en la sentencia, el artículo 35 de la Ley Orgánica impugnada si estaba viciado de inconstitucionalidad, en lo que respecta a la designación (mal llamada "elección" de los miembros de las Juntas Parroquiales Comunales, lo que efectivamente sí quebranta el derecho constitucional al sufragio.

III

Otra de las denuncias formuladas respecto de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, fue en relación con las previsiones de la misma que establecen la transferencia de las competencias municipales hacia las Comunas, que la Ley Orgánica del Poder Popular concibió como la "célula fundamental" del Estado Comunal (artículo 15.2), en el sentido de "espacio socialista que como entidad local es definida por la integración de comunidades vecinas," donde los ciudadanos, en el ejercicio del Poder Popular, ejercen el pleno derecho de la soberanía y desarrollan la participación protagónica mediante formas de autogobierno para la edificación del estado comunal, en el marco del Estado democrático y social de derecho y de justicia" (art. 1).

La calificación de las Comunas como "entidades locales" se hizo ignorando que conforme a la Constitución (arts. 169, 173), esta expresión de entidad local sólo se puede aplicar a las entidades políticas del Estado en las cuales necesariamente tiene que haber "gobiernos" integrados por representantes electos mediante sufragio universal, directo y secreto (arts. 63, 169) que, además, tienen que ser "siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables." Conforme a la Constitución, por tanto, no puede haber "entidades locales" con gobiernos que no sean democráticos en los términos mencionados, y menos por "representantes" designados por otros órganos públicos.

Todo esto, sin embargo, fue ignorado por el Juez Constitucional, al resolver los recursos de inconstitucionalidad mencionados, considerando para justificar el vaciamiento de competencias municipales previsto en las Leyes Orgánicas del Poder Popular, sobre todo hacia entidades que no tienen gobierno democrático representativo (hacia las cuales no puede hablarse de "descentralización" como lo hace la sentencia, y menos cuando están controladas por el poder central, como sucede con los Consejos Comunales); que las normas constitucio-

nales en materia municipal "tiene como última finalidad su asignación en la población de aquellas materias sobre las cuales se encuentre en capacidad para llevar a cabo en atención al desarrollo de las capacidades del colectivo, debidamente organizado," lo que por lo visto, a juicio de la Sala, permitiría dejar al Municipio, al final, como una entelequia vacía, a pesar de su rango constitucional y su carácter de unidad política primaria y autónoma en la organización nacional.

Por lo demás, la Sala Constitucional en esa sentencia, pretendió fundamentar el vaciamiento de las competencias municipales y el desdibujamiento del carácter de unidad política primaria del Municipio, en el principio de la participación, ignorando que para que esta se dé, es necesario que haya descentralización política y esta solo puede existir con entes territoriales autónomos democráticos y representativos. Pretender que hay participación ciudadana en agencias del Poder Central controladas por el partido de gobierno denominadas Consejos comunales, es una falacia inaceptable. Eso es movilización popular pero no participación política.

IV

Otro de los motivos de impugnación de las leyes Orgánicas del Poder Popular (nunca decididas) y de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, fue el alegato de que, con dichas leyes, la Asamblea nacional en violación de la Constitución había procedido a implementar la reforma constitucional de 2007, que fue rechazada por el pueblo.

La Sala Constitucional, sin embargo, contra de toda lógica y de la propia redacción de las normas, consideró, al contrario, que las mismas no se podían considerar como una "reedición" de la misma, concluyendo en la mencionada sentencia Nº 355 de 16 de mayo de 2017, contra la realidad, que:

> "no existe correlación alguna entre el proyecto de reforma constitucional de 2007 y las modificaciones efectuadas a la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 2010, en cuanto a la reedición de normas, textual o incidentalmente; tampoco se constata coincidencia alguna, en términos coextensivos, entre ambos instrumentos que denoten identidad en sentido, propósito o finalidad que determinen que la reforma de Ley realizada en 2010 estipule la inserción de materias o preceptos que hayan sido propuestos y sometidos a la aprobación popular llevada a cabo en el año 2007."

La Sala Constitucional, en su análisis, entró a dilucidar específicamente si la figura de "la intervención los grupos comunales dentro de la organización administrativa del Estado, incorporadas en un proyecto de reforma constitucional cuya aprobación haya sido rechazada, implica que éstas no pueden ser incluidas posteriormente en la estructura organizacional de la Administración" mediante ley, concluyendo, al citar una sentencia precedente (Nº 2013/ 2014) que "el rechazo" de un proyecto de reforma constitucional no puede considerarse que "se constituya en una decisión vinculante de la misma entidad jurídica atribuible a la aprobación del mismo." Considerando que:

> "no puede restringirse las potestades constitucionales establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de ordenar la organización interna de la Administración Pública Nacional conforme a lo establecido en el artículo 236.20 del Texto Constitucional, ya que lo contrario conllevaría afirmar que la consecuente desaprobatoria de un proyecto constitucional sobrellevaría a la limitación de las facultades constitucionales, lo cual envolvería adicionalmente a la disminución de sus funciones a una sanción o limitación no consagrada en la Carta Magna."

Y así, consideró la Sala que la incorporación en la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de los aspectos de la rechazada reforma constitucional, se hizo "por aplica-

ción directa de los mandatos de la Constitución de 1999 y no por identidad con el proyecto sometido a votación popular en el año 2007," considerando que lo que había ocurrido sería un "cambio de rango dentro del ordenamiento jurídico, cuando se negó la elevación de la normas y las materias al rango constitucional," que luego se dictaron mediante ley. De lo que resultaría entonces la conclusión de que la reforma constitucional habría sido un ejercicio inútil porque no era necesario reformar la Constitución para lo que entonces se propuso, lo que supuestamente podía regularse por Ley, porque ya estaba en las atribuciones constitucionales del legislador. Ambas premisas son falsas, y basta para constatarlo, por ejemplo, que el carácter del Municipio como unidad política primaria y la creación de nuevas entidades políticas locales son de reserva constitucional, y no pueden reformarse mediante Ley como lo hizo la ley Orgánica impugnada.

