

LA USURPACIÓN DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA A PARTIR DEL 10 DE ENERO DE 2019: CONSECUENCIAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello
Visiting Fellow, Center for International Development, Harvard**

Resumen: *El 10 de enero de 2019, comienza un nuevo mandato presidencial en Venezuela, pero Nicolás Maduro no puede asumir la presidencia porque no es un presidente electo. En consecuencia, a partir de ese día, Nicolás Maduro, y todo el Poder Ejecutivo Nacional, usurpan la autoridad de la Presidencia de la República. Además, a partir de ese día, la autoridad del Poder Ejecutivo presidida por Nicolás Maduro para representar internacionalmente al Estado venezolano. En este escenario, la Asamblea Nacional, con base en el artículo 333 de la Constitución, tiene la autoridad para adoptar las decisiones para la asunción temporal de funciones del Poder Ejecutivo, incluido el ejercicio de los derechos del Estado ante la comunidad internacional. Esa decisión debe tener como objetivo restablecer la aplicación de la Constitución y poner fin a la usurpación mediante el nombramiento de un Presidente encargado, condición necesaria para organizar y celebrar elecciones libres y transparentes.*

Palabras Clave: *Presidencia de la República, período presidencial, usurpación de autoridad, reconocimiento internacional de gobiernos, derecho constitucional venezolano.*

Abstract: *On January 10, 2019, a new presidential term begins in Venezuela, but Nicolás Maduro cannot assume the Presidency because he is not an elected President. Consequently, as of that day Nicolás Maduro –and the entire National Executive Power– will usurp the authority of the Presidency of the Republic. In addition, as of that day, the authority of the Executive Power chaired by Nicolás Maduro to represent the Venezuelan State internationally ceases. In this scenario, the National Assembly, based on Article 333 of the Constitution, has the authority to adopt the decisions for the temporary assumption of functions of the Executive Power, including the exercise of the State's rights towards the international community. That decision should be aimed to restore the application of the Constitution and end the usurpation through the appointment of the Interim President, a necessary condition to organize and hold free and transparent elections.*

Key words: *Presidency of the Republic, presidential period, usurpation of authority, international recognition of governments, Venezuelan Constitutional Law.*

* Estas notas introductorias fueron redactadas a inicios del 2019 y culminadas el 23 de enero, con lo cual, no toman en cuenta los acontecimientos posteriores a ese día. Se ha estimado relevante su publicación para contribuir al estudio de las condiciones bajo las cuales se inició la inédita fase de la transición venezolana el 10 de enero de 2019.

I. LA IMPORTANCIA DEL 10 DE ENERO DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO

1. Más de cincuenta países *desconocieron la elección presidencial* en Venezuela del 20 de mayo de 2018, al considerar que ésta violó los estándares internacionales más básicos de integridad electoral. En similar sentido, la Asamblea Nacional declaró a *esa elección como inexistente*. Como resultado de lo anterior, debe considerarse que el evento del 20 de mayo, al derivar de la usurpación de la asamblea nacional constituyente y de la violación de derechos humanos de naturaleza electoral, es ineficaz, de conformidad con los artículos 25 y 138 de la Constitución. Es decir, *el evento del 20 de mayo no puede ser tenido como una elección* que produjo resultados válidos y vinculantes¹.

2. De conformidad con los artículos 230 y 231 de la Constitución de Venezuela, el 10 de enero de 2019 comenzó el nuevo período presidencial, con lo cual ese día el *Presidente electo* debe *tomar posesión mediante juramento prestado ante la Asamblea Nacional*. Sin embargo, *Nicolás Maduro no es Presidente electo*, pues el evento político del 20 de mayo de 2018 no puede ser considerado como una elección libre y transparente. Como resultado de lo anterior, no existe un Presidente electo que pueda asumir el cargo a partir del 10 de enero.

3. Es irrelevante, en este sentido, el modo a través del cual Nicolás Maduro decida “juramentarse” como Presidente, pues al no ser Presidente electo, no puede asumir la Presidencia de la República mediante juramento. En todo caso, como muestra del fraude constitucional perpetrado por el régimen de Nicolás Maduro, especialmente desde la elección de la Asamblea Nacional², la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decidió que Maduro debía prestar juramento ante el Tribunal, debido al supuesto –y negado– “desacato” de la Asamblea Nacional³. Frente a lo anterior se observa que: (i) al no ser Maduro Presidente

¹ Sobre cómo el evento del 20 de mayo de 2018 violó las condiciones de integridad electoral derivadas del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional, *vid.* Urosa, Daniela y Hernández G., José Ignacio, *Informe preliminar sobre la violación de las condiciones de integridad electoral en las “elecciones presidenciales” de Venezuela del 20 de mayo de 2018*, Caracas, 2018. En cuanto a los Estados que han desconocido la elección de 20 de mayo, *vid.* <https://prodavinci.com/mapa-interactivo-la-posicion-de-la-comunidad-internacional-sobre-la-reeleccion-de-nicolas-maduro-b/> [Consulta: 6-1-18]. En cuanto a la declaratoria efectuada por la Asamblea Nacional, véanse los Acuerdos de 15 de mayo (*Acuerdo sobre el evento político a realizarse el 20 de mayo de 2018*), el 22 de mayo (*Acuerdo reiterando el desconocimiento de la farsa realizada el 20 de mayo de 2018 para la supuesta elección del presidente de la república*) y de 12 de junio (*Acuerdo sobre la ratificación por parte de la Organización de Estados Americanos de la posición fijada por la asamblea nacional, rechazando la farsa del 20 de mayo*).