Sin embargo, la conclusión de la Sala fue tajante al desestimar los alegatos de los Municipios recurrentes:

> "la mera invocación de los proyectos contenidos en las normas sometidas a consideración en la propuesta efectuada en el año 2007, no constituye fundamento para declarar la inconstitucionalidad de las reformas legales que hayan sido promulgadas posteriormente, ya que para ello también es necesario verificar si las modificatorias realizadas al ordenamiento legal tienen base o no en la Constitución de 1999."

Jurisprudencia Internacional

EL CASO ALLAN BREWER CARÍAS VS. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Francisco Morales Saravia[1]

Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional
Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres

Resumen: *Este estudio analiza la sentencia dictada en el caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela en 2014, en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos perdió una inmejorable oportunidad para pronunciarse sobre lo que significa la real independencia fiscal y judicial en un verdadero Estado Democrático de Derecho, como los actuales acontecimientos en Venezuela lo exigían.*

Palabras Clave: *Independencia Judicial; Ministerio Público, Independencia*

Key words*: This Paper studies the 3014 ruling of the Inter American Court of Human Rights in the case Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela, in which the Court lost a unique opportunity to decide about what it means a real prosecutor and judicial Independence in a true Democratic Rule of Law State, as the current situation of Venezuela requested.*

Abstract: *Judicial Independence; Public Prosecutor: Independence*.

I. INTRODUCCIÓN

El caso de Allan Brewer Carías contra Venezuela, sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en mayo de 2014, cobra una especial relevancia en la actualidad, porque el Gobierno de la patria de Simón Bolívar se ha quitado la careta y hoy es calificado por la comunidad internacional como una Dictadura pura y dura, al más viejo estilo de las típicas tiranías latinoamericanas del Siglo XX[2].

---

[1] Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, así como en la Maestría de Derecho Constitucional de la misma casa de estudios. Abogado por la USMP. Magister en Derecho Constitucional por la PUCP. Máster en Justicia Constitucional, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales por ESADE - Universidad Ramón Llull, Barcelona-España. Ex Secretario General y ex Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. Ha publicado los libros: *El Tribunal Constitucional del Perú, organización y funcionamiento, estado de la cuestión y propuestas de mejora*, AMAG, Lima, 2014 y *Los Precedentes Constitucionales vinculantes y su aplicación por el TC, análisis jurisprudencial de la última década*, Gaceta Jurídica, Lima, 2017.

[2] Los cancilleres y representantes de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay y Perú firmaron la Declaración de Lima el 8 de agosto de 2017, donde declaran su condena a la ruptura del orden democrático en Venezuela. El premio nobel de Literatura Mario Vargas Llosa ha dicho en su columna Piedra de Toque, bajo el título "Venezuela, hoy", lo siguiente: "En la triste situación a la que ha llegado Venezuela es poco menos que imposible –a menos de una fractura traumática del propio régimen– que recupere la

En dicho caso los peticionarios ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) alegaban una persecución política contra Brewer Carías originada en la investigación Fiscal[3] y posterior acusación por el delito de conspiración para cambiar la Constitución de 1999 con motivo del golpe de Estado contra el Gobierno del Presidente Hugo Chávez Frías, ocurrido en Venezuela durante los días 11, 12 y 13 de abril del año 2002. Es decir, se trataba de un caso referido a las acciones de un Estado para sancionar a los supuestos responsables del golpe y evaluar si cumplía con los estándares que fija la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) para emprender dicha tarea.

Así como los Estados deben observar todas las garantías del debido proceso para el juzgamiento de los acusados por terrorismo, de igual forma deben cumplir esas mismas garantías en todo tipo de investigaciones y procesos penales. La CIDH consideró que el Estado Venezolano no cumplió con tales estándares. Por el contrario, la Corte IDH, con 4 votos a favor y 2 en contra, estimó que la víctima no había agotado los recursos internos. En consecuencia, se archivó el caso y no hubo un pronunciamiento sobre el fondo.

En el presente ensayo, se hará un análisis general del caso a partir del Informe de la CIDH, la Audiencia ante la Corte IDH, la Sentencia en mayoría de la Corte y los votos disidentes en minoría. Sostendremos la posición de que la Corte IDH perdió una inmejorable oportunidad para pronunciarse sobre lo que significa la real independencia fiscal y judicial en un verdadero Estado Democrático de Derecho, como los actuales acontecimientos en Venezuela lo demuestran.

II. EL CASO ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Una vez sofocado el golpe de Estado perpetrado por civiles opositores y miembros de las Fuerzas Armadas Venezolanas contra el gobierno del Presidente Hugo Chávez Frías en abril de 2002, el Ministerio Público emprendió una investigación contra los civiles que supuestamente habían intervenido en el golpe. En concreto, se imputaba a Allan Brewer Carías[4] la elaboración del "Decreto Carmona" que instauraba un gobierno de transición. El Dr. Brewer negó este hecho y ha afirmó consistentemente ante la Fiscalía, la CIDH y la Corte IDH, que él opinó como abogado sobre un borrador del mencionado Decreto y que hizo saber su discrepancia al líder del movimiento golpista Pedro Carmona Estanga sobre la inconstitucionalidad del mencionado decreto y su contradicción con la Carta Interamericana de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobada en Lima en el año 2001.

La víctima y sus representantes alegaron que fueron sometidos a una investigación fiscal plagada de irregularidades y afectaciones a varios derechos durante los años 2002-2005. Así, por ejemplo, los fiscales provisionales que lo investigaban fueron cambiados 4 veces al igual que los Jueces de Control. No se le permitió obtener copias simples de las actuaciones y tuvieron que transcribir a mano más de 7000 folios. No se aceptaron sus testigos, no se les permitió interrogar a los testigos de cargo. La acusación fiscal era la reproducción de una

---

democracia de manera pacífica, a través de unas elecciones limpias." Diario La República, Lima, Perú: http://larepublica.pe/domingo/1079092-venezuela-hoy (visita 27/08/2017).

3 Es irónico que la Fiscal General de Venezuela, Luisa Ortega Díaz, fuera la encargada de perseguir y acusar a Allan Brewer-Carías por órdenes del gobierno que hoy es su principal enemigo.

4 Reconocido jurista y académico venezolano, en el campo del Derecho Administrativo y Constitucional, con más de cien libros publicados y cientos de artículo jurídicos. Profesor en casi todas la Universidades Venezolanas y como se dijo en la Audiencia ante la Corte IDH uno de los mayores juristas venezolanos de ésta época. Senador, Ministro y Constituyente en 1999.

denuncia presentada al Fiscal General, Isaías Rodríguez, por un Coronel en actividad quien, solo en base a versiones periodísticas, denunciaba a Allan Brewer-Carías y otras personas para que sean investigados por los hechos relativos al golpe de Estado. El mismo Fiscal General publicó un libro en el que reproducía una supuesta versión de que la víctima participó de los hechos materia de la acusación y a los pocos meses la fiscal provisional, nombrada por él, acuso al Dr. Brewer. Del mismo modo los representantes de la víctima presentaron dos nulidades de actuados por violación de los derechos fundamentales y hasta hoy no fueron resueltas.

En octubre del 2005 la Fiscal Provisional acusó al Dr. Brewer Carías mientras éste estaba fuera del país, desde setiembre de 2005, cumpliendo compromisos académicos. En mayo de 2006 sus abogados informaron al Juzgado Temporal 25 que no volvería al país puesto que había sido contratado por la Universidad de Columbia en Estados Unidos y que esperaría hasta que las condiciones en su país cambiasen a fin de tener un juicio justo e imparcial. Ha pasado más de una década y el Dr. Brewer no puede regresar a su país.

III. EL CASO ANTE LA CIDH Y LA AUDIENCIA ANTE LA CORTE IDH

El 27 de enero de 2007 connotados juristas que han ocupado cargos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y estudiosos del mismo[5] presentaron una petición a favor de Allan R. Brewer Carías por violación de varios derechos contemplados en la CADH. En noviembre de 2011 la CIDH aceptó la petición y consideró que el Estado Venezolano había violado los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la CADH (referidos a las garantías judiciales y a la protección judicial).

Con fecha 7 de marzo de 2012 la CIDH presentó el caso ante la Corte IDH y durante los días 3 y 4 de setiembre de 2013 se desarrolló la audiencia pública del caso. En la larga audiencia, que hemos visto en su integridad gracias a la página web de la Corte, se reproducen y amplían los argumentos de las partes ante la CIDH. Las exposiciones de la víctima, de los testigos y los peritos permiten efectuar las siguientes consideraciones:

- Uno de los testigos del Estado fue el Fiscal General de la época de la investigación a la víctima, Isaías Rodríguez, quien previamente a su elección por la Asamblea Legislativa, fue el Vicepresidente del Presidente Hugo Chávez, y después de terminar su mandato de Fiscal, fue Embajador de la República Bolivariana de Venezuela en el Reino de España y después en Italia[6]. Se comprobó que dicho funcionario era un connotado líder del Poder Ejecutivo, quien, además, en pleno ejercicio de sus funciones y teniendo la responsabilidad de dirigir la institución que investigaba los hechos del golpe de abril de 2002, escribió un libro donde prácticamente hacía suya la versión de terceros que acusaban a la víctima de haber intervenido en los hechos materia de la investigación fiscal.

- Del mismo modo, el Estado presentó como testigo al Coronel Ángel Roberto Bellorín, quien presentó ante el mencionado Fiscal General una denuncia contra la víctima y otros civiles a fin de que fueran investigados por los hechos derivados del golpe de estado y cuyo único fundamento eran los reportajes periodísticos de la época y que la Fiscal provisional que acusó a la víctima las reprodujo en su totalidad.

---

5 Pedro Nikken (Venezuela) fue Juez de la Corte IDH, Claudio Grossman (Chile) fue Presidente de la CIDH, Juan Méndez (Argentina) y Helio Bicudo (Brasil) fueron miembros de la CIDH, Héctor Faúndez (Venezuela) ha publicado varios libros sobre el SIDH y Douglass Cassel (EEUU) profesor de la Universidad de Notredame y experto en derechos humanos. Como se puede observar todos estos reputados juristas en el ámbito de los DDHH apoyan la causa de Brewer Carías para volver a su país.

6 En la actualidad es miembro de la inconstitucional Asamblea Constituyente paralela a la Asamblea Nacional de Venezuela.

- El Estado también ofreció como testigo y perita a dos funcionarios del Ministerio Público que se caracterizaron por su parcialidad y vehemencia en la defensa de las actuaciones de la Fiscal provisional que acusó a la víctima y que en ese momento era la Fiscal General, Luisa Ortega. Por tanto, más parecían abogados del Estado demandado, incluso en un momento de la audiencia se ve a la perita que le entrega una hoja de papel manuscrita al Representante del Estado, propiciando que el Presidente de la Corte IDH le llame la atención.