² Desde la elección de la Asamblea Nacional el 6 de diciembre de 2016, el régimen de Nicolás Maduro, a través del Tribunal Supremo de Justicia, dictó un conjunto de decisiones por las cuales impidió a la Asamblea Nacional ejercer sus funciones y, en suma, decidió que la Asamblea Nacional no podía ejercer el Poder Legislativo al estar en “desacato”. La tesis del desacato fue creada por el Tribunal al considerar que la Asamblea Nacional había incumplido la sentencia dictada por la Sala Electoral en diciembre de 2015 y por la cual ordenó la “suspensión” de cuatro diputados del Estado Amazonas, tres de ellos de la coalición de oposición Mesa de la Unidad Democrática. Esta tesis carece de sustento jurídico pues, a todo evento, el supuesto –y falso– incumplimiento de la sentencia no puede conducir a despojar a la Asamblea Nacional del ejercicio del Poder Legislativo. *Cfr.*: 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, Caracas, 2016. Véase allí nuestro estudio Hernández G., José Ignacio, “El asedio a la Asamblea Nacional”, pp. 51 y ss.

³ Sentencia de la Sala Constitucional N° 1/2019, de 8 de enero.

electo no puede juramentarse y, en todo caso, (ii) de haber Presidente electo, éste debería asumir la Presidencia mediante juramento ante la Asamblea Nacional, en tanto ésta ya inició el nuevo período de sesiones el 5 de enero.

4. La continuación de Nicolás Maduro en el ejercicio de la Presidencia será, por lo tanto, un caso de *usurpación de autoridad*, a resultas de lo cual todas las actuaciones del Poder Ejecutivo Nacional, a partir de ese día, deberán tenerse por inexistentes, de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución⁴. Algunos han considerado que la situación jurídica a partir del 10 de enero debe ser catalogada como “vacío de poder”, por la ausencia de Presidente electo. El término “vacío de poder” no es propio de nuestro Derecho Constitucional y, en todo caso, alude a aquellos casos en los cuales no hay nadie ejerciendo determinado cargo –en este caso, la Presidencia. Sin embargo, a partir del 10 de enero Maduro seguirá –previsiblemente– ejerciendo la Presidencia, en el sentido que él y los funcionarios designados ejercerán las competencias del Poder Ejecutivo Nacional, eventualmente, mediante decisiones que serán acatadas y cumplidas. Luego, en sentido estricto, el problema a partir del 10 de enero no es la ausencia de quien ejerza la Presidencia sino el ejercicio de la Presidencia por quien no tiene cualidad para ello⁵.

5. No existe, en la Constitución, ninguna regulación específica sobre cómo proceder en caso de ausencia de Presidente electo. La norma más parecida es el segundo párrafo del artículo 233, conforme al cual, en caso de falta absoluta del Presidente electo antes del inicio del período presidencial, asumirá la Presidencia de la República el Presidente de la Asamblea, debiendo convocarse elecciones en un lapso de treinta días:

“(…) Cuando se *produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión*, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreto dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional” (destacado nuestro).

6. Así, *la situación a partir del 10 de enero no es de falta absoluta del Presidente electo, sino de inexistencia de una persona electa para ocupar el cargo de la Presidencia*. Es por ello que el citado artículo 233 *no aplica directamente a este caso*, pues ella supone la ausencia absoluta de quien fue válidamente electo Presidente, por ejemplo, cuando el Presidente electo decide no asumir la Presidencia antes del inicio del período presidencial. En el presente caso, insistimos, la situación es otra: *no existe presidente electo*. En otras palabras: no estamos ante un caso de falta absoluta de Presidente electo, sino de inexistencia de Presidente electo, que se insiste, no es un supuesto previsto expresamente en el artículo 233 de la Constitución.

⁴ De conformidad con el artículo 138 de la Constitución, hay usurpación de la Presidencia cuando ese cargo es ejercido por una persona que no es Presidente electo –ni por quien, de acuerdo con la Constitución, está llamada a ejercer interinamente la Presidencia. Precisamente, el ejercicio de la Presidencia por Nicolás Maduro luego del 10 de enero será un caso de usurpación, pues no es Presidente Electo. *Vid.* Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999: el Estado Democrático y Social de Derecho. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VII*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 324.

⁵ Véanse las distintas opiniones recogidas en Efecto Cocuyo, 9 de enero de 2019; <http://efecto.cocuyo.com/politica/el-10-de-enero-la-asamblea-nacional-y-los-articulos-233-y-333-de-la-constitucion/> [Consulta: 9-1-19]. Como la expresión “vacío de poder” no es técnica, puede emplearse para describir la situación a partir del 10 de enero, pero tomando en que lo jurídicamente relevante es la usurpación de la Presidencia y la ineficacia de los actos dictados por ésta.

7. Cuando una situación de hecho no encuentra una solución expresa en la norma jurídica, es posible aplicar normas parecidas de manera analógica. La aplicación analógica de las normas, a diferencia de la aplicación directa, supone adecuar la norma que se está aplicando al supuesto de hecho que no está previsto expresamente en ello.