- En la audiencia pública se comprobó que la República Bolivariana de Venezuela no pudo demostrar que en su país existiera un Ministerio Público imparcial.

- También quedó demostrada la provisionalidad de los Jueces y Fiscales en Venezuela. Asimismo, que los Fiscales que intervinieron en el caso de la víctima estaban parcializados con el Gobierno.

- Otro aspecto que se debatió ampliamente en la audiencia era la razón por la cual el Estado Venezolano, a través de sus jueces, se negaba a aplicarle a la víctima la Ley Especial de Amnistía, dictada por el Presidente Hugo Chávez en diciembre de 2007, para los que participaron en el golpe de Estado de abril de 2002. Los representantes del Estado alegaron que la víctima primero debía comparecer al proceso. Esto implicaba que el Dr. Brewer sería detenido y puesto a disposición del Juez. Luego se evaluaría si se le aplicaba dicha Ley de Amnistía.

- En opinión de los representantes de la víctima, que compartimos, una Ley de Amnistía es una ley penal, por tanto, no se requiere someterse a todo un proceso penal previo para su aplicación y además porque en caso de duda en la interpretación se debía estar a los más favorable a los investigados, acusados, procesados o condenados. La víctima estaba siendo procesada por hechos relativos al golpe, por tanto, se le debía aplicar la ley y sobreseerse el caso. Si el Estado le aplicaba la Ley de Amnistía terminaba el proceso ante el SIDH, Allan Brewer-Carías regresaba a Venezuela y no se seguía con esta absurda persecución después de la Ley de Amnistía, que lo único que demuestra, al cabo de más de una década, es un ensañamiento típico de las dictaduras.

IV. LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH Y LOS VOTOS DISIDENTES

Pues bien, muy poco de este debate de fondo, de más de diez horas, se reflejó en la Sentencia de la Corte IDH. La Sentencia de la Corte IDH expedida en mayo de 2014, por mayoría de cuatro votos a favor[7], al más puro estilo de algunas Cortes Supremas de América Latina de mediados del Siglo XX, prefirió quedarse en un cuestionable análisis formal de admisibilidad y eludió su deber de un pronunciamiento de fondo. Además, durante la Audiencia pública se produjo un amplio debate sobre el caso, que también contó con la activa participación de los Jueces de la Corte IDH quienes formularon preguntas sobre el fondo de la controversia.

Para la mayoría de la Corte IDH, la víctima no agotó los recursos internos y por tanto se aceptó la excepción preliminar del Estado. Sin embargo, el Estado no pudo demostrar que los recursos que supuestamente debía agotar la víctima fuesen eficaces. Por el contrario, a lo largo de la audiencia se evidenció que en Venezuela existía un Ministerio Público y un Poder Judicial controlado por el gobierno. Se informó que en el Poder Judicial existía una Dirección Ejecutiva del Poder Judicial para asuntos administrativos, dirigida por el hermano del fallecido Presidente Hugo Chávez, que recuerda la Secretaría de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial del Perú, de los años 90, dirigida por un ex Marino y que en el fondo era una forma de controlar al Poder Judicial, pues, entre otras cosas, era el que administraba el presupuesto.

---

7 Sentencia en mayoría de los Jueces Hugo Antonio Sierra Porto (Colombia) Presidente, Roberto F Caldas (Brasil) Vicepresidente, Diego García Sayán (Perú) y Alberto Pérez Pérez (Uruguay).

Es decir, para la mayoría de la Corte IDH el Dr. Allan R. Brewer Carías debía volver a Venezuela para ser apresado, pues existía una orden de detención. Internado en un centro penitenciario y esperar a ver si el juez decidía iniciar un juicio o le aplicaba la ley de amnistía. Esperar una sentencia de primera instancia, esperar las apelaciones y casaciones, quien sabe después de varios años, pues nada garantizaba que ese mismo Poder Judicial (con jueces provisionales, que después de más de 9 años fue ha sido incapaz de resolver dos nulidades y que ex profeso ha querido que el proceso esté paralizado y solo siga vigente la orden de detención contra la víctima) tuviera la intención de resolver el caso contra un preclaro opositor de la actual Dictadura de Venezuela. Al no resolver las nulidades, los abogados de la víctima no tenían oportunidad de seguir apelando a las instancias superiores y con ello el Estado podía alegar que la víctima no agotó los recursos internos.

Por su parte el Voto disidente en minoría[8], que compartimos, expresan las sólidas razones por las cuales la Corte debía ingresar al fondo. En rigor, las alegaciones del no agotamiento de los recursos internos estaban indisolublemente ligados a las supuestas violaciones de los artículos 8 y 25 de la CADH, de modo que conforme a una uniforme y constante jurisprudencia de la Corte IDH de más de veinte años se debió ingresar al fondo. Además, el debate que se produjo en la Audiencia pública fue de fondo.

V. CONCLUSIONES

Estimamos que la mayoría de la Corte IDH, en aquella oportunidad, adoptó una visión formalista y no tomó en cuenta el amplio debate llevado a cabo en la Audiencia Pública. Perdió una notable oportunidad para pronunciarse sobre la real independencia e imparcialidad de los órganos fiscales y jurisdiccionales en una democracia. La situación actual de Venezuela comprueba que dicha sentencia fue un error de la Corte IDH.

La Corte IDH debió ingresar al fondo. Más aún cuando a nivel de los países del SIDH ya han existido situaciones en las que el Ministerio Público y el Poder Judicial han sido manipulados, a través de la provisionalidad de los magistrados. El análisis del presente caso nos permite afirmar que la situación actual del Ministerio Público y el Poder Judicial en Venezuela es muy similar a la que vivió el Ministerio Público y el Poder Judicial en el Perú de los noventas y que está documentada en los informes sobre derechos humanos y visitas *in loco* que efectuó la CIDH durante aquella época en que el Perú vivía una dictadura con apariencia legal, es decir existían todas las instituciones de una democracia representativa pero eran ineficaces para proteger los derechos.