8. De esa manera citado artículo 233 de la Constitución puede ser aplicado analógicamente al presente caso, *pero procurando su adecuación a las condiciones de hecho imperantes*. Hay, en este sentido, dos condiciones de hecho que deben ser ponderadas.

9. En primer lugar, cabe observar que además de la inexistencia de Presidente electo, en Venezuela *la Constitución ha dejado de observarse* en la práctica, al punto que las decisiones de la Asamblea Nacional, al haber sido anuladas por el Tribunal Supremo de Justicia e incluso, de la ilegítima y fraudulenta asamblea constituyente, no pueden ser implementadas en los hechos, especialmente, de manera coactiva. Especialmente, la Fuerza Armada Nacional no ha obedecido ni ha hecho cumplir ninguna decisión de la Asamblea; por el contrario, algunos de sus funcionarios han obedecido las órdenes de Maduro para perseguir y acosar a los diputados de la Asamblea.

10. En efecto, el régimen de las faltas absolutas del Presidente presupone la existencia efectiva del Estado de Derecho y del principio de separación de poderes, de forma tal que la suplencia temporal de la Presidencia es efectivamente acatada y cumplida, concretamente, por quienes ejercen el monopolio legítimo de la fuerza. Sin embargo, en Venezuela el Estado de Derecho ha sido desmantelado, como consecuencia del golpe de Estado permanente en contra de la Asamblea Nacional, pero en especial, luego de la instalación de la fraudulenta e ilegítima asamblea nacional constituyente. Así, tal asamblea decidió derogar, por los hechos, la Constitución de 1999. Es por ello que en la práctica cualquier decisión para suplir la ausencia de Presidente electo no será acatada ni será posible asegurar su cumplimiento coactivo, pues dejó de observarse el marco institucional que permite cumplir y hacer cumplir las decisiones de la Asamblea Nacional⁶.

11. Por lo anterior, debido al proceso de desmantelamiento del Estado de Derecho en Venezuela, no es posible aplicar efectivamente la Constitución de 1999 para suplir la ausencia de Presidente electo el 10 de enero. Esto quiere decir que existe un problema previo a la ausencia de Presidente electo: la inobservancia, por la vía de los hechos, de la Constitución. Pues hasta tanto esa inobservancia no sea atendida, ninguna decisión de la Asamblea Nacional orientada a suplir la inexistencia de Presidente electo será cumplida, en especial, por los funcionarios cargo del ejercicio de la fuerza pública.

⁶ Al instalarse, la asamblea nacional constituyente asumió poderes absolutos disponiendo que la Constitución aplicaría supletoriamente. Ese día, por la vía de los hechos, dejó de observarse la Constitución de 1999. Tales poderes absolutos e ilimitados fueron asumidos para destituir al Fiscal General de la República y designar a su nuevo titular, pese a que la Constitución de 1999 asigna esas competencias a la Asamblea Nacional, dentro de ciertas condiciones. *Cfr.:* (i) *Decreto Constituyente de la Remoción de la ciudadana Luisa Marvelia Ortega Díaz como Fiscal General de la República* (Gaceta Oficial N° 6.322 extraordinario de 5 de agosto de 2017); (ii) *Decreto Constituyente de la designación Provisional del cargo de Fiscal General de la República Tarek Willians Saab* (publicado en la citada Gaceta N° 6.322) y (iii) *Decreto Constituyente sobre la Emergencia y Reestructuración del Ministerio Público* (igualmente publicado en la mencionada Gaceta). Sobre el ilegítimo proceso de convocatoria y elección de la asamblea nacional constituyente, *vid.* Brewer-Carías, Allan R. y García Soto, Carlos (ed.), *Estudios sobre la ANC y su inconstitucional convocatoria*, Temis-Editorial Jurídica, Bogotá, 2017.

12. La inobservancia de la Constitución por la vía de los hechos es el supuesto previsto en el artículo 333 constitucional:

“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”.

13. Este artículo reitera el principio de supremacía constitucional –artículo 7– y, por lo tanto, implica que la Constitución seguirá vigente incluso si dejase de cumplirse por actos de fuerza o por derogatorias distintas a las previstas en la Constitución. Precisamente eso fue lo que sucedió desde la instalación de la asamblea nacional constituyente: la Constitución ha dejado de aplicarse pues, en los hechos, tienen aplicación superior las ilegítimas decisiones de tal asamblea⁷.

14. Cuando la Constitución ha perdido vigencia en los hechos, todo ciudadano, incluyendo a los funcionarios, tiene el deber de colaborar con el restablecimiento de la aplicación práctica de la Constitución. Este deber es una “obligación de resultado” que se cumple en los hechos: lo importante es que, en los hechos, la Constitución pueda ser aplicada, incluso, coactivamente. La norma no limita –ni podría hacerlo– las acciones por medio de las cuales ese restablecimiento puede ser implementado.

15. Este artículo recoge toda nuestra tradición republicana en torno al deber de desobediencia frente a la autoridad ilegítima y el deber de restauración del orden constitucional. Mientras que la desobediencia es una actuación pasiva –tal y como está previsto en el artículo 350 constitucional– el deber de restauración es una actuación activa: todos están compelidos a realizar las acciones que, en los hechos, restauren la vigencia efectiva de la Constitución. En términos más general, puede incluso hablarse de *derecho de resistencia*⁸. De allí que el artículo 333 regula un *estado de excepción*, en tanto la propia Constitución permite la realización de actuaciones no previstas en ella, con el propósito de restablecer la vigencia efectiva de la Constitución⁹.

⁷ Cfr.: Vid. Brewer-Carías, Allan R., *La constitución de 1999: el Estado Democrático y Social de Derecho. Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo VII, cit., p. 150.

⁸ Hernández G., José Ignacio, “La desobediencia civil en El triunfo de la libertad sobre el despotismo de Juan Germán Roscio”, en *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica* N° 6, Caracas, 2016, pp. 864 y ss. El derecho de resistencia, derivado del Derecho natural, permite al ciudadano oponerse a regímenes tiránicos, despóticos o autoritarios, para la defensa de la libertad. Con ello, ese derecho está asociado al propio concepto de Constitución que, en tanto pacto de libertad, surge históricamente como resultado de tal derecho. Cfr.: Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio, “El derecho de resistencia y su “constitucionalización”, en *Revista de estudios políticos* N° 103, Madrid, 1999, pp. 213 y ss. Véase muy especialmente a Rubio Llorente, Francisco, “La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución”, en *Libro homenaje a J. Sánchez Covisa*, Caracas, 1975, pp. 905 y ss.

⁹ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2004, pp. 23 y ss. A pesar de ser un tema de gran complejidad, puede resumirse el planteamiento señalando que en el estado de excepción hay una situación de hecho que compele a la adopción de medidas no previstas en el ordenamiento jurídico-constitucional, que permitan el cese de esa situación de hecho y el restablecimiento pleno del ordenamiento jurídico. En ocasiones se ha relacionado con el derecho de resistencia, en tanto ese derecho permite adoptar decisiones políticas –jurídicamente amparadas en el estado de excepción– para retornar a la normalidad institucional. Por ello, esas decisiones políticas, incluso cuando se traduzcan en actos jurídicos, deben

16. En conclusión, *solo podrá suplirse efectivamente la inexistencia de Presidente electo si se restaura la vigencia de la Constitución, y esa vigencia será restaurada cuando en los hechos, se asegure el cumplimiento –incluso coactivo– de la Constitución, conforme al artículo 333*. Por ello la importancia de acotar que el único problema a resolver el 10 de enero no es la inexistencia del Presidente electo, sin la inobservancia de la Constitución en el medio de una emergencia compleja que ha debilitado la capacidad del Estado de ejercer el monopolio legítimo de la violencia¹⁰.

17. En *segundo* lugar, la solución del citado artículo 233 tampoco puede ser aplicada pues no es posible celebrar elecciones en treinta días. Así, solo pueden celebrarse elecciones libres y transparentes una vez se recobre la aplicación efectiva de la Constitución y con ello, la funcionalidad del Estado de Derecho. Además, es necesario introducir todas las reformas institucionales que rescaten las condiciones de integridad electoral, hoy día destruidas. Todas esas reformas exceden del lapso de treinta días antes señalado, lo que una vez más demuestra que la aplicación del artículo 233 debe ajustarse en el marco del artículo 333¹¹.

18. La imposibilidad práctica de aplicar analógicamente el artículo 233, y en general, la imposibilidad práctica de la Asamblea Nacional de hacer cesar la usurpación de la Presidencia demuestra que el problema de fondo en el Derecho Constitucional venezolano no es la inexistencia de Presidente electo, sino la inobservancia de la Constitución y en especial, la imposibilidad de la Asamblea Nacional de cumplir y hacer cumplir sus decisiones. En ausencia de aplicación efectiva, las normas jurídicas se tornan irrelevantes, en el sentido es insuficiente procurar soluciones solo en el plano jurídico: es preciso además obrar en los hechos políticos, para cambiar aquellas condiciones que impiden que la Constitución sea efectivamente cumplida, incluso, mediante el ejercicio de la fuerza pública.

19. Luego, el verdadero problema que debe solucionarse es la situación de anormalidad institucional por la que atraviesa Venezuela. Empero, ello no quiere decir que la vacancia de la Presidencia pueda mantenerse indefinidamente. Antes, por el contrario, en el marco del artículo 333, la Asamblea Nacional tiene el deber de suplir efectivamente esa vacancia, dentro del proceso de restauración del orden constitucional.

incidir en los hechos. El estado de excepción del artículo 333 no se cumple con actos jurídicos inaplicables en los hechos, sino con hechos que permitan restablecer la vigencia de la Constitución.

¹⁰ En efecto, junto al desmantelamiento del Estado de Derecho, Venezuela atraviesa por una emergencia humanitaria compleja que ha impulsado una crisis masiva de migrantes y refugiados. Al mismo tiempo, la capacidad del Estado para cumplir con sus cometidos y ejercer el monopolio legítimo de la fuerza se ha debilitado. La completa solución de la crisis creada en torno al 10 de enero exige también atender esos aspectos, en tanto ellos afectan la vigencia efectiva de la Constitución. El Centro para el Desarrollo Internacional de la Universidad de Harvard ha venido estudiando los orígenes y evolución del colapso económico venezolano, incluyendo sus implicaciones sociales. Entre otros, *vid.* Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”, en *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2017, pp. 91 y ss., así como Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, “Anatomía de un colapso”, Presentación Plan País, Boston, 2018. También, *vid.*: Hausmann, Ricardo, Santos, Miguel Ángel y Barrios, Douglas, “Cómo salvar a Venezuela”, *New York Times*, 9 de julio de 2018.