La intervención del Dr. Allan R. Brewer-Carías, en los hechos de abril de 2002, se limitó a una opinión legal. Después de la Ley Especial de Amnistía, no tenía sentido seguir persiguiendo a los investigados. Solo el ensañamiento de una Dictadura contra un opositor y disidente político explica tamaña persecución. Tres años después de esta sentencia podemos comprobar la grave injusticia que hizo la Corte IDH en este caso. Esperamos que Venezuela recupere su democracia lo más pronto posible con la ayuda de los países y ciudadanos latinoamericanos y que el Dr. Allan R. Brewer-Carías pueda regresar a su patria para colaborar en la construcción del verdadero Estado Constitucional en Venezuela.

---

[8] Voto conjunto disidente de los Jueces Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica) y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México) en el que explican las razones por las cuales la Corte IDH debió ingresar al fondo del caso.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

EL PATRIMONIO CULTURAL EN EUROPA E IBEROAMÉRICA. FERNANDO LÓPEZ RAMÓN (COORDINADOR). INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INAP). MADRID, ESPAÑA 2017

Miguel Ángel Torrealba Sánchez[1]
Abogado

Resumen: *Se reseña la obra colectiva: El patrimonio cultural en Europa e Iberoamérica.*

Palabras Clave: *Europa-Iberoamérica-Patrimonio cultural-Dominio público*.

Abstract: *Review of the collective work: Cultural heritage in Europe and Spanish-America.*

Key words*: Europe- Spanish-America- Cultural Heritage-Public Domain*.

Bajo la coordinación del Catedrático español Fernando López Ramón, la Red Internacional de Bienes Públicos presenta la obra: *"El patrimonio cultural en Europa e Iberoamérica",* que muestra los resultados de la actividad de esta última desarrollada durante el año 2016. Se trata de un muy completo estudio que ofrece una visión panorámica del estado de la cuestión, ofrecida por profesores de universidades de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, España, Francia, Italia, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela.

Como señala el Coordinador en la presentación de la obra:

> *Los trabajos de este volumen versan sobre el régimen del patrimonio cultural. Desde las experiencias europeas se ha procurado identificar el origen de esa noción y la manera en la que ha evolucionado hasta la época presente. Por su parte, desde los ordenamientos latinoamericanos se ha profundizado en los elementos determinantes de la formación, trayectoria y significado actual del patrimonio cultural, explicando las características de las diferentes regulaciones nacionales.*

El régimen del patrimonio cultural es abordado entonces desde la perspectiva de cada país, pero a la vez en su necesaria interrelación con las Convenciones Internacionales que en

[1] Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Abogado *Magna Cum Laude* y Especialista en Derecho Administrativo. Profesor Ordinario (Asociado) de Derecho Administrativo. Ha sido Profesor de la Especialización en Derecho Procesal de esa Facultad. *Universidade da Coruña*, España. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano, sobresaliente *Cum Laude*. Universidad Carlos III de Madrid, España. Máster en Política Territorial y Urbanística. Universidad Católica "Andrés Bello". Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Monteávila. Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Correo: torrealbasanchez@gmail.com

buena parte han determinado su evolución. De la lectura de cada trabajo, se evidencian lógicamente las peculiaridades locales, así como la diferenciación entre la trayectoria y estado actual en los países europeos respecto a los iberoamericanos, destacando en líneas generales el contraste del desarrollo en los primeros frente al carácter incipiente en los últimos. No obstante, también pueden encontrarse una serie de elementos o factores comunes en esas regulaciones, a saber:

PRIMERO: De entrada, la imprecisión o indeterminación del propio concepto de patrimonio cultural -incluso se señala que no es una noción propiamente jurídica (HUAPAYA TAPIA) o que su identificación se hace por reenvío a otras disciplinas (ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO, DE LA RIVA). Así como su vinculación con otros previos semejantes -patrimonio histórico, monumentos, tesoro cultural, natural, marítimo, fluvial, etc. (LÓPEZ RAMÓN, ALCARAZ, DE LA RIVA, SANTAELLA QUINTERO, VELÁSQUEZ MUÑOZ, VIGNOLO CUEVA). Lo cual no es de extrañar, pues se está en presencia de una figura en constante evolución (DE GUERRERO MANSO, ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO, SCHIAVI).

Ciertamente en Europa la figura tiene mayor tradición (ALCARAZ), mientras en buena parte de Iberoamérica su desarrollo legislativo es del pasado siglo (HERNÁNDEZ-MENDIBLE). La excepción parece ser Perú según apunta DANÓS ORDÓÑEZ, quizá en parte motivado a la historia de ese país. En todo caso, se concluye que el concepto de patrimonio cultural requiere de mayor desarrollo, aunque luego de lo acaecido en la segunda guerra mundial, se han evidenciado grandes progresos en la materia (DE LA RIVA).