¹¹ Sobre la destrucción de las condiciones de integridad electoral, *vid.* Hernández G., José Ignacio, *La destrucción de las condiciones de integridad electoral por los actos intolerables de la ilegítima asamblea nacional constituyente*, 2018.

20. Así, la aplicación del artículo 333 en la actual condición venezolana tiene una ventaja: la Asamblea Nacional, único representante electo del pueblo venezolano, ha invocado el artículo 333 de la Constitución¹². Por lo tanto, corresponde a la Asamblea Nacional adoptar las decisiones políticas que permitan restaurar la vigencia efectiva de la Constitución, para así asegurar el cumplimiento de la decisión por medio de la cual se supla la inexistencia de Presidente electo. Todo ello forma parte de una estrategia más amplia, de **transición a la democracia**, o sea, el conjunto de decisiones por las cuales se restaura la vigencia de la Constitución, se rescata el ejercicio legítimo de la Presidencia, se recupera las condiciones de integridad electoral y se convocan elecciones libres y transparentes de conformidad con la Constitución¹³.

21. Como se observa, la solución de la inexistencia de Presidente electo de acuerdo con los artículos 230, 231 y 233 de la Constitución es un paso más dentro de un conjunto de decisiones que presuponen la restauración del orden constitucional. Cabe advertir que esta división es tan solo ilustrativa y no implica un orden de prelación ni incide en el tiempo necesario para su efectiva implementación: dependiendo de las condiciones políticas imperantes, la restauración de la Constitución puede iniciar con la suplencia efectiva de la vacancia de la Presidencia, pues para que esa vacancia pueda ser efectivamente suplida, debe haberse producido un cambio político –al menos parcial– que permita que las decisiones de la Asamblea sean cumplidas, lo que significaría el inicio del proceso de restauración del orden constitucional.

22. Por lo tanto, corresponde a la Asamblea Nacional –como representante electo del pueblo de Venezuela– **adoptar todas las medidas que permitan restablecer el ordenamiento constitucional y asegurar, así, la transición a la democracia, todo ello con base en el artículo 333 de la Constitución. Dentro de esas medidas, se encuentran las decisiones orientadas a rescatar el ejercicio legítimo de la Presidencia de la República, designando a quien deberá ejercer ese cargo hasta tanto se celebren elecciones libres y transparentes.**

23. Por último, y, en tercer lugar, de conformidad con los artículos 233 y 333 de la Constitución, **a partir del 10 de enero de 2019 el Presidente de la Asamblea Nacional es el legítimo titular de la Presidencia de la República en condición de encargado**, como lo ratificó la Asamblea Nacional en Acuerdo de 15 de enero de 2019, sobre la declaratoria de usurpación de la Presidencia de la República. El ejercicio efectivo de las competencias de la Presidencia de la República requiere del inicio del proceso de liberación del régimen de Maduro, a los fines de producir la separación efectiva del cargo de Presidente de la Asamblea Nacional y la toma de posesión de la Presidencia de la República. Empero, desde el Derecho Internacional, esta solución produce importantes consecuencias.

¹² La Asamblea Nacional, especialmente desde el discurso de su actual presidente, diputado Juan Guaidó, el 5 de enero de 2019, ha venido reiterando la pertinencia de enfocar la crisis venezolana desde el artículo 333 de la Constitución. *Vid. Efecto Cocuyo*, 8 de enero de 2019: <http://efectococuyo.com/politica/an-prepara-anteproyecto-de-ley-de-transicion-ante-usurpacion-de-la-presidencia/>. Véase nuestro análisis Hernández G., José Ignacio, *¿Qué va a pasar el 10 de enero?*, *Provinci*, 6 de diciembre de 2018: <https://provinci.com/que-va-a-pasar-el-10-de-enero/> [Consulta: 9-1-19].

¹³ La transición es el conjunto de decisiones por las cuales se pasa de un régimen político a otro. La transición a la democracia, por ello, implica el proceso por el cual se pasa de un régimen no-democrático a uno democrático. Esa transición para por el cese efectivo del régimen no-democrático; el ejercicio interino del Gobierno y la celebración de elecciones. *Cfr.*: O'Donnell, Guillermo, et al, *Transitions from authoritarian rule. Tentative conclusions about uncertain democracies*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2013, pp. 5 y ss.

III. LA REPRESENTACIÓN INTERNACIONAL DE VENEZUELA A PARTIR DEL 10 DE ENERO

24. De acuerdo con el artículo 236.4 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República “*dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales*”. Por lo tanto, la representación internacional del Estado venezolano recae en el Presidente de la República, como parte del Poder Ejecutivo Nacional.

25. Sin embargo, como se explicó, a partir del 10 de enero de 2019 Nicolás Maduro no podrá ser considerado Presidente y, por ello, no podrá dirigir las relaciones exteriores de la República. Esto plantea el problema, desde el Derecho Internacional, de a quién corresponde ejercer la representación del Estado venezolano.

26. En tal sentido, desde el punto de vista del Derecho Internacional, la representación internacional del Estado venezolano a partir del 10 de enero de 2019 debe resolverse en función a los principios que rigen el reconocimiento de Estados¹⁴.