SEGUNDO: Recepción de la tesis italiana planteada en ese país por la Comisión Franceschini, y, por tanto, de las posiciones de Giannini, en cuanto a la diferenciación entre bien y cosa, tesis que a su vez determina la presencia del elemento no material como lo más relevante para identificar el patrimonio cultural (LÓPEZ RAMÓN, DE GUERRERO MANSO, ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO; HUAPAYA TAPIA, VIGNOLO CUEVA, DE LA RIVA). Adicionalmente, con esa posición dogmática se permite que el soporte material del bien de interés cultural (continente) resulte susceptible de titularidad privada, aunque el valor cultural en sí que allí se encuentra (contenido) sea necesariamente público (SANTAELLA QUINTERO, DANÓS ORDÓÑEZ, HUAPAYA TAPIA), entendido como de uso o acceso público (ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO, VIGNOLO CUEVA). Ese fenómeno de la disociación jurídica entre cosa o soporte material y bien de interés cultural, cada uno con un régimen distinto, adquiere especial importancia respecto a los bienes culturales (DE LA RIVA, VIGNOLO CUEVA).

TERCERO: Tendencias a la autonomía o al menos a la diferenciación del régimen del patrimonio inmaterial respecto al material (LÓPEZ RAMÓN, PIMIENTO ECHEVERRI y CASTRO RODRÍGUEZ). Al punto de que en el caso español se dictó una Ley solo para este último, aunque por razones coyunturales (DE GUERRERO MANSO). Así como también la propensión a establecer regímenes especiales (no necesariamente en instrumentos normativos distintos) para los diversos tipos de bienes, aunque todos pertenecientes al patrimonio cultural. Así, por ejemplo, se alude a otras categorías específicas que requieren de tratamiento igualmente diferenciado –patrimonio rural, urbano, sumergido, arqueológico, etc.– (ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO, SANTAELLA QUINTERO). Este fenómeno se explica dada la intrínseca heterogeneidad de los bienes que conforman el patrimonio cultural, motivado a su vez al carácter impreciso y dinámico de tal categoría jurídica (DE LA RIVA).

No obstante, también se constata una suerte de dinámica pendular: *vinculación-separación* del régimen aplicable al patrimonio cultural con el de otros bienes jurídicos rele-

vantes, como la protección del ambiente y del patrimonio natural (ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO, DE LA RIVA) al igual que la planificación territorial o económica (ALCARAZ, VELÁSQUEZ MUÑOZ). Así como por supuesto, con el régimen del sistema de bienes públicos (JIMÉNEZ MURILLO).

CUARTO: Interrelación entre el concepto y alcances de la figura del patrimonio cultural inmaterial y la implicación de la comunidad en el reconocimiento de la práctica o actividad que lo determina como valor cultural. Ello, al punto de que esta última es el factor decisivo para identificar tal categoría (DE GUERRERO MANSO, SANTAELLA QUINTERO, DANÓS ORDOÑEZ). Y es que, en el caso del patrimonio inmaterial, el elemento trascendente lo son las prácticas, los conocimientos y los valores grupales, que entienden valioso el hacer (SCHIAVI). Ese valor inmaterial, por otra parte, siempre será público y no susceptible de titularidad privada.

QUINTO: Distribución de competencias en materia de protección y gestión de los bienes integrantes del patrimonio cultural entre los diversos niveles o entidades territoriales en los Estados descentralizados (LÓPEZ RAMÓN, DE LA RIVA, SANTAELLA QUINTERO, DURÁN MARTÍNEZ, HERNÁNDEZ-MENDIBLE, con especial énfasis en el ámbito local para el Perú: DANÓS ORDÓÑEZ, VIGNOLO CUEVA y HUAPAYA TAPIA). Lo que plantea exigencias (no siempre cumplidas) de coordinación y coherencia entre la legislación nacional o federal y la de las otras entidades territoriales regionales o locales (LÓPEZ RAMÓN, SANTAELLA QUINTERO, PIMIENTO ECHEVERRI y CASTRO RODRÍGUEZ), así como también con la normativa internacional o comunitaria (LÓPEZ RAMÓN, ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO). Se trata de un típico problema de los Estados federales o no unitarios.

SEXTO: Necesidad de participación privada o colaboración público-privada en la gestión de los bienes culturales (SANTAELLA QUINTERO, DANÓS ORDÓÑEZ, VIGNOLO CUEVA, FERRÉS RUBIO). Aunque su instrumentación en algunos casos haya sido deficiente o desaprovechada (HUAPAYA TAPIA).

SÉPTIMO: Ausencia de equiparación entre la declaratoria de un bien como de interés cultural –y la consecuente afectación a un fin de interés general– con la demanialización de este. E incluso en ocasiones, con su titularidad pública. Al contrario, se acepta la existencia de categorías de bienes culturales como propiedad privada, pero eso sí, siempre sometidos a un régimen de Derecho Público más o menos intenso según el caso concreto (ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO; DURÁN MARTÍNEZ, FERRÉS RUBIO, MARTÍN TIRADO).

La demanialización se limita pues, a ciertos bienes o categorías muy concretas que constituyen una suerte de "núcleo" del patrimonio cultural (ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO, HERNÁNDEZ-MENDIBLE), puesto que ese régimen solo se impone ante la necesidad de elevada protección, como es el supuesto del patrimonio arqueológico como categoría demanial (SANTAELLA QUINTERO, PIMIENTO ECHEVERRI y CASTRO RODRÍGUEZ, HERNÁNDEZ-MENDIBLE), y por consiguiente, debido a la insuficiencia del régimen de Derecho privado aunque sometido a limitaciones de Derecho público (ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO, GIOMI). Solo ante la hipótesis de que los otros mecanismos de tutela y gestión resulten insuficientes, se impone la expropiación del bien o su demanialización según el caso (DE LA RIVA, PIMIENTO ECHEVERRI y CASTRO RODRÍGUEZ). Técnicas alternativas a tales declaratorias son, por ejemplo, establecer un régimen de circulación controlada en el caso de los bienes muebles (ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO, GIOMI, PIMIENTO ECHEVERRI y CASTRO RODRÍGUEZ,

VELÁSQUEZ MUÑOZ, DANÓS ORDÓÑEZ, DURÁN MARTÍNEZ, SCHIAVI, HERNÁNDEZ-MENDIBLE), o desde otro ángulo, las prohibiciones de modificar el bien o de hacer un uso incompatible con su naturaleza y finalidad (SCHIAVI, RUOCCO, FERRÉS RUBIO, HERNÁNDEZ-MENDIBLE). Y es que de lo que se trata no es de garantizar la sola preservación de los bienes que conforman el patrimonio cultural, sino también su permanente acceso y disfrute público (ALCARAZ).