27. Según los artículos 1 y 6 de la *Convención sobre derechos y deberes de los Estados*, en Derecho Internacional el elemento determinante es el **reconocimiento del Estado** como sujeto de Derecho Internacional. Para esos fines, el citado artículo 1 enumera las condiciones mínimas que el Estado debe cumplir para ser reconocido, entre las cuales destaca a un **Gobierno**. En este sentido, la existencia del Gobierno depende de su capacidad efectiva de controlar el territorio del Estado mediante el ejercicio de la soberanía sobre la población¹⁵.

28. Por ello, aun cuando el reconocimiento versa sobre el Estado, lo cierto es que es igualmente importante determinar qué órgano del Estado puede ser tenido como Gobierno, pues es a éste a quien corresponde representar al Estado en el Derecho Internacional. Es decir, como los Estados no pueden expresar su voluntad directamente, se precisa identificar quiénes son las personas que, en su condición de Gobierno, podrán representar al Estado internacionalmente¹⁶.

29. Para estos fines, como regla, el único elemento que resulta determinante es la existencia de un Gobierno que **controle efectivamente** el territorio y pueda ejercer la soberanía sobre la población. La determinación de quién es ese Gobierno corresponde al Derecho Interno de cada país. Además, para el Derecho Internacional, la naturaleza democrática o autoritaria del Gobierno no es, en sí, un dato relevante. Incluso **Gobiernos de facto** pueden ser considerados como tales a los fines de representar internacionalmente al Estado, más allá del grado de relaciones diplomáticas que puedan existir¹⁷. En tal sentido, se ha aceptado que el

¹⁴ En general, *vid.* Crawford, James R., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 143 y ss.

¹⁵ De allí ha derivado el principio conforme al cual se reconoce a Estados, no ha Gobiernos. Con ello se da a entender que lo relevante es la existencia del Estado como sujeto de Derecho Internacional. Cumplido este paso, las relaciones internacionales se mantendrán con ese Estado, a través de los representantes aceptados como tal, o sea, a través del Gobierno que sea aceptado como tal.

¹⁶ Como ha afirmado la Corte Internacional de Justicia en el caso *German Settlers in Poland* (1923), los Estados solo pueden actuar a través de sus representantes. De esa manera, los representantes del Estado en el Derecho Internacional conforman al Gobierno.

¹⁷ La declaratoria de un Gobierno como *de facto* no impide considerar que existe un Gobierno que representa al Estado, incluso, por la vía de los hechos. *Cfr.*: Talmon, Stefan, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 21 y ss. Desde la perspectiva Latinoamericana, *vid.* Augusto Gar-

Derecho Internacional solo exige que un gobierno exista *efectivamente* en los hechos, o sea, que exista una organización política que controle las estructuras del Estado, o a la mayoría de estas estructuras, al margen de su legalidad o carácter democrático.¹⁸

30. Este principio es denominado “principio de la efectividad”. De esa manera, la sola existencia de una organización política que controle al Estado es condición suficiente para que sea considerada como Gobierno, incluso, si se trata de Gobiernos *de facto*¹⁹.

31. Sin embargo, la aplicación del “principio de efectividad” ha venido cediendo. Por un lado, el reconocimiento los Estados en el África Sub-Sahariana, así como luego de la caída de la U.R.S.S., permitieron el reconocimiento como Estado de organizaciones políticas primitivas, en las cuales la existencia de un Gobierno efectivo no se había consolidado. Para esos fines, se le dio mayor importancia al principio de autodeterminación de los pueblos que al “principio de efectividad”²⁰.

32. También, en el Derecho Internacional se ha aceptado como representantes del Estado a órganos o figuras distintas al Gobierno que existe dentro del Estado, o sea, el Gobierno *in situ* por el cual determinada organización política efectivamente controla al Estado, incluso, bajo regímenes autoritarios o *de facto*. Tal ha sido el caso de los Gobiernos legítimamente constituidos que por razones de fuerza han debido desplazarse fuera del Estado, en lo que suele ser considerado un Gobierno en el exilio. Aun cuando hay un Gobierno *de facto* en el Estado, se ha admitido que el Gobierno legítimo representa al Estado, pese a que no ejerce efectivamente la soberanía en el Estado. En tal caso, el reconocimiento versa sobre el Estado, siendo que quienes asumen su representación legítima –incluso en el exilio– son considerados como representantes de éste²¹.

33. Igualmente, hay antecedentes más recientes en los cuales se ha reconocido como representantes legítimos a figuras creadas en el marco de graves desórdenes civiles, como ha sucedido con los casos de Libia y Siria. A pesar de existir un Gobierno *in situ*, que

cía, Eduardo, “Reconocimiento de los Gobiernos de Facto”, en *Journal of Inter-American Studies*, Vol. 7, N° 4, 1965, pp. 449 y ss. Tal y como allí se señala, “*el reconocimiento de un gobierno de facto significa que el Estado que lo practica considera que reúne por lo menos los requisitos clásicos para dar ese paso, es decir, entiende que el nuevo gobierno constituye el órgano de la autoridad pública del Estado en que rige, por hallarse en posesión de las fuerzas suficientes para hacerse respetar y mantener el orden*” (p. 452).

¹⁸ Kreijen, Gerard, *State Failure, Sovereignty and Effectiveness*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, p. 21.