De allí que el régimen del patrimonio cultural se centra en la afectación o destinación y en las limitaciones que esta comporta (funcionalización), no en la declaración de demanialidad (PIMIENTO ECHEVERRI y CASTRO RODRÍGUEZ, MARTÍN TIRADO, VIGNOLO CUEVA). Tal premisa es recogida incluso en ciertas Constituciones, en lo atinente a que los bienes de interés cultural pueden ser de titularidad pública o privada (DANÓS ORDÓÑEZ, MARTÍN TIRADO). Aunque siempre serán, como mínimo, bienes privados de interés público (ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO), con las consecuencias en su tratamiento jurídico que ello comporta.

OCTAVO: Discusión sobre el carácter declarativo o constitutivo de la declaración de bien de interés cultural, lo que tiene implicaciones respecto al alcance del control judicial de tal decisión (ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO, HUAPAYA TAPIA, RUOCCO).

NOVENO: Necesidad de un replanteamiento respecto a la forma de compensar económicamente a los propietarios en el caso de la declaración de bienes de interés cultural sobre aquellos de titularidad privada, dadas las limitaciones y cargas que el régimen legal del patrimonio cultural conlleva. Ello, habida cuenta de que los incentivos fiscales tradicionales (comentados por, entre otros: DE LA RIVA, DURÁN MARTÍNEZ, RUOCCO) no parecen ser suficientes para promover la viabilidad económica del mantenimiento de esos bienes (ALVES CORREIA y ALMEIDA ACEVEDO, VIGNOLO CUEVA). Por ende, se requiere buscar otras formas de valoración de ese patrimonio (PIMIENTO ECHEVERRI y CASTRO RODRÍGUEZ), pues la declaración de un bien como de interés cultural implica muchas veces que el mismo no podrá ser intervenido y se destruirá con el tiempo, dada la falta de reglas claras y de incentivos para su adecuada conservación ((PIMIENTO ECHEVERRI y CASTRO RODRÍGUEZ, SCHIAVI). En el caso colombiano, la planificación urbanística ha ofrecido ventajas en cuanto a compensaciones o cesiones de potenciales constructivos o edificabilidad (VELÁSQUEZ MUÑOZ).

DÉCIMO: Con la creación de la UNESCO, y posteriormente con la celebración de las diversas Convenciones Internacionales que versan sobre el patrimonio cultural, se ha promovido el desarrollo de la protección y gestión de este, lo que además ha incidido en las legislaciones nacionales (ALCARAZ, MARTÍN TIRADO, HERNÁNDEZ-MENDIBLE). Ello ha influido, a su vez, en las propias concepciones del patrimonio cultural (DE LA RIVA, SCHIAVI, RUOCCO).

DÉCIMO PRIMERO: Vinculación del régimen y de las políticas de protección del patrimonio cultural con las de planificación territorial (ordenación del territorio y urbanismo) (PIMIENTO ECHEVERRI y CASTRO RODRÍGUEZ, VELÁSQUEZ MUÑOZ, HERNÁNDEZ-MENDIBLE), y también con las de desarrollo económico (ALCARAZ).

DÉCIMO SEGUNDO: En algunos países iberoamericanos, no solo se concibe a la protección del patrimonio cultural como un cometido constitucional, sino que además se categoriza a su acceso y disfrute como un derecho fundamental (SANTAELLA QUINTERO, RUOCCO, HINESTA L., HUAPAYA TAPIA, HERNÁNDEZ-MENDIBLE). Derecho entendido además como de naturaleza colectiva (SANTAELLA QUINTERO, RUOCCO, JINESTA L., HERNÁNDEZ-MENDIBLE).

De allí que se prevean modalidades especiales de protección judicial del patrimonio cultural, con una legitimación amplia o incluso una acción popular (PIMIENTO ECHEVERRI y CASTRO RODRÍGUEZ), o por intereses difusos (JINESTA L.), así como en otros supuestos, acciones judiciales específicas de protección constitucional o legal (PIMIENTO ECHEVERRI y CASTRO RODRÍGUEZ, JINESTA L.).

DÉCIMO TERCERO: En general, en el caso de los países iberoamericanos, la legislación es inicial, insuficiente y dispersa (DE LA RIVA, JINESTA L., HERNÁNDEZ-MENDIBLE), más allá de la referencia a una "Constitución Cultural" (SANTAELLA QUINTERO, DANÓS ORDÓÑEZ, MARTÍN TIRADO; para el caso español emplea el término: DE GUERRERO MANSO).

Esta breve enumeración solo pretende dar una idea aproximada del valioso aporte al tema del régimen del patrimonio cultural, desde una perspectiva comparada, que constituye la obra que se comenta. Por supuesto, no agota ella el asunto tratado, dada su complejidad y la multiplicidad de enfoques que pueden dársele a este, como lo evidencian los propios trabajos de cada autor. Pero no hay dudas de que constituirá referencia obligada para quien desee abordar la investigación, estudio, o simplemente su conocimiento desde una perspectiva jurídica.