¹⁹ Vid.: Lauterpacht H., “Recognition of Governments”, en *Columbia Law Review* I-45, 1945, pp. 815 y ss.

²⁰ Kreijen, Gerard, *State Failure, Sovereignty and Effectiveness*, *cit.*, pp. 171 y ss.

²¹ En realidad, desde el Derecho Internacional, la figura del “Gobierno en el exilio” no existe como tal. Lo que existe es un Gobierno legítimamente constituido que por razones de fuerza debe trasladarse al exterior. Esto plantea el problema de la coexistencia entre el Gobierno legítimo o *de iure* en el extranjero y el Gobierno *de facto* en el Estado (o Gobierno *in situ*). Cfr.: Talmon, Stefan, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*, *cit.*, pp. 5 y ss. Por ello, como sucedió en Panamá, Haití y Kuwait, el reconocimiento del Estado puede implicar aceptar como Gobierno a quienes se han visto forzados a huir del Estado (p. 8). Indirectamente, ello implica un acto –incluso tácito– de “reconocimiento” del Gobierno, derivado de la decisión de establecer relaciones con quienes fueron legítimamente designados, pese a que no conforman un Gobierno *in situ*.

ejerce efectivamente el Gobierno, se ha aceptado a esas figuras como representantes legítimos, aun cuando el alcance de ese reconocimiento ha variado en la práctica²².

34. Este supuesto implica importantes problemas prácticos. Así, al menos una parte de las estructuras del Estado serán controladas por quien es considerado Gobierno de facto, y cuya cualidad para actuar internacionalmente en nombre del Estado es desconocida a favor de las autoridades que, incluso siendo legítimas, no controlan el Estado. Esto marca límites al “reconocimiento” internacional que esas autoridades legítimas pueden tener, pues el ejercicio pleno de esa capacidad –para entablar relaciones con los actores de la comunidad internacional– exige control de, al menos, una parte del Estado.

35. Es por ello que el “reconocimiento” de autoridades legítimas que sin embargo no ejercen control dentro del Estado, debe formar parte de una estrategia más amplia de promover el cambio político que permita a esas autoridades ejercer el control del Estado, conforme a los principios generales del Derecho Internacional. Esto es, que el “reconocimiento” del Gobierno legítimo, plenamente respaldado en el Derecho Internacional, debe formar parte de una *estrategia de acompañamiento internacional al proceso de transición democrática en Venezuela*.

36. Un elemento determinante en tal sentido es el “reconocimiento” de autoridades legítimas, cuando el Gobierno *de facto* está incurso en graves violaciones a derechos humanos, pues ese “reconocimiento” puede prevenir tales violaciones²³. Ello entronca con el principio de responsabilidad para proteger, en la medida en que el “reconocimiento” de esas autoridades legítimas debe ser parte del deber del Estado de prevenir graves violaciones a derechos humanos²⁴.

37. Precisamente, la anterior situación es la que sucede en Venezuela a partir del 10 de enero. En efecto, a partir de ese día, Nicolás Maduro permanece ejerciendo la Presidencia en lo que es, desde el Derecho Constitucional venezolano, un caso de usurpación. Para el Derecho Internacional este dato es importante pues *el régimen de Nicolás Maduro puede ser considerado como una organización política que controla a parte del Estado, en su condición de Gobierno de facto que actúa en Venezuela (in situ)*.

38. No obstante, a partir del 10 de enero, el régimen de Maduro dejará de ser considerado un régimen legítimo, con lo cual, *los Estados pueden apartarse del principio de efectividad y señalar que admitirán como representante legítimo del pueblo de Venezuela al Presidente de la Asamblea Nacional actuando como Presidente encargado*. Tal y como se acotó en los puntos 2 y 3 del comunicado del Grupo de Lima de 4 de enero de 2019²⁵:

²² Para el caso de Libia, *vid.* Crawford, James R., *Brownlie's Principles of Public International Law*, *cit.*, p. 154, así como Schuit, Anne, “Recognition of Governments in International Law and the Recent Conflict in Libya”, en *International Community Law Review* N° 14, 2012, pp. 381 y ss. Para el caso de Siria, *vid.* Talmon, Stefan, “Recognition of Opposition Groups as the Legitimate Representative of a People”, en *Chinese Journal of International Law*, 12(2), 2013, pp. 219 y ss.

²³ Talmon, Stefan, “Recognition of Opposition Groups as the Legitimate Representative of a People”, *cit.*, p. 238.

²⁴ *Cfr.*: Barnes, Richard y Tzevelekos, Vassilis, “Beyond responsibility to protect”, en *Beyond responsibility to protect*, Intersentia, Cambridge, 2016, en especial, pp. 7 y ss

²⁵ Véase el Comunicado en: <https://www.cancilleria.gov.co/en/newsroom/news/declaracion-grupo-lima-1> [Consulta: 7-1-2019]

“Ratifican su pleno respaldo y reconocimiento a la Asamblea Nacional, elegida legítimamente el 06 de diciembre de 2015, como órgano constitucional democráticamente electo en Venezuela.