Celebramos entonces la aparición de esta nueva obra de la Red Internacional de Bienes Públicos, en la cual se confirma algo evidenciado en su trabajo previo (*El dominio público en Europa y América Latina.* Fernando López Ramón y Orlando Vignolo Cuevas (Coordinadores). Círculo de Derecho Administrativo. Lima, 2015). La necesaria revisión de una serie de categorías jurídicas tradicionales en el Derecho Administrativo, no para abandonarlas, sino para adaptarlas a las necesidades actuales, en las cuales adquiere mayor trascendencia la finalidad práctica de esas categorías antes que su rígido encuadramiento en los compartimientos dogmáticos en que tuvo lugar su formación.

PALABRAS EN EL ACTO DE PRESENTACIÓN DEL LIBRO LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO (CON ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA, PERÚ, COSTA RICA, COLOMBIA Y VENEZUELA), DE MIGUEL ÁNGEL TORREALBA SÁNCHEZ

Carlos García Soto

Profesor de la Universidad Monteávila y de la Universidad Central de Venezuela
Secretario General de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

Resumen: *El libro La ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (con especial referencia a España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela) del profesor Miguel Ángel Torrealba Sánchez es un importante aporte para el análisis de la ejecución de la sentencia desde la perspectiva del Derecho Comparado Iberoamericano.*

Palabras Clave: *Ejecución, sentencias, proceso administrativo iberoamericano.*

Abstract: *The book The execution of judgments in administrative process in iberoamericano (with special reference to Spain, Peru, Costa Rica, Colombia and Venezuela) writhen by the teacher Miguel Ángel Torrealba Sánchez is an important contribution to the analysis of the implementation of the judgment from the perspective of the law in Iberoamericano.*

Key words*: Execution, judments, administrative process in iberoamericano.*

1. Se me ha pedido, como profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila, unas breves palabras en este acto de presentación del libro La ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (con especial referencia a España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela), Editorial Jurídica Venezolana-Cidep, Caracas, 2017, del profesor Miguel Ángel Torrealba Sánchez.

2. Como profesor de la Facultad me siento muy contento por la presentación de este libro. En primer lugar, porque afortunadamente para la Universidad Monteávila, desde esta semana, el profesor Torrealba se incorpora como profesor en la carrera de Derecho, lo cual nos honra. En segundo lugar, porque este es un trabajo realizado desde la vida universitaria: se trata del libro que recoge la tesis doctoral del profesor Torrealba. En tercer lugar, porque es una investigación extraordinariamente bien hecha. Y, en cuarto lugar, porque, a pesar de las circunstancias que rodean a nuestro Derecho Administrativo, y más específicamente a nuestro Derecho Procesal Administrativo, el profesor Torrealba haya tenido la ilusión, disciplina y generosidad de realizar esta investigación.

3. Se trata de una investigación realizada desde la vida universitaria, porque el profesor Torrealba es un profesor que le dedica no sólo muchas horas y energía a la docencia, sino también a la investigación. Un reflejo de esa vocación universitaria es no sólo esta tesis doctoral, sino su Manual de Contencioso Administrativo, extraordinario Manual, que por cierto

aspiramos vuelva a editar pronto, porque está agotado. Ahora se suma a sus otros libros éste nuevo, su investigación doctoral, que siempre tiene un lugar destacado en la bibliografía de los universitarios como el profesor Torrealba. Esta tesis doctoral, defendida en la Universidad de A Coruña, además, se redactó en el marco del Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano, en el cual participan profesores de la Universidad Monteávila.

4. Luego, como decía, se trata de una tesis extraordinariamente bien hecha. La tesis, ahora recogida en el libro, tiene un esquema de trabajo muy claro, en el cual se tratan de modo suficiente los distintos aspectos de una figura clave para la operatividad de cualquier sistema contencioso-administrativo: la ejecución de la sentencia. Se trata de un tema que había recibido atención de la doctrina venezolana, pero nunca con la amplitud con la que lo ha hecho ahora el profesor Torrealba. Con la particularidad, además, de que el estudio se hizo desde una perspectiva comparada, analizando la misma institución desde distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Como lo dice el propio autor en la Introducción a su trabajo: "si la sentencia no se puede ejecutar integralmente y en los términos en que se dictó, se coloca en tela de juicio toda la utilidad del proceso, del Derecho Procesal y, en última instancia, del sistema jurídico". Anoto que la perspectiva de Derecho Comparado se realiza desde el estudio de ordenamientos iberoamericanos, de donde el profesor Torrealba destaca la comunidad que en este específico sector del Derecho se ido formando en nuestros países alrededor del Derecho Administrativo.

5. La investigación se realizó, además, en el contexto más desolador para nuestro Derecho Procesal Administrativo. Está demostrado científicamente por diversos estudios cómo es virtualmente imposible obtener sentencias en contra de la Administración Pública. Ello significa, ni más ni menos, que no es posible vencer judicialmente en un proceso a la Administración Pública. Trátese de un Decreto Presidencial, de la una Resolución Ministerial o de una rescisión unilateral de un contrato por un Instituto Autónomo Nacional, no hay forma de que un juez contencioso-administrativo dicte una sentencia a favor de un ciudadano venezolano.

6. ¿Es ello una razón para dejar de estudiar Derecho Procesal Administrativo en Venezuela? En mi opinión, no; y por varias razones. En primer lugar, porque lo peor que pudiéramos hacer en este aspecto es rendirnos, y dejar de explicar los principios y reglas que deben gobernar nuestro sistema contencioso-administrativo. En segundo lugar, porque cuando toque la reconstrucción del Estado venezolano, será muy importante contar con una generación de jóvenes administrativistas que hayan estudiado seriamente, para contar con ellos en esa reconstrucción. Para ello, la docencia y la investigación del profesor Miguel Ángel Torrealba Sánchez serán un pilar fundamental.