Instan a Nicolás Maduro a no asumir la presidencia el 10 de enero de 2019 y a que respete las atribuciones de la Asamblea Nacional y le transfiera, en forma provisional, el Poder Ejecutivo hasta que se realicen nuevas elecciones presidenciales democráticas”

39. Por ello, y a pesar de la existencia de un Gobierno *de facto* en Venezuela después del 10 de enero, como resultado de la usurpación de Nicolás Maduro, ***el Presidente de la Asamblea Nacional, actuando como Presidente encargado en el marco del artículo 233 de la Constitución, debe ser aceptado como el representante del Estado venezolano en el Derecho Internacional***. Incluso, como se indicó en el señalado Comunicado, ***la Asamblea Nacional puede ejercer, provisoriamente, las funciones del Poder Ejecutivo, incluyendo aquellas relacionadas con la representación internacional del Estado, a través de su Presidente***.

40. En este caso, la aceptación del Presidente de la Asamblea Nacional como representante del Estado venezolano se basa en su condición de única autoridad electa y por ende, en su capacidad de ejercer interinamente las funciones que la Constitución asigna al Poder Ejecutivo, entre ellas, la representación internacional. Pero, además, de conformidad con el artículo 333 de la Constitución, como explicamos, la Asamblea Nacional puede adoptar todas las decisiones orientadas a restablecer el orden constitucional. Estas decisiones incluyen la posibilidad de asumir, temporalmente, el ejercicio de la representación internacional del Estado, ante la ausencia del Presidente electo, a través del Presidente de la Asamblea Nacional que actuará como Presidente encargado. Este es un aspecto propio del Derecho Interno venezolano respecto del cual el Derecho Internacional no puede incidir.

41. Como se observa, es posible que el ejercicio legítimo del Poder Ejecutivo coincida con el control *de facto* del régimen de Nicolás Maduro. En tal caso, como fuera anunciado en el citado comunicado del Grupo de Lima, el principio de efectividad debe ceder, a los fines de reconocer que el Presidente de la Asamblea puede ejercer interinamente los derechos del Estado venezolano en el extranjero²⁶.

42. El ejercicio de tales derechos, en esta etapa interina, deberá orientarse a asegurar la transición democrática y en especial, la atención de la emergencia humanitaria compleja, la crisis masiva de refugiados y migrantes y la sistemática violación de derechos humanos imputables al régimen de Maduro²⁷.

En tal sentido, ejercicio provisional de los derechos del Estado ante la comunidad nacional por el Presidente de la Asamblea Nacional podrá orientarse a las siguientes actividades:

²⁶ Reiterando lo ya señalado, no se precisa cumplir ninguna formalidad para reconocer al Presidente de la Asamblea Nacional como representante del Estado venezolano. Como regla, los Gobiernos de los Estados deben decidir si aceptan establecer relaciones internacionales con el Presidente de la Asamblea Nacional. Esta aceptación puede hacerse de manera total o parcial, de manera formal o de manera tácita, según los casos. El propio principio vale para los organismos internacionales.

²⁷ El régimen de Nicolás Maduro ha sido señalado de ser responsable de delitos de lesa humanidad, incluso, con ocasión a la emergencia humanitaria compleja. *Cfr.: Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela*, 2018, pp. 202 y ss. La aceptación de la condición de la Asamblea Nacional como representante del Estado venezolano puede facilitar instrumentar soluciones a esa crisis desde el Derecho Internacional Humanitario, muy en especial considerando que Venezuela es un Estado frágil.

- a. Designación de representantes ante Estados y organismos internacionales.
- b. Protección de los activos, derechos y obligaciones del Estado de Venezuela en el extranjero, incluso ante Cortes extranjeras. Esto es especialmente útil de cara a las relaciones comerciales y financieras del Estado, incluso, en materia de deuda.
- c. Gestión de las actuaciones orientadas a la atención de la emergencia humanitaria compleja y la crisis de refugiados y migrantes.
- d. Colaboración con las investigaciones de violaciones a derechos humanos ante organismos internacionales, así como coordinación de las actuaciones necesarias para la recuperación de activos derivados de actividades ilícitas, como la corrupción.

43. Se insiste que el ejercicio de estas actuaciones dependerá de las decisiones que adopten los Estados y los organismos internacionales, especialmente, mientras Nicolás Maduro siga ejerciendo en los hechos la usurpación presidencial y controlando, por ello, al menos parte del territorio²⁸.

44. Fue así, precisamente, cómo el 23 de enero de 2019 diversos países reconocieron al Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado y, por ello, como el titular legítimo del Gobierno y, por ende, la única autoridad que puede representar al Estado venezolano en el Derecho Internacional, incluso, para mantener relaciones diplomáticas²⁹.

45. La aceptación o “reconocimiento” del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado y responsable de las relaciones internacionales de Venezuela, encontró pleno sustento en el Derecho Internacional. Así, como explicamos, el “reconocimiento” de Gobiernos puede basarse en el principio de legitimidad, especialmente si se trata de prevenir graves violaciones a derechos humanos. Tal legitimidad viene determinada, por un lado, por el origen democrático de la Asamblea Nacional electa en 2015 y, por el otro, por los artículos 233 y 333 de la Constitución, pues en ausencia de un Presidente electo que pueda tomar posesión del cargo el 10 de enero, corresponde al Presidente de la Asamblea Nacional asumir la representación internacional del Estado en su condición de Presidente encargado.

²⁸ La aplicación práctica de estas actuaciones exige analizar detalles que escapan del carácter introductorio de este estudio. Un punto importante que debe resolverse es el régimen de la responsabilidad internacional del Estado en esta etapa de transición.

²⁹ *Vid.*: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46979533>